

Faculté de droit de
Toulouse. De la forme
des donations en droit
romain et de la loi
Cincia. De la forme des
donations [...]

Cambe, Hippolyte. Faculté de droit de Toulouse. De la forme des donations en droit romain et de la loi Cincia. De la forme des donations en droit français. Thèse pour le doctorat soutenue par M. Hippolyte Cambe,.... 1870.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'œuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF. Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :

*La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.

*La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

Cliquer [ici pour accéder aux tarifs et à la licence](#)

2/ Les contenus de Gallica sont la propriété de la BnF au sens de l'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

3/ Quelques contenus sont soumis à un régime de réutilisation particulier. Il s'agit :

*des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.

*des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

4/ Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

5/ Les présentes conditions d'utilisation des contenus de Gallica sont régies par la loi française. En cas de réutilisation prévue dans un autre pays, il appartient à chaque utilisateur de vérifier la conformité de son projet avec le droit de ce pays.

6/ L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

7/ Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter reutilisation@bnf.fr.

INVENTAIRE
F 30.596

201
70

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

DE LA
FORME DES DONATIONS

EN DROIT ROMAIN

ET DE LA LOI CINZIA

DE LA FORME DES DONATIONS

EN DROIT FRANÇAIS

Thèse pour le Doctorat

SCIENCE

Par M. Hippolyte CAMBE,

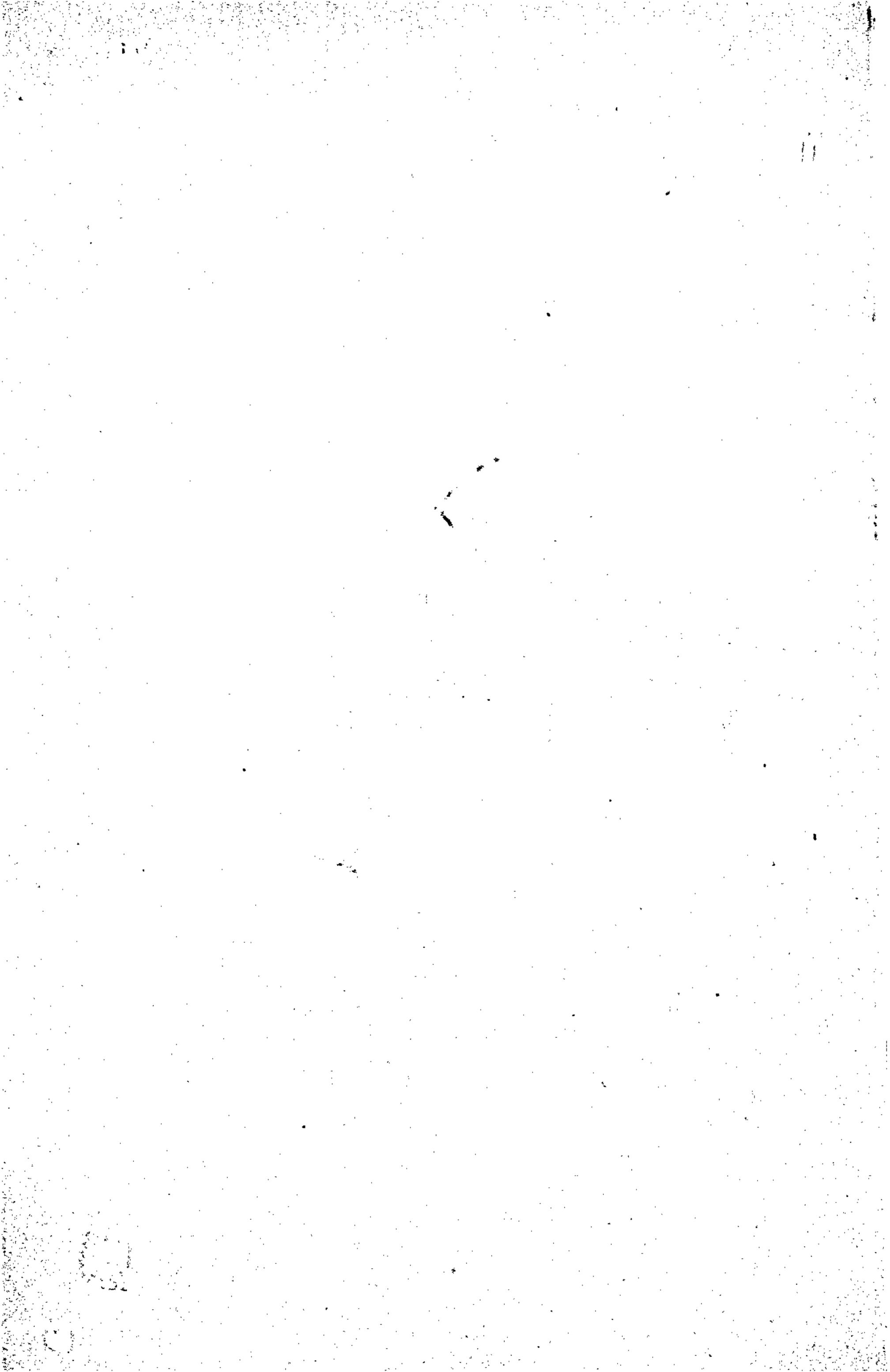
AVOCAT

TOULOUSE

IMPRIMERIE DE CAILLOL ET BAYLAC

Rue de la Pomme, N° 34

1870



201
1870

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

DE LA
FORME DES DONATIONS

EN DROIT ROMAIN

ET DE LA LOI CINCIA

DE LA FORME DES DONATIONS

EN DROIT FRANÇAIS



Thèse pour le Doctorat

SOUTENUE

Par M. Hippolyte CAMBE

AVOCAT

TOULOUSE

IMPRIMERIE DE CAILLOL ET BAYLAC

Rue de la Pomme, N° 31.

1870



30596

A LA MÉMOIRE DE MON PÈRE

A MA MÈRE

A MES PARENTS ET A MES AMIS

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

1869-70

MM.

DUFOUR *, Doyen, Professeur de Droit commercial.
RODIÈRE *, Professeur de Procédure civile.
MOLINIER *, Professeur de Droit criminel.
BRESSOLLES *, Professeur de Code Napoléon.
MASSOL *, Professeur de Droit romain.
GINOUILHAC, Professeur de Droit français étudié dans ses
origines féodales et coutumières.
HUC, Professeur de Code Napoléon.
HUMBERT, Professeur de Droit romain.
POUBELLE, Professeur de Code Napoléon.
ROZY, Professeur de Droit administratif.
BONFILS, agrégé.
ARNAULT, agrégé.
DELOUME, agrégé.

M. DARRENOUGUÉ, Officier de l'Instruction publique, se-
crétaire, agent-comptable.

Président de la Thèse, M. HUMBERT.

<i>Suffragants</i> :	}	MM. HUC,	}	<i>Professeurs.</i>
		POUBELLE,		
		ROZY,		
		BONFILS,		

La Faculté n'entend approuver ni désapprouver les opinions
particulières du Candidat.



DROIT ROMAIN

DE LA FORME DES DONATIONS ENTRE-VIFS ET DE LA LOI CINZIA

BIBLIOGRAPHIE. — Nous donnons, d'après Walter et Rudorff, la bibliographie allemande de la matière :

- SAVIGNY, journal IV, 1, 59, et mélanges I, p. 315-385.
RUDORFF, de lege Cincia, Berol., 1825.
WENCK, Praefat. in Haubold, opuscul. I, p. 37.
FRANCKE, civil abhandlang, 1826, p. 1.
HASSE, in Rhein museum I, 185, III, 174.
UNTERHOLZNER, même journal II, 436, III, 153.
LIEBE, die Stipulation, 1840, p. 103-131.
SCHILLING, institut. III, § 356-357.
BRUNS, qui conferant fragmenta Vaticana, 1842, 2-139.
DANZ, Lehrbuch, 3, p. 850 et seq.
RUDORFF, histoire du Droit, I, § 22, p. 53, Leipsig, 1857.
WALTER, hist. du Droit, II, § 613, p. 243 et seq.
PUCHTA, cursus instit. Edition Rudorff, II, § 106.

SOURCES : *Fragmenta Vaticana* : de donationibus ad legem Cinciam, § 266 et seq. — *Just. inst.* liv. II, tit. VII, pr. et § 2. — *C. th.* de donationibus, VIII, 12. — *D.* de donationibus, XXXIX, 5. — *C.* de donationibus VIII, 54.

INTRODUCTION

Nous nous proposons d'examiner, à propos des donations entre-vifs, les conditions de forme qui leur ont été imposées soit dans le Droit romain, soit dans notre ancienne jurisprudence, soit par le Code Napoléon. Nous allons constater une tendance progressive des juriconsultes et du législateur à imposer des entraves à la libéralité des pères de famille. Affranchie à l'origine de toute solennité extérieure, la donation se présentera dans le vieux Droit romain comme une simple cause d'acquisition, d'obligation ou de libération, ou comme un simple pacte. La loi Cincia ne tardera pas à opposer un premier frein et nous nous demanderons en l'étudiant s'il est bien vrai que ses prescriptions constituent une formalité. Plus tard, vers le Bas-Empire, cette loi tombera en désuétude et sera remplacée, sous les empereurs chrétiens, par l'insinuation qui, elle, est bien une formalité définitivement réglée par Justinien.

Passant du Droit Byzantin à celui de notre pays, nous trouverons, sinon dans les formes, du moins dans la manière de transporter la propriété, des dispositions spéciales à la publicité édictées par les lois barbares. Puis, lorsque sera survenue la Renaissance du droit, à la suite des travaux de l'École de Bologne, l'insinuation réapparaîtra non-seulement dans les pays de droit écrit, mais encore dans les ordonnances, et dans le droit intermédiaire

se combinera, sans se confondre, avec la transcription qui elle, est générale et s'applique à tout transport de propriété. Enfin, le Code Napoléon, bien qu'il n'admette en cas ordinaires la nécessité de la rédaction des actes que comme moyen de preuve des conventions, soumettra au contraire les donations à la solennité de l'acte notarié non plus pour la preuve, mais pour la création même de l'obligation du donateur. Quant au transport de propriété immobilière, pour qu'il soit réalisé à l'égard des tiers lorsqu'il procède d'une donation, le Code exigera la formalité de la transcription et négligera de reproduire cette nécessité pour les transmissions à titre onéreux, si bien qu'il faudra arriver à la loi du 23 mars 1855 pour qu'à ce point de vue de la transcription, les règles soient à peu près pareilles entre les aliénations à titre onéreux et les aliénations à titre gratuit, comme l'avait voulu la loi du 11 brumaire an VII.

Pourquoi cet esprit de restriction, pourquoi cette tendance du législateur à provoquer des nullités de forme, les plus mesquines de toutes et les plus antipathiques à l'esprit général de notre droit? Pourquoi entraver une manifestation de la volonté du propriétaire, tellement conforme aux attributs essentiels de ses droits, que personne n'a jamais nié, à notre connaissance, que la faculté de faire des donations ne soit parfaitement conforme au droit naturel? — On a soutenu, on soutient encore que le droit de tester n'est pas un attribut normal du droit de propriété, qu'il n'est qu'une concession, fort sage du reste, de la loi positive, parce que, entr'autres raisons, la puissance et la volonté du propriétaire expièrent avec lui. Jamais, au contraire, on n'a prétendu que le droit de donner de son vivant soit autre chose que l'exercice normal et régulier du droit de propriété, une application pure et simple du *jus abutendi*; et cependant, chose bizarre, les lois ont tendu de plus en plus à favoriser le testament et à entraver la donation.

On peut donner de cette différence et de ces restrictions deux raisons qui se complètent l'une l'autre : l'intérêt du donateur et l'intérêt de sa famille. Les formalités ont pour effet d'affirmer davantage la volonté du donateur, de le forcer à réfléchir à cet acte grave qui le dépouille sans compensation. Elles le protègent aussi par l'intervention de témoins ou d'officiers publics contre la captation et la suggestion bien plus dangereuses ici que pour les legs, puisqu'un testament arraché peut toujours être refait en secret, tandis que la donation est irrévocable. En protégeant le donateur, les formalités protègent en même temps sa famille contre les libéralités excessives, et cela est si vrai que nous verrons aujourd'hui l'exigence du législateur cesser à l'égard des héritiers, et ceux-ci capables de ratifier une donation qui ne pouvait devenir valable du vivant du donateur. Si à ces considérations nous ajoutons encore l'intérêt des tiers, nous aurons, ce nous semble, suffisamment légitimé les préoccupations de la loi. Or, les tiers sont puissamment intéressés à connaître l'existence des donations et les transports de propriété effectués à ce titre. Lorsque, en effet, un immeuble passe à titre onéreux d'une main dans une autre, l'acquéreur est pressé de jouir, et l'aliénateur d'avoir l'équivalent. Il en résulte un changement matériel rapide dans la possession de l'immeuble aliéné, et les tiers sont avertis de l'aliénation par la prise de possession du nouveau propriétaire. S'agit-il, au contraire, de donation, nous n'avons pas besoin de connaître beaucoup la nature humaine pour savoir que les hommes les plus généreux n'aiment pas à se dépouiller complètement. Dans la plupart des cas, le donateur conservera donc la jouissance de l'immeuble donné, sans doute pour le restant de sa vie, et, alors, rien ne marquera extérieurement le changement de propriété, les tiers continueront à l'attribuer au donateur. Celui-ci pourra se faire un instrument de crédit de la chose donnée et à sa mort seulement on découvrira la vérité. Voilà donc

un nouvel et pressant motif pour que les donations ne s'accomplissent pas en secret, et pour que des formalités extérieures et nécessaires viennent leur imposer une indispensable publicité.

Après ce coup-d'œil général, nous pouvons entrer dans notre sujet et rechercher, dans un premier chapitre, ce qu'est au juste la donation entre-vifs, pour en examiner ensuite les conditions aux divers âges de la Jurisprudence. Nous ne voulons pas cependant achever cette sorte de préface sans faire remarquer, dans notre titre, les mots « *et de la loi Cincia.* » Il ne faudrait pas croire que nous considérions cette loi romaine comme indiquant des conditions de forme; mais puisqu'elle a été ainsi envisagée par certains auteurs, et qu'elle est tout au moins une restriction importante au pouvoir de donner, nous avons cru devoir en traiter sommairement, sans que nous ayons cependant la prétention d'exposer toutes les restrictions de fond apportées au pouvoir de donner. C'est ainsi par exemple que nous n'entendons point parler de l'infirmité appliquée aux donations, non plus que des personnes entre lesquelles elles sont interdites, etc.

CHAPITRE I^{er}

Caractères de la donation entre-vifs.

La donation entre-vifs appartient à la grande classe des institutions juridiques qui répondent à l'idée de bienfaisance. Dans les contrats, par exemple, le commodat, le dépôt, le mandat, le *mutuum* sans intérêt, se rapportent à cette même idée. De même les renonciations à une suc-

cession peuvent être inspirées par le désir de voir sa part augmenter celle de ses cohéritiers. Enfin, si nous entrons dans la catégorie des libéralités proprement dites, nous en trouvons trois grandes classes : les donations entre-vifs, les donations à cause de mort et les libéralités testamentaires. Celles-ci, institutions d'héritiers, legs ou fidéicommiss, se distinguent toujours facilement parce qu'elles résultent d'actes spéciaux, testaments ou codicilles ; mais à quels signes distinguer les donations entre-vifs et à cause de mort de toutes les autres circonstances dans lesquelles il y a bienfait ? Les interprètes les plus autorisés pensent que la donation véritable présente les caractères suivants : Il faut 1° appauvrissement du donateur (1) ; s'il néglige simplement d'acquiescer comme dans la répartition d'une succession ou d'un legs, il y a renonciation et non plus donation. Il faut, 2° qu'il y ait enrichissement du donataire. Ainsi l'affranchissement d'un esclave n'est pas une donation ; si l'affranchissant s'appauvrit, l'esclave affranchi n'a pas son patrimoine augmenté. Il faut 3° que l'intention des parties soit bien conforme à ces deux conditions, l'une voulant se dépouiller et l'autre s'enrichir (2). Ainsi, pour prendre un exemple, le contrat de dépôt ne satisfait pas à ces trois exigences, car on ne peut pas dire que le déposant soit enrichi parce que le dépositaire a gardé sa chose, ni que celui-ci soit appauvri parce qu'il s'est donné quelques soins pour obliger quelqu'un. De même, dans le commodat, un économiste, raisonnant avec rigueur, pourrait soutenir que le commodataire s'enrichit de l'usage de la chose et que le commodant s'appauvrit par une privation momentanée de ce même usage ; mais les jurisconsultes, qui ne sont pas aussi rigoureux, s'attachent à cette idée

(1) L. 31, § 7, D., 24, 1 (de don. int. vir. et ux.)

(2) L. 10, § 2, D., 50, 5 (de don.)

que la chose doit être restituée en nature par le comodat-taire, et ils ne trouvent pas alors qu'il y ait ni enrichissement ni appauvrissement. Du reste, ces trois conditions ne sont pas formulées dans un texte spécial des lois romaines, mais elles résultent de leur ensemble. (V. de Vangerow, *Manuel des Pandectes*, § 121.)

Les Jurisconsultes avaient eu à mettre toute leur science et toute leur profondeur d'analyse au service de la distinction entre les donations et tous les autres faits juridiques inspirés par la bienfaisance et cette nécessité tenait justement aux règles particulières admises pour les donations à cause des dangers inhérents à leur nature. Ainsi les donations sont défendues entre époux, ainsi encore certaines d'entre elles sont soumises à l'application de la loi Cincia, et plus tard à la formalité de l'insinuation; il était donc indispensable de déterminer avec un soin tout particulier leur caractère distinctif.

Il nous reste, pour délimiter notre champ d'exploration, à nous demander quels sont les moyens de discerner la donation entre-vifs de la donation à cause de mort.

Justinien, dans ses Institutes, dit d'une part : *mortis causa donatio est quæ propter mortis fit suspicionem*, et d'autre part, *aliæ autem donationes sunt quæ sine ulla mortis cogitatione fiunt, quas inter vivos appellamus* (1). Ainsi l'idée de la mort, absente dans les donations entre-vifs, serait le caractère auquel il faudrait s'attacher. Mais il n'en est rien, car il est très possible qu'une personne près de mourir, ou se croyant près de mourir, fasse une donation entre-vifs, et alors, comme dit Vinnius, *non tam mortis causâ quàm moriens donasse censetur* (2); et, d'un autre côté, il est possible qu'une

(1) Inst. Just. liv. II, tit. VII, §§ 1 et 2.

(2) Arnoldi Vinnii in Inst. lib. 2, 7, comment. ad § 1. — l. 29, l. 42, l. 27., Dig., 39, 6, (de mort. causâ donat.)

personne à l'abri de tout danger et en toute santé fasse une donation à cause de mort, *solâ cogitatione mortalitatis ex sorte humanâ*. « Si Hotoman y avait pris garde, ajoute Vinnius, il se fut abstenu, je pense, de réprimander des jurisconsultes tels que Julien, Ulpien, Paul, et il n'eut pas déclaré avec tant de témérité qu'il n'y a aucune donation *mortis causâ*, sans qu'il existe un danger de mort (1). »

Vaut-il mieux dire que la donation à cause de mort est révocable à l'exemple des legs, et qu'au contraire les donations entre-vifs sont irrévocables, *temere revocari non possunt* (2)? Pas davantage, parce que la révocabilité n'est pas essentielle aux donations à cause de mort, et le donateur peut y renoncer d'une manière plus ou moins complète (3).

Trouverons-nous le caractère distinctif dans cette idée que la donation à cause de mort dépendra toujours d'une condition? — Non, car la donation entre-vifs peut également en recevoir.

Nous approcherons plus près de la vérité, si nous disons que la donation à cause de mort sera caduque si le donateur survit au donataire (4). Et cependant, comme on peut faire des donations sous n'importe quelle condition, rien ne s'oppose à ce que cette condition soit justement le prédécès du donateur au donataire. Cela est tellement vrai que le Code Napoléon après avoir supprimé les donations à cause de mort, art. 893, admet que la donations entre-vifs peut être résolue par le prédécès du donataire au donateur, art. 951, et la mort du donateur peut tout aussi bien être prise pour condition suspensive

(1) Vinnius, loc. citat. — L. 35, § 4. Dig., 30, 6.

(2) Just. Inst. de don. § 2.

(3) L. 13, § 1; l. 35, § 4. Dig., 30, 6.

(4) Just. Inst. lib. 2, tit. VII § 4.

dans les donations par contrat de mariage, art. 1082 et suivants (1).

Nous concluerons donc que, pour qu'il y ait donation à cause de mort, il ne suffit pas qu'une libéralité ait été faite en vue de la mort, ni qu'elle soit caduque par prédécès du donataire au donateur, *mais il faut et il suffit que les deux conditions se trouvent réunies : alors quels que soient les termes employés par le donateur, il y a donation à cause de mort*. Dans le cas contraire, il y a donation entre-vifs (2).

La manière de distinguer les donations entre-vifs des donations à cause de mort que nous venons de reproduire est, croyons-nous, contraire aux opinions jusqu'à présent reçues, qui peuvent se résumer dans les trois suivantes :

1° Il faut et il suffit qu'il y ait caducité par prédécès pour que la donation soit à cause de mort. La révocabilité par le donateur n'est que naturelle et n'est pas essentielle à cette sorte de disposition (3).

2° Il faut et il suffit qu'il y ait révocabilité par le donateur. La caducité par prédécès du donataire au donateur, peut être écartée sans que la donation cesse d'être à cause de mort. Ainsi une donation seulement caduque par prédécès serait entre-vifs (4).

3° Une seule de ces deux clauses suffit, pour qu'il y ait *mortis causâ donatio*, car alors la libéralité ne devient parfaite que par le prédécès du donateur sans avoir révo-

(1) Voir aussi frag. Vatic. au § 259 que nous commentons plus loin.

(2) Voir, sur cette distinction, Demangeat, *Cours élémentaire de Droit romain*, page 374 et 375, et Glasson, *Revue critique de législation*, 1869, deuxième semestre, tome 54, pages 312, 422.

(3) En ce sens de Wangerow, Puchta, Demangeat, de Fresquet. Argument : l. 13 § 1, D., 59, 6. — l. 53 § 6, l. 59, h. t.

(4) En ce sens, Pellat, *textes choisis des Pandectes*, p. 153, arg. l. 13 § 1 et l. 27, D., 59, 6.

qué. Si les deux conditions manquent, il y a don entre-vifs (1).

La divergence de ces opinions est tellement profonde, que nous avons cru devoir adopter celle que vient de développer M. Glasson dans le remarquable travail sur les donations à cause de mort que nous citons plus haut. Du reste, nous n'insistons pas sur cette discussion et nous ne prenons parti que très incidemment, parce que tel n'est point à vrai dire notre sujet; nous nous occupons, en effet, seulement des formes des donations entre-vifs, reconnues telles et il nous suffira de prendre nos exemples dans les cas qui n'offrent aucun doute.

La donation entre-vifs portait à Rome divers noms, suivant les circonstances. Ainsi, les Empereurs du Bas-Empire créèrent la donation *antè nuptias*, et plus tard, *propter nuptias*, par laquelle le mari donne à sa femme une portion de ses biens en compensation de la dot qu'il reçoit. De même, la dot donnée par un tiers au mari est bien une donation spéciale faite à la femme. De même enfin, avant Justinien, l'acquisition *per jus accrescendi*, qu'il supprime, présentait encore une variété de donations entre-vifs. Cette acquisition avait lieu, on le sait, dans le cas où un esclave, appartenant à plusieurs maîtres, était affranchi par l'un d'eux; la libéralité profitait alors à

(1) Ducaurroy; arg. 1^o Inst., liv. II, tit. VII § 1. *vel si paritissset aut prior decesserit*, et l. 1, D., 59, 6.

2^o L. 27, D., h. t. — Il faut irrévocabilité absolue.

3^o L. 13, § 1, h. t. La dernière phrase, bien entendue, suppose que l'acte n'exclut que le cas de caducité par prédécès dans le danger prévu, et non la révocabilité; car si elle excluait toute cause de révocation, on retomberait sous le coup de la loi 27, et ce serait une donation entre-vifs.

4^o La loi 52 ne fait pas obstacle à cette opinion en disant que la donation à cause de mort n'est parfaite que par la mort; car le prédécès du donateur seul exclut le danger d'une révocation, comme la caducité par prédécès du donataire.

celui des maîtres qui n'avait pas fait l'abandon de son droit (1).

Nous nous proposons de traiter plus spécialement de la forme des donations entre-vifs en général, laissant de côté ces espèces particulières.

CHAPITRE II.

De la forme des donations entre-vifs avant la loi Cincla.

La donation entre-vifs, d'après Julien et Papinien, est une libéralité faite sans esprit de retour et sans y être forcé (2). Manzius avoue d'ailleurs qu'elle est plus facile à comprendre qu'à définir : « Quidnam sit donatio, dit-il, » ad hanc quæstionem Imperator non respondit fortassis » ob hanc rationem quia res est vulgaris lippis, tonsoribus » et rusticis nota. Et sicuti prius scriptor Thomas de » Kempis in libro primo de Imitatione Christi (C. I. n° 3) » de se dicit quod optet magis sentire compunctionem » quàm scire ejus definitionem, itaque plerique omnes » comparati sunt ut maluerint accipere donationem quàm » intelligere definitionem (3). »

Cette observation n'est pas sans être vraie et la définition que nous donnions tout-à-l'heure, prête à la critique puisque la donation peut très bien être conditionnelle ou

(1) Inst. Just. liv. II, tit. VII, § 4.

(2) L. 1, pr., l. 29, pr. Dig., 39, 5.

(3) Comm. ratio regularis in quatuor libros institut. Autore Gasparo Manzio, ad hunc titulum.

révocable, ce qui implique un certain esprit de retour; mais nous nous sommes placé dans le cas le plus ordinaire des donations entre-vifs.

Cette donation, dans le vieux Droit romain, n'affectait pas encore de forme spéciale; elle était soumise à toutes les règles soit des contrats, soit des transports de propriété. On peut dire d'elle qu'elle se faisait alors *vel dando, vel obligando, vel liberando*. Nous allons parcourir rapidement ces diverses hypothèses sur lesquelles nous aurons à revenir à propos de la loi Cincia.

1. La donation se faisait *dando* lorsqu'elle consistait en un transport de propriété, lequel s'effectuait lui-même comme à l'ordinaire par mancipation ou *in jure cessio* s'il s'agissait d'une chose *mancipi*, par tradition pour les choses *nec Mancipi*. Un propriétaire pouvait ainsi transmettre la pleine propriété de la chose au donataire ou créer une servitude à son profit; c'est même là l'hypothèse qui a donné son nom à la donation, puisque ce substantif est formé des mots *dono datio*. Il n'y a donc là qu'une simple juste cause du transport de la propriété comme dans la vente, l'échange ou tout autre contrat ou simple pacte.

« La tradition, dit M. de Savigny, peut ici s'opérer
» sous toutes les formes qu'elle est susceptible de revêtir,
» et d'abord, par personnes intermédiaires. Le donataire
» peut aussi conserver la chose qu'il détenait déjà à un
» autre titre. Il peut encore, en vertu d'une *missio in*
» *possessionem*, prendre seul possession de la chose, et
» cela, comme si le donateur eût agi personnellement.
» Enfin, la tradition peut s'effectuer au moyen du *consti-*
» *tutum possessorium*, c'est-à-dire que le donateur
» déclare posséder la chose au nom du donataire dont il
» devient le représentant. Nous voyons une application
» de cette dernière forme dans la réserve d'usufruit; cette
» réserve peut même se faire, non dans l'intention de

» conserver la jouissance, mais comme moyen d'effectuer
» une tradition immédiate sans aucun acte extérieur (1). »

Quant à la mancipation, nous n'avons à en dire un mot que si la donation est conditionnelle. En ce cas, on manciperait la chose donnée *fiduciâ contracta*, c'est-à-dire que par le contrat de fiducie le donataire s'engagerait à retransférer la propriété au cas où la condition se réaliserait. On s'était demandé si ce contrat de fiducie devait faire partie de la mancipation, ou pouvait survenir après elle et lui être ajouté à part. Les uns s'appuyaient sur la phrase des douze tables : « *Cùm uerum faciet mancipatione, alii lingua mancipassit ita jus esto;* » et sur les règles générales des contrats, pour soutenir que la fiducie devait être insérée dans la mancipation. En effet, ce contrat ne figure pas parmi les contrats *consensu*, il faut donc qu'il trouve sa *causa civilis obligationis* dans la mancipation à laquelle il serait inhérent. Mais, si une inscription récemment découverte en Espagne est bien authentique, la fiducie aurait suivi immédiatement la mancipation et ne se confondrait pas avec elle. C'est pour cela qu'elle produit, dit M. Gide, non pas une action de droit strict, mais une action de bonne foi. Elle ne serait plus alors un contrat, mais plutôt un pacte adjoint *in continenti* à une autre opération juridique. Reste cette bizarrerie que ce pacte donnerait lieu à deux actions spéciales, directe et contraire, tandis que les pactes adjoints empruntent l'action du contrat qu'ils modifient. Dira-t-on qu'il y a contrat innommé, puisque la mancipation est une exécution? Nous devrions alors avoir une action *in factum* ou l'action générale *praescriptis verbis*, suivant l'une ou l'autre école de

(1) Savigny, traduction Guenoux, t. IV, page 109.

jurisconsultes. Il y a donc toujours quelque chose qui nous paraît choquer ce qu'on appelle l'*elegantia juris* (1).

II. La donation se fait *obligando* lorsqu'elle consiste dans une créance que le donateur acquerra contre le donataire sans donner d'équivalent. Cette obligation naîtra comme toutes les autres, non pas en vertu d'un simple pacte, mais en vertu d'un contrat. Nous savons que ceux-ci se forment *re, verbis, litteris* ou *consensu*. Lorsque la donation se fera *re*, ce sera par une dation, et alors il ne restera aucune obligation à la charge du donateur. Elle n'a pas été non plus admise au nombre des contrats *consensu* en sorte que le simple pacte, la simple convention de donner restera un pacte nu et n'obligera pas le donateur. Mais la donation se formera par le contrat *verbis*, par stipulation toutes les fois que le donateur s'obligera ainsi envers le donataire sans que celui-ci ait eu rien à fournir. Cette stipulation engendrera la *condictio certi* ou *incerti* pour forcer le donateur à l'exécution. et de nombreux textes font ainsi mention de promesses faites *animo donandi* ou *donationis causâ*. Nous n'admettons pas que la donation par stipulation ait été impossible avant la loi Cincia; car la stipulation, contrat unilatéral *stricti juris*, n'exige aucune cause finale pour son existence.

Pourrait-on faire une donation par le contrat *litteris*? Gaius semble dire que l'*expensilatio* supposerait toujours une obligation préexistante qu'elle aurait pour objet de nover (2). Mais on ne voit pas pourquoi elle ne pourrait pas créer directement une obligation, puisque l'écrit est ce

(1) Voir l'article intitulé un *pactum fidei*, note sur une inscription latine récemment découverte, par M. Gide, *Revue de Législation ancienne et moderne*, janvier 1870. Cette inscription a été découverte vers l'embouchure du Guadalquivir dans le territoire d' Hasta, colonie romaine, aujourd'hui San Lucar de Barrameda.

(2) Gaii Inst. Comm. III. § 129 et 150.

qui oblige sans qu'on ait à se préoccuper de la cause de sa rédaction. S'il en est ainsi, la donation pourra donc résulter du contrat *litteris*. Du reste, on en trouve un exemple dans Valère Maxime : une femme s'était fait donner, pendant la maladie d'un homme avec lequel elle vivait, une somme considérable de la manière suivante : « *tres centa millia nummorum ab Oracilia expensa sibi ferre passus est* (1). » Qu'il s'agisse ici d'une donation à cause de mort ou d'une donation entre-vifs, cela nous importe peu. Si, même, on veut admettre que la donation sollicitée par cette femme était à cause de mort, nous en tirerions un argument à *fortiori* pour la possibilité de faire par le contrat *litteris* une donation entre-vifs. En effet, comme les autres *actus legitimi*, ce contrat n'admet pas de terme ni de condition (2). Or, c'est plutôt le cas de la donation entre-vifs, puisque la donation à cause de mort est toujours soumise à une double condition ; d'où il résulte que si elle peut se faire par *expensilatio*, c'est en recourant à la maxime : *expressa nocent, non expressa non nocent*.

Il faut bien remarquer que la donation consiste ici dans la créance même et non dans une exécution qui ne sera plus que le paiement d'une dette. Nous devons cependant convenir que le caractère gratuit de la créance influera même sur le paiement : ainsi le donateur jouira du bénéfice de compétence et ne devra pas garantir.

Le *constitut* peut-il servir à faire une donation ? — Non, car il suppose une obligation préexistante civile ou naturelle. Mais, si la première obligation naturelle était à titre gratuit, alors deux pactes produiraient une obligation prétorienne qui aurait tous les caractères d'une donation.

Nous venons de supposer l'engagement direct du donateur avec le donataire, mais il est possible que la donation

(1) Valère Maxime, *de dictis factisque memorabilibus*, livr. 8, chap. 2.

(2) L. 77. Digeste, 50, 17.

obligando se fasse indirectement, par exemple si le donateur renonce à opposer une exception à l'action du donataire ou jure une dette supposée (1).

La donation peut encore se faire *obligando* lorsque le donateur procure au donataire non pas une dette contre lui-même, mais contre un tiers. Ainsi la dot qu'un étranger donne au mari sera restituable à la femme par l'action *rei uxoriæ*. Ainsi, encore, on peut citer le mandat donné à quelqu'un de promettre quelque chose à un tiers sans équivalent de celui-ci, ou bien la délégation de son propre débiteur faite par le créancier à un tiers qu'il veut gratifier ; ou enfin, la cession directe en constituant le donataire *procurator in rem suam*, en sorte qu'il conserve ce qu'il obtiendra par l'exercice de l'action (2).

C'est à propos de ce cas qu'il y a lieu, dit Cujas, d'expliquer la loi la plus belle du titre des donations dans le Code de Justinien, *legem elegantissimam*. Cet Empereur supprime une différence qui existait entre l'acheteur et le donataire d'une créance. Les actions cédées à titre de vente passaient à l'héritier du cessionnaire quand bien même celui-ci serait mort avant la *litis contestatio*. Au contraire, au cas de donation, le donataire, *procurator in rem suam*, ne transmettait les actions cédées à ses héritiers que si de son vivant il y avait eu *litis contestatio* ou s'il avait demandé à l'empereur le *jus litis contestationis*. En d'autres termes, on appliquait rigoureusement aux héritiers du donataire ce principe que le mandat finit par la mort du mandataire. Justinien veut que le donataire

(1) L. 12, 33, D., de nov. 46. 2. — L. 4, § 7, D., si quid in fraud. 58 6.

(2) L. 52 § 1, D. de don. int. vir. et ux. 24, 1. — L. 2, § 1, D., 59. 6. L. 41. C., 8. 54 — frag. Vat. § 265. — L. 2. 5. C., 8. 54. — Voir aussi: L. 2, § 3, l. 53 § 3, D., 59. 6. — L. 41, pr. D., 42. 1.

comme l'acheteur transmette toujours son action à ses héritiers (1).

Enfin la donation peut-elle se faire *obligando* sous forme de vente *nummo uno*, pour un prix dérisoire, ou avec stipulation que le prix fixé ne sera pas payé? — Évidemment ceci est nul comme vente et ne vaudra pas davantage comme donation, car, n'étant pas une vente, l'opération juridique devient un simple pacte non obligatoire; mais si la tradition est effectuée, il y aura donation *dando* et le pacte servira de juste cause à cette *datio* (2).

Ulpien dit la même chose à propos du louage: « *Si quis conduxerit nummo uno conductio nulla est quia et hoc donationis instar inducit,* » et Paul d'une manière générale: « *Sed donationis causâ contrahi non potest* (3). » Ici, s'il y a tradition, il n'y aura pas évidemment transport de propriété, parce que *non solet locatio dominium mutare*; mais il y aura donation de l'usage de la chose (4).

(1) l. 33. C., liv. 8, t. 54. — Jacobi Cujacii, Commentarius in titulo edicti de don. 8. 54, ad hanc legem. — Comme nous ne faisons que jeter un coup-d'œil rapide sur la manière de faire des donations, nous ne dirons rien de la donation par omission. (Voir Savigny, t. IV. p. 145 et appendice X. p. 589).

(2) l. 56, 58, D., 18, l. de cont. empt. — l. 5, 9, C. liv. 4, tit 58.

(3) l. 46, 20. § 1, D., 19, 2, loc. cond.

(4) On a quelquefois considéré comme contraire à cette décision celle de la loi 66 Digeste, *de jure dotium* (23, 5), dont voici l'espèce: Un mari a reçu en dot l'usufruit d'un immeuble; après le divorce, il doit le restituer à la femme, mais il ne peut pas lui en faire *in jure cessio*, parce que l'usufruit ne saurait changer de tête à cause de sa durée viagère. Alors Pomponius, à titre de remède, approuve que le mari vende à la femme, ou lui loue cet usufruit *nummo uno*; de la sorte, le droit restera fixé sur la tête du mari, et la femme percevra les fruits. On ne peut pas dire ici qu'il y ait donation sous forme de vente ou louage *nummo uno*, car le mari ne fait ainsi qu'acquitter une obligation; c'est un pur expédient pour sortir d'une situation difficile.

III. La donation entre-vifs peut encore se faire *liberando*. Le donateur est créancier de celui qu'il veut avantager; il lui fait alors remise de la dette, soit *ipso jure* par l'acceptilation, soit par un pacte *de non petendo*. Cela pourrait se faire encore en se portant *expromissor* pour le débiteur avec l'intention de donner, ou en se laissant déléguer *novandi animo* au créancier du donataire, qui serait ainsi libéré.

Enfin, il est possible de donner *liberando*, si l'on peut ainsi parler, en empêchant une créance de naître à son profit. Tel est le *negotiorum gestor* qui agit *animo donandi* sans vouloir devenir créancier de celui dont il gère utilement l'affaire (1). Mais s'il y a libéralité, il n'y a pas ce que les Romains appellent donation entre-vifs.

En y regardant, nous trouvons ici trois séries d'hypothèses: 1^o Contrat entre le créancier et le débiteur d'où résulte la libération de celui-ci; 2^o libération du débiteur procurée par un tiers, soit *ipso jure*, soit *exceptionis ope* par voie de constitut; 3^o intention du donateur qui empêche une créance de naître.

Cette distinction a son importance parce que les deux derniers cas nous montrent des donations qui ne paraissent pas exiger l'acceptation du donataire. Au nombre des conditions voulues pour toute donation, nous avons relevé l'intention commune des parties, ce qui suppose l'agrément du donataire; aussi Voët reproduit-il le mot d'Ulpien: *non potest liberalitas nolenti adquiri* (2). Ici, au contraire, la libéralité semble se produire malgré le donataire et cela tient à ce que le droit se montre favorable aux libérations et à la non-existence des dettes, parce qu'elles sont conformes à l'état de liberté naturelle

(1) L. 14, D., 50, 8. — L. 2, *in fine* C, 5, 52, de rei vindic.

(2) L. 19, § 2, D., 50, 5,

des hommes à l'égard les uns des autres, et qu'on doit favoriser de toutes ses forces le retour à la liberté.

Mais le donataire serait-il forcé de rester ainsi sous le coup de la libéralité d'un homme qui serait son ennemi? — Non, il pourra lui faire offre de la somme due et la consigner; alors il sera acquitté, et tant pis pour le donateur s'il ne la retire pas.

Malgré ce que nous venons de dire, M. de Vangerow pense qu'on peut maintenir la rigueur du principe que l'acceptation du donataire est toujours requise. « Ainsi, » dit-il, il n'y a pas vraie donation quand je laisse sciemment usucaper ma chose par un tiers tant que celui-ci n'a pas conscience de mon droit, tandis qu'il y aura donation quand le tiers aura mis sciemment à profit cet état de choses (1). Il ne faut pas dire que l'acte dans le cas que nous examinons soit nul jusqu'à l'acceptation du donataire (car il n'en est pas toujours ainsi), mais que seulement il n'est pas soumis jusques-là aux règles des donations. Ainsi par exemple quand j'éteins la dette de quelqu'un par paiement ou *expromissio*, ou quand je me porte caution envers le créancier de quelqu'un *animo donandi*, ces actes ont dès à présent des effets juridiques. Ainsi le débiteur, *verbi gratia*, sera libéré et moi obligé à sa place au cas d'*expromissio*, mais le débiteur ne sera regardé comme donataire que s'il a accepté. L'objection de Savigny que par ce système les restrictions aux donations deviendraient illusoires et l'allégation qu'il fait de certains textes peuvent être écartées par le principe connu qui rescinde les actes faits *in*

(1) L. 44, D., 24. l. de don. Inter. vir. et ux... *et hoc et verbi gratia* *verbi gratia* *quia transit in causam ab eo facta donationis.* — Il n'y a pas non plus donation si je donne une somme à quelqu'un *animo donandi* et qu'il croie la recevoir à titre de prêt. l. 18, D., 12. l. de reb. Cred.

» *fraudem legis* (1). Du reste quand plusieurs Juriscon-
» sultes, à cause de la condition du consentement, parlent
» de la nature contractuelle de la donation, cela repose
» sur un usage anti-Romain et erroné quoique très-ré-
» pandu, de nommer contrat toute affaire qui exige un
» consentement. Or, un contrat spécialement obligatoire
» n'est pas requis pour l'essence de la donation..... (2). »

Nous ne demandons pas mieux que de nous ranger à l'opinion du savant professeur d'Heidelberg et cependant des doutes nous restent; car ces actes qui ne sont pas encore des donations, on ne nous dit pas ce qu'ils sont en attendant l'acceptation du donataire, et on ne sait quelles règles leur appliquer, celles des opérations à titre onéreux ou celles des donations. Du reste nous croyons avoir trouvé une hypothèse autre que celle du paiement où la Jurisprudence Romaine avait fini par admettre une donation faite malgré le donataire et contre son consentement. La voici: Titius donne mandat à Seius de lui acheter une maison sans dépasser 50 sous d'or, le mandataire l'achète pour 55 sous, peut-il forcer, par l'action *mandati contraria*, le mandant à la prendre pour 50 sous d'or, et à recevoir ainsi de lui une libéralité, alors que le mandant déclare ne la vouloir ni pour 55 parce que cela excède ses moyens ou que la maison est trop payée, ni pour 50 parce qu'il ne veut pas être gratifié par le mandataire? — Après discussion entre les Salsiens et les Proculiens l'affirmative a prévalu et le mandant pourra être contraint de re-

(1) La réponse à l'objection de Savigny ne parle pas quant à ce qui touche les donations au temps de la loi Cincia. En effet, puisque cette loi ne rescinde pas les donations frauduleuses, à fortiori ne peut-on pas rescinder comme faits *in fraudem legis Cinciae* des actes qui ne sont pas encore des donations parce qu'il leur manque l'acceptation du donataire.

(2) Wangerow, Lehrbuch, I, § 121. — Comparez Puchta, cursus inst. II. § 285 note p. Vorlesungen, I. p. 146. Becking, Pand. I. § 106. n° 12; Schilling . p, 757, etc.....

cevoir malgré lui la libéralité du mandataire. Nous nous hâtons de dire d'ailleurs que ce résultat n'a pas été atteint pour créer une donation contre le gré du donataire. C'est une *benignior interpretatio* qu'ont fait prévaloir les Proculiens afin d'éviter au mandataire l'infamie résultant d'une condamnation dans l'action *mandati directa*, infamie qu'il n'aurait pu s'épargner qu'en faisant la preuve difficile de l'impossibilité où il s'est trouvé d'acquérir la maison pour moins de 55 sous d'or (1). Mais nous avons bien le droit de retenir l'effet produit et de montrer qu'il y a là une libéralité imposée au donataire. Il est vrai qu'on pourrait nous répondre que ce n'est pas là une véritable donation, tant que le mandant n'a pas accepté. Mais alors que serait-ce? L'exécution du mandat.

Nous n'insistons pas davantage sur un point qui est en somme étranger à l'objet de notre étude.

On voit qu'il n'y a, dans tout ceci, rien de bien particulier et que nous ne faisons qu'appliquer aux donations des idées de droit commun; retenons surtout celle-ci que la simple convention de donner, le simple pacte en droit classique n'est pas ici obligatoire plus qu'ailleurs, qu'il n'engendre pas d'action au profit du donataire et qu'il crée seulement une obligation naturelle. Mais si la promesse de donner était exécutée par le donateur, même sous l'empire de l'erreur, il ne pourrait répéter par la *condictio indebiti*, puisque l'obligation naturelle soutiendrait le paiement et empêcherait le donateur de prouver qu'il a payé l'indû. Ce n'est pas tout, si le donataire devenait dans la suite débiteur du donateur, actionné par celui-ci, il pourrait sans doute faire valoir le pacte de donation par l'exception de dol, sinon dans le vieux Droit romain, au moins depuis que la compensation *ex dispari causâ* a été admise dans les actions de droit strict, comme

(1) Just. liv. III. tit. 25. § 8. Sans cela, il y a dol.

dans les actions de bonne foi, en vertu d'un rescrit de Marc-Aurèle (1).

CHAPITRE III.

De la forme des donations entre-vifs sous l'empire de la loi Cincia.

La loi Cincia de *donis et muneribus* est un plébiscite porté l'an 550 de Rome sur la proposition du tribun M. Cincius Alimentus (2). Elle était connue des anciens commentateurs par divers passages des écrivains romains, notamment de Cicéron, Tite-Live, Tacite (3), et certains textes du Digeste y faisaient allusion, bien qu'elle fût tombée en désuétude depuis longtemps au VI^e siècle de l'ère chrétienne. Mais nous avons eu surtout des détails au point de vue juridique par la découverte des *fragmenta Vaticana*, et nous savons qu'elle avait préoccupé assez les juriconsultes romains pour que Paul eût fait un *Liber singularis ad legem Cinciam*, ainsi que l'atteste l'inscription d'une loi du Digeste (4).

Cette loi défendait les présents faits pour les plaidoiries et en outre, ce qui nous intéresse, les donations exagérées, c'est-à-dire dépassant un taux fixe qui reste incer-

(1) Inst. de Just. liv. IV, tit 6, § 30.

(2) Walter. § 613.

(3) Cicéron de Orat. II, 71. — Ad atticum, I, 20. — De Senectute, 4 : Cicéron cite ici des exemples de plaisanteries et il ajoute qu'on peut dire des choses sérieuses sous forme plaisante, « *Ut M. Cincius quo die legem de donis et muneribus tulit.* Tite-Live, XXIV, 4. — Tacite, Annales, liv. XI, 5, XII, 42, XV, 20.

(4) L. 29, D. Liv. I, tit. 5, de legibus.

tain, mais que Cujas conjecture avoir été de deux cents solides puisque tel fut d'abord le taux de l'*insinuatio*, qui prit la place de la loi Cincia quand celle-ci disparut. Hottoman avait d'abord pensé que le taux de la loi Cincia devait être proportionné à la fortune du donateur et ne pas en dépasser les trois quarts, ce que la loi Falcidie aurait plus tard appliqué aux legs; mais il est revenu ensuite à l'opinion de Cujas qui a trouvé faveur parmi les principaux interprètes.

Nous devons examiner les conséquences de cette loi et pour cela rechercher ses cas d'application et sa sanction.

Elle s'applique aux donations entre-vifs seulement, car on ne trouve aucun texte qui en fasse mention pour les donations à cause de mort, et encore faut-il remarquer qu'il y a diverses catégories de personnes exceptées de ses dispositions. Ces personnes sont certains parents ou alliés du donateur. Le jurisconsulte Paul rapporte, peut-être, les termes même de la loi Cincia; « *Sive quis cognatus* » *cognata inter se, dum sobrinus sobrinare propius re* » *eos, et sive quis in alterius potestate matrimoniove* » *erit, eis omnibus inter se donare capere licet (1).* » Il n'entre pas dans notre plan d'examiner en détail ces exceptions; qu'il nous suffise de mentionner, parmi les *personæ exceptæ*, les époux. M. de Savigny ne pense pas qu'on en doive conclure que la donation entre époux était permise à ce moment et que depuis les mœurs auraient amené la prohibition. Il pense qu'il s'agit ici des donations permises entre époux *mortis causâ et divorcii causâ*. Mais, outre que la loi Cincia ne s'applique pas aux donations à cause de mort, le texte du paragraphe 302 des Fragments du Vatican est trop général et trop précis pour qu'on admette une pareille distinction.

Il vaut donc mieux penser, avec M. Demangeat, que le

(1) Frag. Vat. § 293.

danger des donations entre époux ne s'est révélé que plus tard, surtout vers la fin de la République, lorsque la répudiation et le divorce furent entrés dans les mœurs. Auparavant, au contraire, les donations entre époux auraient été favorisées en ceci que la loi Cincia n'en restreignait pas le taux (1). Cette explication est d'autant plus naturelle que nous retrouvons justement dans notre droit les deux mêmes tendances, et elles co-existent dans le Code Napoléon, puisque d'une part les donations entre époux sont toujours révocables à cause de leurs dangers, et que d'autre part la quotité disponible est en général plus forte au profit des époux qu'au profit de l'étranger, art. 1094, 1096.

Revenant à la loi Cincia, nous trouvons quelle n'a rien innové en ce qui touche les donations entre personnes exceptées et les donations inférieures au maximum qu'elle avait déterminé. Supposons maintenant une donation entre personnes non favorisées et au-delà de ce *maximum*, et voyons, puisqu'il y a désobéissance à la loi Cincia, qu'elle est la sanction de celle-ci. Quelques auteurs avaient pensé que la loi avait prohibé d'une manière absolue les donations supérieures au taux fixé exactement comme plus tard les donations entre époux furent prohibées. Cependant Cujas avait conjecturé que les premiers mots des règles d'Ulpien se rapportaient à la loi Cincia... « *prohibet exceptis quibusdam cognatis et si plus donatum sit non rescindit* (2). M. Rudorff s'exprime ainsi sur ce caractère particulier de la loi Cincia : « Toute donation excesssive entre personnes » qui ne sont ni parentes ni alliées est contraire au devoir; » elle n'était pas en rapport avec l'esprit de lucre qui » s'était emparé de la nation avec toute sa ponctualité et

(1) Voir Savigny, traité de Droit Romain, traduction Guenoux, t. IV, p. 200, § 155, note C. — Demangeat, Cours élémentaire, p. 581.

(2) Ulp. Reg. § 1. — Cujas, observ. XIX, 30.

» son étroitesse depuis les guerres puniques et qui domi-
» nait les lois conservatrices de l'époque. La loi Cincia
» n'accorda ni action, ni rescissions, ni dommages, elle
» se contenta de déclarer illicites la constitution et l'ac-
» ceptation d'une donation excessive, *donare capere-re*
» *ne licito*, et en cela elle est une *lex imperfecta* (1).

Ainsi, surtout depuis la découverte des fragments Vati-
cans, il est visible qu'à dessein ou, ce qui est plus proba-
ble, par inadvertance, le rédacteur de cette loi ne s'était
pas préoccupé de la sanction; aussi les juriconsultes
durent-ils la suppléer, et pour cela ils partirent de cette
idée que jamais une action spéciale ne pourrait résulter
pour le donateur de la loi Cincia puisqu'elle ne l'a pas
formellement accordé; mais que le préteur devrait du
moins accorder toujours au donateur, quand l'acte n'était
pas absolument exécuté de tout point, une exception (2) ou
fin de non recevoir, basée sur la violation de la loi Cincia.
En conséquence, nous allons avoir à rechercher en repre-
nant les diverses manières dont se forme la donation,
rel dando, rel obligando, rel liberando, quelles sont les
diverses hypothèses dans lesquelles le donateur pourra se
ménager la position de défendeur à une action ou à une
exception, afin d'invoquer la loi *Cincia* par le moyen
d'une exception ou d'une réplique.

Avant d'entrer dans cet examen, nous devons faire
remarquer que la loi Cincia est purement personnelle au
donateur, et que l'exception qui en résulte cesse par la

(1) Rüdorff, hist. du Droit, § 22.

(2) Nous anticipons ici volontairement sur l'évolution historique du
Droit; à l'époque où fut portée la loi Cincia, les exceptions proprement
dites n'existaient pas encore. La loi *Atbutia* qui supprima en partie les ac-
tions de la loi et les deux lois *Juliae* sont postérieures à la loi Cincia, si
toutefois on admet pour la première les dates de 583 ou de 197. Quant
aux deux lois *Juliae* elles sont encore postérieures. (M. Ortolan, hist. de
la législation Romaine, 4^e édition, p. 199).

mort (1). M. de Savigny déclare même que c'est évidemment ce principe qui a dicté le décret du Sénat par lequel la donation entre époux est validée si le donateur est mort sans changer de volonté (2).

I

La donation s'est effectuée *dando* : il est possible qu'il s'agisse d'une chose *mancipi* ou d'une chose *nee mancipi*.

1° La chose donnée est *mancipi* et il en est fait mancipation : Le donataire en devient aussitôt propriétaire ; s'il n'y a pas eu tradition, il a l'action en revendication ; s'il est parmi les personnes exceptées, ou, si la donation est inférieure au taux de la loi Cincia, le donateur devra exécuter et n'aura aucune réponse à l'action ; et, comme le dit Paul, elle est *perfecta*. Si, au contraire, la donation tombe sous le coup de la loi Cincia, le donateur pourra opposer soit *l'exceptio legis Cinciae*, soit une exception *in factum* ainsi conçue : *Si non donationis causâ mancipari*, et le texte ajoute : « *Idemque et divus Pius rescripsit* (3). »

Pourquoi cette double forme à l'exception, se demande M. de Buchholtz ? L'exception *in factum* servira surtout, pense-t-il, dans les hypothèses où sous prétexte de donation on aura simulé un autre contrat, comme une vente (4). L'exception *legis Cinciae in jus concepta* aurait lieu dans le cas où la donation ne serait pas niée et où il s'agirait seulement de savoir si elle ne contrevient pas

(1) Frag. Vat., § 259, 266.

(2) Savigny, IV, p. 203, § 155, note f.

(3) Frag. Vat., § 310.

(4) Frag. Vat., par de Buchholtz, sur le § 310, page 364.

aux dispositions de la loi. M. Machelard va même jusqu'à penser (il est vrai pour le cas de promesse), que s'il y a simulation, le défendeur, prouvant que le contrat déguisait une donation, sera nécessairement absous grâce à l'exception *in factum*, sans rechercher, dit-il, si la donation est ou non contraire aux dispositions de la loi *Cincia* (1). Quoiqu'il en soit, nous voyons ici la donation *imperfecta* à cause de la loi *Cincia*.

Le plus souvent, la mancipation n'aura pas lieu, comme nous venons de le supposer, sans tradition. « Dans la plupart des formules de mancipation qui nous restent, dit M. Gide, la mancipation est accompagnée d'une remise de possession, *vacue possessionis traditio* (2). Si donc la tradition a été faite, il faudra distinguer si l'objet est immobilier où s'il est mobilier. Est-il immobilier, la donation est aussitôt parfaite (3). Est-il mobilier, le donateur peut reprendre la possession par l'interdit *utrubi* pendant six mois et recouvrer aussi la position de défendeur et la possibilité d'opposer l'exception. Il faudra donc pour que la donation soit *perfecta* que le donataire devienne *superior interdicto utrubi* (4), et on sait que jusqu'à Justinien cet interdit était donné à celui des deux contendants qui avait possédé le meuble litigieux pendant la plus grande partie de l'année antérieure au jour de la demande.

2° La chose donnée est *mancipi* et il n'en est pas fait mancipation, mais simplement tradition. Si la donation est faite à une personne *excepta* ou dans les limites de la loi *Cincia*, elle est dès-lors parfaite, car à la revendi-

(1) Machelard, des Oblig. nat. en droit Romain, p. 73, note 2.

(2) Revue de Législation ancienne et moderne, 1^{re} livraison, janvier, 1870, page 81.

(3) Frag. Vat., § 313.

(4) Frag. Vat., § 311.

action que ferait le donateur en vertu du *nudum jus quiritium*, le donataire répondrait par l'exception *rei donatæ et traditæ*, et il continuerait ainsi à usucaper.

Si, au contraire, cette tradition de la chose *mancipi* est faite au mépris de la loi *Cincia*, le donateur intentera la *rei vindictio* et, à l'exception *rei donatæ et traditæ* du donataire, il répliquera par la *replicatio legis Cinciae*. Donc la donation, faite à une personne *non excepta et ultra modum legis Cinciae*, ne deviendra ici parfaite, c'est-à-dire irrévocable, que par l'usucapion.

Que dirions-nous si le donataire en voie d'usucaper perdait la possession et que cette possession allât justement au donateur? Le donataire mettrait en mouvement l'action publicienne; le donateur s'armant du *nudum jus quiritium* répondrait par l'exception *justi domini*; le donataire à son tour combattrait l'exception par la *replicatio rei donatæ, et traditæ* et enfin, le donateur triompherait par la *duplicatio legis Cinciae*.

3° La chose donnée est *nee mancipi* et il n'y a pas eu tradition : — Il n'y a qu'un simple pacte improductif d'obligation; Donc, en vertu même des principes généraux, et sans faire appel à la loi *Cincia*, le donateur n'est pas tenu de livrer.

4° La chose donnée est *nee mancipi* et il y a tradition : — La donation est parfaite si elle s'adresse à une personne exceptée ou si elle est inférieure au taux de la loi *Cincia*; si elle est supérieure ou si le donataire n'est pas excepté, nous retrouvons la distinction de tout à l'heure entre les immeubles et les meubles. S'agit-il d'un immeuble, comme d'un fonds provincial, la donation est parfaite; s'agit-il d'un meuble, il faudra attendre que le donataire n'ait plus à craindre l'interdit *utrubi*. Cette différence suffit à elle seule pour prouver que le législateur de la loi *Cincia* avait oublié d'en fixer la sanction, car rationnellement on ne peut pas s'expliquer pourquoi le donateur d'un meuble serait plus protégé

que celui d'un immeuble ; dans nos idées actuelles, c'est le contraire qui nous paraît devoir être la vérité, et qui est consacré par nos lois françaises.

Pour terminer sur les donations qui se font *dando*, il nous reste à commenter un paragraphe des fragments Vaticans, qui montre le jeu des principes.

Fragmenta Vaticana, § 259 : « Une femme, sans l'assis-
» tance de son tuteur, avoit donné, sans cause de mort,
» à un Latin un fonds stipendiaire garni. Il a paru que
» la donation était parfaite pour le fonds et les autres
» choses *nec mancipi* ; quant aux esclaves et aux bêtes de
» somme qui sont domptées *collo dorsore*, il n'y a pas
» usucapion. Si cependant la femme n'a pas changé de
» volonté, j'ai répondu que la duplique de dol profiterait
» au Latin, car on ne peut pas dire qu'une chose donnée
» à autrui est reçue à cause de mort, parce que la loi
» Cincia est écartée par la mort. » Ainsi une femme avait
donné sans le consentement de son tuteur un fonds pro-
vincial, chose *nec mancipi*, avec les esclaves et les bêtes
de somme attachés à ce fonds, choses *mancipi*, et le
donataire est un Latin, sans doute un Latin junien
affranchi par la donatrice elle-même. Cette femme était
morte et on demandait au jurisconsulte (Paul selon les
uns, Papinien, suivant MM. de Buechholtz et de Vange-
row), si les héritiers pourraient attaquer de quelque
manière sa libéralité. Pour les choses *nec mancipi* la
donation était parfaite, répond le jurisconsulte, du vivant
même de la donatrice. Quant aux choses *mancipi*, la
femme, étant en tutelle, n'avait pas pu, sans le secours
de son tuteur, en transporter la propriété (1) ; elle avait
pu seulement mettre le donataire, par la tradition, *in*
causâ usucapiendi, et l'usucapion n'était pas encore ac-

(1) Frag. Vat. § 1. — Gaii, Inst. II, § 47. — Voir, sur la suppression
de la tutelle des agnats par la loi Claudia, Gaius, Commentaire I, § 171.

complies au moment où le juriconsulte était consulté. La femme aurait donc pu intenter la *rei vindicatio*; si le donataire lui avait répondu par l'exception *rei donatæ et traditæ*, à son tour elle eut invoqué la *replicatio legis Cincie*. Mais, comme l'application de cette loi cesse par la mort du donateur, qui lui seul a le droit de se repentir et ne le transmet pas à ses héritiers, si la même marche est suivie par eux, à la *replicatio legis Cincie* le donataire répondra par une *duplicatio doli*; car il y a dol de leur part à invoquer une exception qu'ils savent éteinte par la mort de la donatrice.

Le juriconsulte se préoccupe, en outre, d'un point qui nous est étranger, celui de savoir si cette *duplicatio* peut être invoquée même par un Latin junien. Les héritiers de la femme argumentaient sans doute de ce que ces personnes ne pouvaient pas recevoir des donations à cause de mort, et ils soutenaient que dans l'espèce il y avait une donation semblable, parce qu'elle se trouvait confirmée et parfaite par la mort de la donatrice. Mais on leur dit avec raison que cette condition ne suffit pas pour qu'il y ait acquisition *mortis causâ*, et la femme avait bien eu l'intention de faire une donation entre-vifs; aussi pensons-nous que tout à l'heure nous n'étions pas complètement exact en supposant que les héritiers avaient opposé la *replicatio legis Cincie*. Ils avaient, sans doute, plutôt répondu à l'exception *rei donatæ et traditæ* par une réplique de dol fondée sur ce que la libéralité était une donation à cause de mort faite à un incapable, et le juriconsulte conseillait au Latin junien d'y répondre par une duplique de dol. Quoiqu'il en soit de ce point, ce que nous avons dit ne serait pas moins exact dans une espèce où cet incident du *jus capiendi* ne se présenterait pas, et nous avons eu ainsi l'occasion de voir l'effet produit par la mort du donateur sur l'application de la loi *Cincia* (1).

(1) Voir Glasson, *Revue critique*, 1869, tome 34, page 430, notes.

En résumé, nous voyons par l'analyse des textes que la loi *Cincia* n'édicte pas de sanction positive; elle ne fait pas de la donation qu'elle prohibe une cause injuste de transport de la propriété, une *injusta causa*; car l'usucapion reste possible; seulement l'interprétation des juriconsultes, jointe aux moyens du droit commun, permet au donateur de conserver ou de reprendre la chose donnée toutes les fois qu'un lien quelconque subsiste entre cette chose et lui.

II

La donation est faite *obligando*, par exemple, par voie de stipulation. — Parcourons les diverses hypothèses.

Première hypothèse. — L'obligation n'a pas été exécutée: si le donataire est au nombre des personnes exceptées, ou si la donation est inférieure au taux de la loi *Cincia*, l'action *ex stipulatu* forcera le donateur à exécuter. Mais si la donation viole la loi *Cincia*, le donataire aura toujours l'action, parce que notre loi, étant *imperfecta*, n'a pas rendu l'obligation nulle *ipso jure*, mais le donateur pourra le repousser par l'exception *legis Cinciae*, ou une exception *in factum* ainsi conçue: « *Si non donationis causa promisi me daturum...* (1) »

Il est certainement bizarre qu'une exception naisse d'une loi; car, puisque le premier devoir du juge est de prononcer d'après le droit civil, il semble que le défendeur pourrait invoquer devant lui un plébiscite sans avoir besoin de s'être fait autoriser par le préteur. Mais cela tient, répétons-le, à ce que la loi *Cincia* n'avait pas elle-même prononcé la sanction, n'avait pas déclaré nulle la stipulation qui nous occupe; le vieux Droit romain

(1) Frag. Vat. § 310, 311.

ne s'était pas alors trouvé détruit et la jurisprudence s'était bornée à le paralyser au moyen d'une exception. Du reste, il en fut plus tard ainsi de divers Sénatus-Consultes et même d'autres lois et de constitutions impériales qui n'opérèrent qu'*exceptionis ope*, bien qu'appartenant au droit civil. Il y a au fond de tout cela la marque du respect méticuleux qu'avaient les Romains pour leurs anciennes institutions, qu'ils modifiaient sans les détruire.

Cette exception est perpétuelle, nous apprend Ulpien, et il ajoute : « *Nam semper exceptione Cinciae uti potuit,*
» non solum ipse, verum etiam, ut Proculiani contra
» Sabinianos putant, et quivis, quasi popularis sit haec
» exceptio; sed et haeres ejus nisi forte durante voluntate
» decesserit testator, F.V., § 263, a. »

Il paraît donc qu'il y avait discussion entre les deux écoles sur le point de savoir à qui appartenait cette exception. Les Sabiniens auraient pensé qu'elle était personnelle au donateur; les Proculiens, au contraire, qu'elle appartiendrait à quiconque y aurait intérêt comme étant *quasi popularis*, en quelque sorte populaire. Nous ne pouvons pas croire que ces mots joints à ceux-ci : « *etiam quicvis* » puissent désigner absolument toute personne, et nous appliquons cette restriction raisonnable, que, dans les matières d'ordre privé, l'intérêt est la mesure des actions. Pour prendre un exemple, les Proculiens auraient sans doute accordé l'exception au débiteur délégué *donationis causa*, et qui serait poursuivi en paiement par le donataire. Cependant il paraîtrait que même tous les Proculiens n'admettaient pas une telle extension, car Celsus, qui appartenait certainement à leur école, prévoit justement cette hypothèse de la délégation et la résout ainsi : « Mon débiteur, dit-il, ne peut repousser l'action » du donataire par l'exception, parce que c'est comme si, » moi donateur, ayant reçu paiement du débiteur, j'avais

» donné cette somme au donataire et que celui-ci l'eût
» prêtée à ce même débiteur (1). »

Quoiqu'il en soit, la doctrine rigoureuse des Proculiens n'a pas entièrement prévalu, puisque l'héritier du donateur, quoique personne intéressée, ne bénéficiera pas de la loi Cincia, *morte Cincia remouetur*, nous disait tout à l'heure le § 259 des *Faticana fragmenta*. Ulpien nous dit ici que la volonté persistante du donateur validera la donation, et il cite un rescrit dans ce sens. On avait donc fini par admettre qu'il faut protéger le donateur seul, et que si, avant sa mort il n'a pas rétracté la volonté de donner, la donation est inattaquable par les héritiers. Nous n'avons pas besoin de faire remarquer l'analogie de cette théorie avec celle de notre Code, art. 1339, 1340.

Voyons maintenant comment les choses se passeront avec le mécanisme de la procédure romaine lorsque le donateur sera mort *durante voluntate*. Le donataire intentera l'action *ex stipulatu* contre les héritiers; ceux-ci y répondront par l'*exceptio legis Cinciae* et le donataire à son tour, répliquera par la *doli replicatio*. « *Etenim*, dit Ulpien, *doli replicatio locum habere imperator noster rescripsit in haec verba... (2)* »

Mais pourquoi cette *replicatio doli*? Ne serait-il pas plus simple de refuser à l'héritier l'exception *legis Cinciae*? M. Machelard fait remarquer avec raison, ce nous

(1) L. 21, § 1. D., 59, 5, de Don.

(2) Ce texte d'Ulpien, est tiré de son livre *I ad edictum de rebus creditis* et les mots que nous venons de citer, sont suivis d'un rescrit de l'empereur Alexandre, daté de l'an 229. Il paraît assez naturel de croire que c'est le rescrit même relatif à notre *replicatio doli*, et cependant il n'en est rien, ce rescrit y est complètement étranger; il y a là, sans doute, une inadvertance de copiste des *fragmenta Vaticana*, et, ce qui le prouve bien, c'est qu'Ulpien fut tué en l'an 228, une année avant ce rescrit. — Cette opinion que la mort éteint l'exception n'avait pas toujours été admise. — Voir Scævola, l. 52, D., 59, 5 de don.

semble, que l'héritier n'est privé de l'exception que si le donateur a persisté dans sa volonté. Or cette persistance n'est pas très vraisemblable, puisque la donation n'a pas été exécutée, et il est bon que le donataire soit tenu de la prouver, puisqu'on ne doit pas la présumer : si on refusait l'exception à l'héritier du donateur, celui-ci pour échapper à l'action serait forcé de montrer que le donateur avait changé de volonté et n'aurait pas exécuté s'il avait été poursuivi. En accordant au contraire l'exception à cet héritier, il se bornera à prouver que la donation contrevient à la loi *Cincia*, et le donataire, demandeur à la *replicatio doli*, aura la charge de la preuve de la persistance de volonté du donateur, puisque c'est à ce prix seulement qu'il pourra écarter l'exception. Nous arrivons donc ainsi à avoir un ordre de preuves différent de ce qu'il serait si l'exception était refusée (1).

Deuxième hypothèse. — L'obligation a été exécutée : il semble ici que nous retombons dans le cas où la donation s'effectue *dando* quant à ce qui touche la loi *Cincia*, non pas que cette exécution soit elle-même une donation. C'est plutôt un paiement en vertu d'une obligation valable si la promesse avait été faite à une personne exceptée, ou dans les limites permises par la loi *Cincia*; ou en vertu d'une obligation paralysée par une exception, si la promesse violait la loi *Cincia*. Cependant dans cette dernière hypothèse, nous avons des textes qui considèrent ce paiement même comme une donation, parce qu'il implique renonciation à une exception. C'est ainsi que Paul dit : « Dans le cas où un paiement, par erreur, d'une chose » indue donnerait lieu à répétition, dans ce cas le paiement volontaire est une donation (2). » Ainsi, de quel-

(1) Voir Machelard, des Obligations naturelles en Droit Romain, page 75.

(2) Loi 53, D., 50, 17. — Voir aussi Ulpien, loi 56, § 3, D., 12, 6.

que manière que nous considérons l'exécution d'une promesse contraire à la loi *Cincia*, nous déciderons que le donateur pourra toujours invoquer l'exception s'il lui reste un lien quelconque avec la chose. A-t-il, par exemple, fait mancipation de la chose *mancipi* promise, sans la livrer; à la revendication, il répondra par l'*exceptio legis Cinciae* puisque l'obligation, en vertu de laquelle il mancipait, est vicieuse. Nous renvoyons donc à toutes les hypothèses ci-dessus prévues, et nous nous bornons à dire que nous assimilons le donateur, qui livre sans avoir promis, et au moment même de la promesse par simple pacte, à celui qui livre après avoir promis par stipulation.

Il nous reste à savoir si le donateur, qui a exécuté la promesse faite par stipulation, *donationis causâ*, n'aura jamais d'autre moyen juridique que ceux que nous venons de reconnaître; s'il n'aura pas notamment la *condictio indebiti*, soit pour la cumuler avec les autres moyens, soit à défaut de ceux-ci, toutes les fois que la donation serait devenue *perfecta* en tant qu'elle s'est effectuée *dando*.

Ulpien, dans le § 266 des *fragmenta vaticana* que nous avons cité, formule d'abord le principe général en ces termes : « *Indebitum solutum acceptum non solum si omnino indebatur, sed et si per aliquam exceptionem peti non poterat, id est perpetuam exceptionem; quare hoc quoque repeti poterit si quis, perpetuam exceptione tutus, solverit.* » Et, prenant ensuite un exemple, il le tire justement de l'hypothèse de la loi *Cincia* : « *Unde si quis contra legem Cinciam obligatus non excepto solverit, debuit dici repetere eum posse, nam semper exceptioe Cinciae uti potuit...* » Ainsi, lorsque la donation a été promise et exécutée en violation de la loi *Cincia*, l'exception est perpétuelle, comme il arrive d'ailleurs toutes les fois qu'il est contrevenu à une loi (1), et cette exception perpétuelle suffit, d'après les

(1) Loi 3, D., 44, 1, de except.

principes généraux, pour autoriser la ressource de la *condictio indebiti*. Ceci nous prouve que la loi *Cincia* ne laisse pas subsister une obligation naturelle, car celle-ci ferait certainement obstacle à l'admission de la *condictio indebiti*, puisqu'elle empêcherait justement le demandeur de prouver l'*indebitum* (1). Ainsi, dans notre espèce, le donateur, qu'il ait promis par stipulation ou qu'il ait promis par simple pacte, n'est pas tenu même naturellement : il y a quelque chose de semblable à ce qui se passe dans le Sénatus-consulte Velléien, d'après lequel la femme, qui s'est obligée pour autrui, n'est pas dans les liens d'une obligation naturelle, *quia totam obligationem lex improbat* (2). Il en est autrement du fils de famille qui a contracté un emprunt à l'encontre du Sénatus-consulte Macédocien. C'est que, nous le répétons, la convention de donner, comme la stipulation *donationis causâ*, reste sans valeur parce qu'elle est prohibée par la loi ; on a voulu protéger le donateur contre sa propre faiblesse, et, pour le laisser libre de revenir sur ce qu'il a fait à la légère, on veut qu'il ne soit même pas engagé par un lien naturel (3).

La loi *Cincia* nous fournit donc l'un des éléments de la *condictio indebitum* ; mais nous savons qu'il faut de plus que le paiement soit le résultat d'une erreur, et même que, dans l'opinion qui prévalut parmi les juriconsultes romains, cette erreur doit, en général, porter sur

(1) Voir loi 40 *pr.*, D., de *condictione indebiti*, 12, 6.

(2) L. 16, D., *de Senat. Vellei.*, 16, 4.

(3) Cette observation montre qu'on a eu tort d'argumenter de la loi *Cincia*, pour prouver qu'un simple pacte n'engendre pas à Rome une obligation naturelle. Ulpien suppose, en effet, ici, la violation de la loi *Cincia*, et il n'est pas étonnant qu'une convention, faite dans ces conditions, soit absolument sans effet ; mais il ne dit pas du tout que cette même convention serait sans effet, si le donataire était parmi les personnes exceptées, ou si le taux de la loi n'était pas dépassé.

le fait et non point sur le droit. Ainsi, le donateur ne serait pas admis à dire : « J'ignorais la disposition de la » loi *Cincia*, je ne savais pas que je promettais en » violation d'une règle de droit ; » mais au contraire, il pourra répéter ce qu'il a payé, en prétendant qu'en fait il a cru faussement donner à un *exceptus* sur la qualité duquel il s'était trompé : il le croyait son parent et ce n'était pas. Ainsi, encore il a pu se tromper sur la valeur de la chose promise et croire qu'en fait elle ne dépassait pas le taux de la loi *Cincia*. Il faut convenir que le champ de la *condictio indebiti* est singulièrement restreint, depuis qu'a prévalu l'opinion rigoureuse qui n'admet pas, en général, que l'erreur de droit soit excusable (1). Il est vrai qu'il faut considérer que certaines personnes sont à l'abri de cette rigueur et peuvent être relevées même de l'erreur de droit : tels sont les mineurs de 25 ans et les femmes *in quibusdam causis propter sexus infirmitatem* (2).

Certains auteurs ont été plus loin et ont pensé qu'il s'agirait ici d'une *condictio indebiti* toute particulière n'exigeant pas la condition ordinaire d'erreur ; en d'autres termes, que le donateur, ayant exécuté sciemment la donation contraire à la loi *Cincia*, pourrait exercer la répétition... « On pourrait admettre, dit M. de Savigny, que » quand une donation importante avait été réalisée, le » donateur pouvait la reprendre en vertu d'une condictio » non soumise aux règles ordinaires de la *condictio*, c'est-à-dire indépendante de l'existence d'une erreur ainsi » que nous le voyons établi pour les donations entre » époux. » La loi *Cincia* constituerait donc en quelque sorte une *injusta causa*, contrairement à ce que nous apprennent les § 259 et 293 des *Vulcania fragmenta*, des-

(1) D., l. 9 *pro*, 22, 6. de *prois et factis quæcunctis*.

(2) Même loi 9 *pro*, h. t.

quels il résulte que l'usucapion est possible à la suite d'une tradition faite, *donationis causâ*, à l'encontre de cette loi. Si grande que soit l'autorité du romaniste prussien, nous ne pouvons adhérer à une pareille doctrine. Pourquoi les jurisconsultes romains auraient-ils présenté notre loi comme imparfaite? Pourquoi venons-nous de rechercher tous les moyens de droit qui peuvent conduire à invoquer l'exception *legis Cinciae*, si cette loi avait donné lieu à une action comme la *condictio indebiti* admissible après toute exécution, et indépendamment de toute erreur? On ne saurait croire que les jurisconsultes Romains aient pu tomber dans une pareille contradiction : nous n'en voulons pour preuve que le passage même d'Ulpien, qui forme notre § 266 des *fragmenta Vaticana*. Il pose une doctrine générale pour l'admissibilité de la *condictio indebiti* au profit de celui qui était protégé avant le paiement par une exception perpétuelle. Il laisse de côté la circonstance de l'erreur qui est sous-entendue dans toute *condictio indebiti*, pour ne se préoccuper que de l'*indebitum* et de cette question vraiment intéressante de savoir s'il existe, lorsque le créancier avait une action paralysée, il est vrai, par une exception ; et, après avoir répondu affirmativement, il cite, comme exemple, le cas de la loi *Cincia* sans faire remarquer la particularité que présenterait, dans ce cas, la *condictio indebiti* affranchie de la nécessité de l'erreur. Cet oubli serait d'autant plus grave qu'il signale justement une autre particularité de cette hypothèse, c'est que l'exception serait *quasi-popularis* suivant les Proculiens. Avouons qu'Ulpien aurait été coupable d'avoir au moins mal choisi son exemple, alors qu'il lui était si facile d'en prendre un tiré de quelque autre exception perpétuelle.

M. de Savigny, il est vrai, indique à l'appui de sa thèse deux lois qui mentionnent une action rescisoire dans des espèces assez analogues à celle qui nous occupe ; cette action rescisoire serait une sorte d'application de la

condictio indebiti ainsi entendue. Nous allons tout à l'heure, examiner ces textes et nous espérons démontrer qu'ils ont subi des remaniements de la part des compilateurs de Justinien.

Troisième hypothèse. — La donation *obligando* a eu lieu par voie de délégation : c'est à ce cas que se rapportent les deux textes auxquels nous venons de faire allusion ; nous allons examiner l'espèce et la décision de chacun d'eux.

Loi 21, § 1, Digeste, *de donationibus*, livre 39, titre 5. — Nous la connaissons déjà en partie. Le donateur a délégué son débiteur à quelqu'un *donationis causâ immo die* ; on demande si cette personne, le donataire, sera repoussée par l'*exceptio donationis*. — Non, dit Celsus, parce que c'est comme si le donateur avait reçu l'argent de son débiteur, puis, donné cet argent au donataire qui l'aurait à son tour prêté à ce même débiteur, et il continue : « Mais » moi (le donateur), si l'argent n'a pas été payé par mon » débiteur j'ai contre ce débiteur une action rescisoire » pour ce qu'il vous a promis au delà du taux de la loi, en » sorte qu'il reste obligé seulement envers vous pour le » surplus ; mais si vous, donataire, avez reçu l'argent de » mon débiteur, j'ai contre vous une *condictio* pour ce qui » excède le taux de la loi. »

Pour expliquer ce texte, nous sommes obligé d'anticiper sur notre sujet et de rappeler, qu'après l'établissement de l'insinuation, la donation, non insinuée et supérieure au taux exigé pour cette formalité, est une *injusta causa* pour ce qui excède le taux. L'opération se décompose, car la donation est valable jusqu'à concurrence de ce taux, et donne lieu à une *condictio ob injus tam causam* pour le surplus. Dans ce système, la décision de Celsus s'explique à merveille et n'est pas autre chose que l'application des principes de l'insinuation ; mais, comme Celsus vivait bien avant les Empereurs chrétiens qui ont établi cette dernière

formalité, il faut, ou que le texte ait été remanié pour le mettre en harmonie avec le nouveau droit, ou qu'il s'applique effectivement à la loi *Cincia*; nous allons essayer de montrer que cette dernière hypothèse est au moins bien invraisemblable.

Pour cela posons ce dilemme : ou bien la loi *Cincia* rend toute donation excessive une *injusta causa*, ou bien elle ne l'empêche pas d'être une *justa causa*.

Si elle la rend une *injusta causa*, elle donnera toujours lieu à une *condictio ob injustam causam* plutôt qu'à une *condictio indebiti*, comme le disait Ulpien; mais dans ce cas là faudra-t-il annuler pour le tout ou seulement pour la portion qui dépasse le taux permis? Celse paraît admettre cette dernière opinion; mais il n'en reste aucune trace dans les textes spéciaux relatifs à la loi *Cincia*. Ulpien, dans le § 206 des *fragmenta Vaticana*, parle aussi de la *condictio indebiti* sans aucune réserve de quantité. Paul dans le § 310 n'y fait également aucune allusion quand il mentionne l'exception. Nous en dirons autant du § 259 que nous avons longuement commenté. Comment croire qu'une aussi importante restriction à la portée de la loi *Cincia* eût été laissée de côté dans tous les textes des Jurisconsultes et dans tous les rescrits impériaux que les fragments du Vatican nous ont conservés. Nous devons donc conclure que la donation contraire à la loi *Cincia* doit être entièrement rescindée, même au-dessous du taux fixé par cette loi, que le donateur l'invoque par voie d'exception ou de *condictio indebiti*; et que le texte de Celsus ne peut s'expliquer si la loi *Cincia* donne à la donation excessive le caractère d'une *justa causa* (1).

Mais ce texte ne s'explique pas davantage si nous ren-

(1) Voir, sur l'effet de l'*injusta causa*, loi 6, livre 12, titre 3, de *condictione ob turpem vel injustam causam*.

trons dans la vérité, c'est-à-dire si nous rappelons que la libéralité exagérée n'a pas cessé d'être, malgré la loi *Cincia*, une juste cause d'acquisition pouvant conduire, comme nous l'avons vu, à l'usucapion. Alors, en effet, on ne s'explique plus d'action rescisoire, de *condictio*, puisque le cachet spécial de la loi *Cincia*, attesté par tous les Jurisconsultes, est d'être imparfaite et de ne pas donner lieu à une action spéciale. Toutes nos idées seraient renversées si nous devions admettre que, même pour ce qui excède le taux légal, nous trouvions cette action dans un ou deux textes isolés du Digeste. Nous devons donc décider que cette division en deux fractions, l'une bonne, l'autre mauvaise des donations non insinuées, leur est spéciale et n'a pas dû s'appliquer à la loi *Cincia*. Le texte de *Celsus* est donc interpolé sous peine de renoncer à comprendre ceux des *Valiciana fragmenta*.

Mais il nous reste à chercher quelle était la décision de *Celsus* sous l'empire de la loi *Cincia* et dans l'espèce proposée. Ainsi le débiteur délégué, poursuivi par le donataire, ne peut pas lui opposer l'exception *legis Cinciae*, mais quelle sera la ressource du donateur? Il nous semble que la donation est *perfecta*, soit qu'il y ait eu paiement, soit que le paiement n'ait pas été effectué, au moins en envisageant les choses comme le fait *Celsus*. En effet, pour lui, c'est comme si le donateur avait reçu paiement du débiteur, avait donné ensuite cette somme au donataire et que celui-ci l'eût prêtée. Le débiteur se trouve donc libéré comme s'il avait payé. Il n'y a plus aucun lien entre le donateur et lui, plus aucune action à laquelle s'attacherait l'exception *legis Cinciae*. Trouverons-nous cette action en envisageant les relations du donateur et du donataire? Pas davantage. Dira-t-on qu'il y a eu entre eux un contrat de mandat avec dispense de rendre compte? — Alors le donateur intentera l'action *mandati directum* contre le donataire et lui demandera compte de l'exécution du mandat qui consiste à stipuler du débiteur

du mandant. — Le donataire se bornera à répondre sans invoquer aucune exception que le mandat comportait dispense de rendre compte, et il n'y aura pas de place dans la formule pour la *replicatio legis Cinciae*, puisqu'elle ne renferme au préalable aucune exception. Laissant de côté l'explication de Celsus, voudrait-on s'attacher au mandat donné par le donateur à son débiteur de promettre au donataire? — On n'aboutirait pas encore, puisque, sur l'action *mandati directa*, le débiteur répondrait sans invoquer d'exception, qu'il a bien et fidèlement exécuté le mandat en promettant au donataire, son nouveau créancier. Donc nous ne trouverions pas la place de la *replicatio legis Cinciae*.

Peut-être pourrait-il arriver, qu'en fait, la délégation n'eût pas été faite *animo novandi*; alors le donateur serait resté créancier, et, le donataire et lui auraient été des *correi stipulandi*, avec ou sans société. Dans ce cas, le donateur, intentant le premier l'action, se ferait payer et n'aurait rien à craindre, même au cas de société, de l'action *pro socio* du donataire, puisqu'il la repousserait par l'*exceptio legis Cinciae*. Mais si le donataire était payé le premier et qu'il n'y eût pas de société, la donation serait *perfecta*; s'il y avait société, il aurait l'action *pro socio* certainement pour la moitié, mais pour l'autre moitié il nous semble que la donation serait encore parfaite.

Du reste encore, notre opinion, que cette loi a dû être interpolée, est confirmée par deux textes restés intacts dans le Digeste, et qui montrent bien que la donation sera parfaite sans aucune ressource, *perfecta inter omnes personas*, dans des espèces analogues à la nôtre. Si Julien et Hermogénien croient, tous les deux, devoir signaler ce caractère de perfection, ce ne peut être que par allusion à la loi *Cincia*; car, depuis l'insinuation, cette perfection n'aurait lieu que dans la mesure du taux pour lequel les donations en étaient dispensées. Au delà, en

effet, le donateur aurait, comme nous le verrons, *ob injustam causam*, l'action rescisoire dont parlait notre loi.

Nous espérons donc avoir démontré, soit directement par les principes de la matière, soit par comparaison avec d'autres textes, que le passage de Celsus a été grandement remanié et nous ne pouvons nous associer sur ce point à la doctrine de M. de Savigny (1).

Loi 5, § 5, Digeste, *de doli mali et metus exceptione*, livre 44, titre 4 : « Si, dit le jurisconsulte Paul, j'ai délégué à mon créancier celui qui voulait me faire une donation supérieure au taux légitime, il ne pourra pas opposer d'exception à la demande, parce que le créancier réclame son dû; le mari est dans une situation pareille, puisque lui aussi agit en son propre nom... C'est pourquoi le débiteur qui a délégué, — ou la femme —, est tenu d'une *condictio*, soit pour libérer le débiteur, soit, s'il a payé, pour lui rendre l'argent. » — Tout à l'heure le donateur était le déléguant et le donataire était le déléguataire; quant au délégué il changeait de créancier. Maintenant le donateur est le délégué, le donataire est le déléguant; quant au déléguataire c'est un créancier qui change de débiteur; l'exception *legis Cinciae* ne lui sera pas opposable, puisqu'il agit comme créancier, non comme donataire; seulement la fin du texte accorde une *condictio* au donataire délégué contre le déléguant pour être remboursé s'il y a eu paiement, ou libéré s'il n'a pas encore eu lieu. M. de Savigny ne soupçonne pas ici non

(1) Voir, loi 2, § 2, et loi 55, § 5, Digeste, 50, 5. — M. de Savigny a persisté dans sa manière de voir, car il l'a encore développée dans l'*Appendice* 10, n^o 7, tome 1, page 597 de la traduction Guenoux. Il fait remarquer aussi, ce qui nous paraît exact, que les Proculiens auraient sans doute accordé l'exception au débiteur délégué, puisqu'ils la regardaient comme *popularis*.

plus d'interpolation (1); nous, nous ferons les mêmes observations que tout à l'heure, parce que l'hypothèse est la même au point de vue de la loi *Cincia*. Il n'existe aucune action entre le donateur et le donataire qui permette de faire arriver l'exception *legis Cinciae*. En effet, le donateur a été mandataire du donataire; s'il intente contre lui l'action *mandati contraria*, l'autre répondra qu'il ne doit rien, parce que son mandataire a agi *animo donandi*. Pour cela, il n'aura pas besoin de faire insérer une exception dans la formule, et la *replicatio legis Cinciae* ne pourra pas se placer. Nous devons donc conclure, en nous appuyant encore sur les deux textes précités de Julien et d'Hermogénien, dans lesquels la donation est même double, que les compilateurs du Digeste, à cause des principes de l'insinuation, ont remanié le texte de Paul pour y ajouter une *condictio ex injustâ causâ* que la loi *Cincia* était impuissante à procurer (2).

Le fidéjusseur du donateur, qui a promis *suprà modum legis Cinciae*, jouira-t-il de l'exception? — Oui, répond Javolenus, même malgré le débiteur, parce que si ce dernier était insolvable, le fidéjusseur perdrait son argent. Nous pouvons ajouter que le débiteur ne jouirait pas lui-même de l'exception si son fidéjusseur ne pouvait l'invoquer; car celui-ci aurait toujours son recours contre le donateur qu'il cautionne, et ce donateur lui-même serait sans ressources contre le donataire payé par le fidéjusseur (3).

(1) Voir Savigny, tome 4, page 597, Appendice X, n° 7.

(2) Voir dans notre sens M. Machelard, *des Obligations naturelles en Droit romain*, page 80.

(3) Loi 24, D., livre 50, 5, de Don.

III

La donation a lieu *liberando*.

I. Nous savons que la libération peut être procurée *ipso jure* ou *exceptionis ope*.

Ipsa jure : Le donateur aura payé la dette du donataire ou se sera porté *capromissor* pour lui, ou bien, directement le créancier aura fait acceptilation à son débiteur. Il nous semble, dans tous ces cas, que la donation est de suite parfaite malgré la violation de la loi *Cincia*, parce qu'aucune action ne subsiste entre le donateur et le donataire. C'est ce que disent formellement pour le cas d'acceptilation les empereurs Dioclétien et Maximien : « *Si, donationis gratiâ, novatione factâ, » per acceptilationem prestilisti liberationem, omnis » agendi via preempta est.* » Cette préoccupation d'une *via agendi* montre bien qu'il s'agit ici de l'exception *legis Cincie* (1). Si, dans les cas que nous examinons plus haut cette *actio rescissoria*, cette *condictio ob injustam causam* avaient été réellement données au temps classique, pourquoi ne pas admettre une voie analogue au cas d'acceptilation ! C'était d'autant plus facile que dans les donations entre époux on n'hésitait pas à dire de l'acceptilation : *nihil valet*, et on laissait subsister la primitive action (2).

Exceptionis ope : Distinguons ici deux hypothèses : 1° le donateur fait pacte de remise à son débiteur et le

(1) Loi 1, C., livre 8, titre 14.

(2) Loi 3, § 10, D., livre 24, titre 1 de *Donationibus intervirum et uxorem*.

taux de la loi *Cincia* est dépassé entre ces deux personnes non exceptées. Ici le donateur a conservé l'action; s'il l'intente, le donataire débiteur lui répond par l'exception *pacti conventi*, et la *replicatio legis Cinciae* viendra naturellement se placer.

2° Une dette existe entre deux personnes; une troisième *donationis causâ* fait pacte de constitut avec le créancier; voilà le débiteur libéré *exceptionis ope* et pour une somme supérieure au taux de la loi *Cincia*. Si le créancier actionne son nouveau débiteur, celui-ci jouira-t-il de l'*exceptio legis Cinciae*? — Nous serions tentés de le croire, bien que le créancier agissant ne soit pas le donataire, puisque c'est son débiteur primitif qui profite de la libéralité. Cependant, ce qui nous détermine, c'est que le créancier n'a pas, en vue de l'obligation de constitut, libéré son débiteur; il n'a donc pas à se plaindre, puisque son ancienne action lui reste. S'il l'intente, son débiteur lui répondra par l'exception de dol tirée de l'existence du constitut; le créancier répliquera par la *replicatio legis Cinciae*.

Nous convenons qu'il y a, dans ces deux marches, deux choses assez étranges; dans l'une, nous voyons l'exception opposée par le donateur à un autre que le donataire au créancier de celui-ci; dans l'autre, cette même exception est opposée au donataire, mais par un autre que le donateur.

Peut-être pourrait-on dire que le donateur devra payer le créancier sans lui opposer d'exception, seulement il se fera céder les actions avant de payer et poursuivra le donataire. Si celui-ci invoque l'exception de dol en disant que le constitut a été fait avec intention de donner, il y aura place pour la réplique de la loi *Cincia*. Qu'on ne dise pas que cette solution est contraire à celles que nous donnions plus haut dans le cas de mandat avec dispense de rendre compte; là, en effet, nous trouvions que l'action n'était pas née, n'avait jamais existé à cause de l'*infamis*

donandi; ici, au contraire, nous procurons au donateur l'action d'autrui qui a certainement existé, que l'*animus donandi* n'a pas empêchée de naître. Donc l'exception de dol sera nécessaire pour la combattre.

Ce que nous disons du constitut nous paraît également vrai du fidéjusseur, qui aurait accédé à l'obligation d'autrui dans un esprit de libéralité pour le débiteur et contrairement à la loi *Cincia*. Il devrait payer le créancier, sauf à se faire céder les actions et à poursuivre à son tour le débiteur donataire.

Nous venons de parcourir divers cas d'application de la loi *Cincia*, nous n'avons pas besoin de dire qu'elle cesse toutes les fois que l'opération juridique, intervenue entre les parties, ne présente pas les caractères d'une donation.

Nous allons examiner certains textes du Digeste, qui portent à cet égard la trace des préoccupations des jurisconsultes Romains. Voici, par exemple, Papinien qui suppose un vendeur d'immeuble, en partie payé, avec hypothèque sur le fonds pour le surplus du prix. Plus tard, ce vendeur fait donation du surplus du prix, et comme cette donation est inutile *quibusdam modis*, l'héritier du vendeur décédé voulait exercer l'hypothèque sur l'immeuble. Papinien décide que l'hypothèque est détruite, qu'il en a été fait remise *quoniam inutiliter pecunie donationem lex facit, cui non est locus in pignore liberando* (1).

Ainsi, la remise du gage n'est pas considérée comme une donation, parce que, la créance subsistant toujours, le donateur n'est pas appauvri (2).

(1) Loi 1, § 1, D., 20, 6, *quibusdam modis pignus solvitur*.

(2) M. de Savigny pense avec raison, croyons-nous, que ce texte se rapportait à la loi *Cincia* et il le suppose interpolé; nous pensons, en effet, que les mots « *quibusdam modis* » ont dû être ou ajoutés ou substitués à d'autres qui faisaient plus clairement allusion à la loi *Cincia*. Il y avait dans l'espèce donation faite « *liberando exceptionis ope*, » car le vendeur créancier avait fait remise du prix par une lettre, *litteris ad eum missis*.

La loi *Cincia* sera écartée toutes les fois qu'il y aura non pas donation rémunératoire proprement dite, non pas un acte présentant le double caractère de donation et de spéculation, *negotium mixtum cum donatione*, mais toutes les fois que sous l'apparence d'une donation il y aura comme un contrat tacite destiné, dans l'intention des parties, à acquitter une dette. C'est encore Papinien qui nous en donne un premier exemple : « Aquilius Régulus, le jeune, a écrit en ces termes au rhéteur Nicistrate : *Comme vous avez toujours été avec mon père et comme vous m'avez rendu meilleur par votre éloquence et vos soins, je vous fais don de l'habitation dans cet appartement et je vous permets d'en user*. Régulus étant mort, Nicistrate était inquiété sur son droit d'habitation et comme il m'avait consulté, j'ai dit : qu'on pouvait soutenir qu'il n'y aurait pas là une pure donation, mais plutôt une rémunération par Régulus des soins de son maître, *quidam mercede*, et qu'ainsi, la donation ne paraissait pas inutile pour le temps postérieur (1). »

Paul, nous donne un autre exemple dans un passage de ses sentences, qui nous est parvenu avec deux rédactions différentes parce qu'il forme aussi une loi du Digeste, et nous voyons ainsi la trace des remaniements de la commission de Justinien. « Quelqu'un ayant sauvé un de ses semblables des voleurs ou des ennemis, nous n'empêchons pas la personne sauvée de donner à l'influi, dit Paul ; si l'on reçoit quelque chose de celui qu'on a sauvé, cette donation est irrévocable, » dit le Digeste, sans doute pour faire oublier la loi *Cincia*. Paul continue : « Quoiqu'on ne puisse pas dire de la donation qu'elle est le prix de ce grand dévouement, *eximii laboris*, parce

(1) Loi 27, D., de *donat. tribus*, 50, 5.

» qu'on n'a pas admis d'estimation possible pour le salut
» d'une personne (1).

La loi *Cincia* n'atteindrait pas non plus la simple promesse, *pollicitatio*, faite à une ville, ou le *colum* en l'honneur d'une divinité, bien que ces actes soient appelés quelquefois donation (2).

CONCLUSION

Après avoir déterminé les cas d'application ou de non application de la loi *Cincia*, il nous reste à nous demander si elle a véritablement établi des formalités nouvelles pour la validité des donations. Plusieurs juristes l'ont pensé, Müller entre autres; nous allons emprunter à M. Glasson l'exposé de son système (3). En règle générale et sauf exception pour les personnes exceptées, la donation se formerait par tradition et par mancipation, mais jamais, depuis *la loi Cincia*, par stipulation. « Ainsi » une promesse de donner faite sous forme de stipulation » ne formera plus une donation. » En conséquence, la mancipation et la tradition seraient de véritables formalités inhérentes à la validité de la donation.

Pothier, avec le peu de renseignements qu'on avait alors sur la loi *Cincia*, place aussi la mancipation et la tradition parmi les solennités requises pour la forme des donations et il s'appuie sur un passage d'une lettre de Pline le jeune, à l'empereur Trajan. Il y est parlé d'une donation

(1) Paul, sentences, livre 5, § 6. — Loi 54, § 1, D., 50, 5.

(2) Lois 9 et 15, § 1; loi 5, § 1, D. de Pollic., liv. 50, tit. 12 et loi 19 *pc.*, de don., 50, 5.

(3) Muller, in archiv für civil, Paris, page 504 et seq. — et Glasson, loc. cit., pages 500 et 562.

que la personne, qui voulait la faire, « *nondum satis*
» *peregerat legitime quod postea fecit admonita nobis ;*
» *nam et fundos emancipavit et cetera, quæ in eman-*
» *cipatione supplenda solent exigi, consummarit* (1). »
Mais hâtons-nous de dire que notre grand jurisconsulte
ne professait pas cependant ce que nous croyons être
l'erreur de Müller, car il dit plus loin : « Quoique la loi
» *Cincia* exigeât la mancipation ou la tradition, nous
» voyons cependant admis que la stipulation était néan-
» moins utile pour faire une donation, qu'il en naissait
» une action contre le donateur pour le forcer à manciper
» ou à livrer la quantité ou la chose stipulée. » Il est vrai
qu'il ajoute : « Jusqu'à concurrence de ce qu'il peut faire, »
faisant allusion au bénéfice de compétence et négligeant
ainsi l'exception *legis Cinciae* (2).

M. de Savigny, dans bien des passages de son *Traité*,
parle concurremment de l'insinuation et de la loi *Cincia*,
donnant ainsi à entendre que cette dernière édicte une
formalité. Voici entr'autres quelques passages où cette
idée se fait jour : « Quant aux restrictions et aux formes
» des donations, elles étaient dans l'ancien Droit trop
» rigoureusement réglées par la loi *Cincia*, pour que le
» besoin d'un développement scientifique se fit beaucoup
» sentir (3)... » « Dans ce cas, il ne peut être évidem-
» ment question ni de la loi *Cincia*, ni de l'insinuation.
» D'abord ces formes ne conviennent pas à une renon-
» ciation à une succession ou un legs, etc (4)... »

Il est vrai que le grand Romaniste prussien, pas plus
que Pothier, ne déclare nulles les donations faites sous la
forme d'une stipulation ; il se borne à dire qu'elle est plus

(1) *Caii Plinii, Epistolæ*, liv. 10, lettre 5.

(2) *Pandectæ in noc. ord. ad titulum de don.*, liv. 39, tit. 5. — Voir l'ins-
criptio du § 2 et les nos 14 et 18.

(3) Savigny, t. IV, p. 7.

(4) Savigny, note, page 50. — Voyez aussi page 29 et 97.

dangereuse que la mancipation et la tradition pour des personnes faibles ; et il accorde, comme nous l'avons vu, quoique timidement, outre l'exception *legis Cinciae*, une condition pour répéter la somme (1).

Mais la théorie qui présente la loi *Cincia* comme ayant établi les formalités pour les donations, nous paraît inadmissible, et nous invoquons d'abord, en ce sens, de très graves autorités, notamment Walter, Rudorf, Reix et la plupart des romanistes allemands, et en France MM. Ducaurroy, Pellat, Ortolan, Demangeat, etc. ; c'est-à-dire l'immense majorité des interprètes.

Nous avons du reste essayé déjà de réfuter plus haut ce point de vue.

Après avoir recueilli les opinions les plus graves, voyons s'il est vrai que la loi *Cincia* édicte des formes et s'il est vrai qu'elle proscrive la donation par stipulation. Ces idées, la dernière surtout, nous paraissent suffisamment réfutées par les développements auxquels nous venons de nous livrer. La loi *Cincia* édictait une condition de capacité, ou plutôt, comme nous le dirions aujourd'hui, de disponibilité. Qui est-ce qui s'avise de prétendre aujourd'hui que les règles sur la réserve et la quotité disponible se rattachent aux formes de la donation ? Qui est-ce qui a jamais dit dans le Droit romain que la loi *Falcidia* était relative à la forme des legs ? Dans toutes ces institutions, nous trouvons l'idée de restreindre le droit de donner, d'empêcher les donations ou les legs de dépasser certaines limites. Ce qui a trompé les commentateurs que nous avons cités et tous ceux qui ont partagé leur opinion, c'est l'imperfection même de la loi *Cincia*. On avait oublié de lui donner une sanction ; elle défendait certai-

(1) Voir Savigny, tome IV, p. 205, texte et note g. Comparer cette note avec la note de la p. 202 ; on verra que dans cette dernière il est plus affirmatif pour affranchir la condition de l'existence d'une erreur.

nes donations, voulant sans doute qu'elles fussent nulles, et ne donnait pas cependant l'action en nullité. On avait alors cherché tous les liens qui pouvaient encore rattacher la chose donnée au donateur pour lui permettre au moins d'invoquer la loi *Cincia* à titre d'exception; or, comme en cas de stipulation, l'exception peut se placer tant qu'il n'y a pas eu tradition ou mancipation de la chose, il n'est pas surprenant qu'on ait semblé pouvoir dire: « la loi *Cincia* exigeait à titre de formalités cette » tradition, et cette mancipation » tandis qu'en réalité elle n'exigeait rien du tout et se rattachait au fond des choses, et non à la forme extérieure, aux solennités des donations. Ce qui achève encore de le démontrer, c'est que cette tradition même exigée n'est pas suffisante pour les meubles, qu'il faut encore la possession dans la majeure partie de l'année qui la suit, pour que la donation soit *perfecta* et à l'abri de l'interdit *utrubi* du donateur. Si la loi *Cincia* eût été une loi de formalités, est-ce que cette différence qu'elle aurait établie entre les formes des donations mobilières et les formes des donations immobilières ne mériterait pas l'épithète d'absurde? Tout, au contraire, s'explique normalement, si on admet avec nous qu'il n'y a eu là que l'application faite *à posteriori* par les juriconsultes des règles admises en droit commun pour les interdits possessoires.

Quant à l'idée de Müller, que les donations n'ont pas pu se faire depuis la loi *Cincia* par stipulation, et cela à toutes les époques du Droit romain depuis cette loi, elle échappe presque à la réfutation à cause de son étrangeté même. Nous avons plus haut commenté longuement les textes du temps classique qui parlent de stipulations faites *donationis causâ* (1).

(1) Voir loi 21, § 1; loi 24, de donat. Dig. 39, 5. — loi 19, § 1; loi 30, de re judic. Dig. 42, 1.

Müller argumente, il est vrai, de la place du titre des donations aux Institutes ; elles viennent, en effet, après l'énonciation des modes d'acquérir à titre particulier et suivent immédiatement l'usucapion. De plus, Justinien dit d'elles : « *Est aliud genus acquisitionis, donatio* (1). » On voit aussitôt l'argument : la donation est un mode d'acquérir comme la tradition, la mancipation, etc., donc elle ne peut se faire par stipulation, puisque celle-ci n'est certainement pas une manière d'acquérir la propriété. Nous aurons plus tard à nous expliquer sur ces paroles de Justinien, nous verrons qu'il s'est démenti lui-même en disant plus d'une fois de la donation qu'elle est une simple *justa causa*, et non pas une manière d'acquérir. L'argument n'est donc pas fondé ; du reste, cette nullité de la stipulation faite *donationis causâ*, serait, il faut en convenir, bien contraire à tout ce que nous savons sur la manière dont les Romains envisageaient la stipulation. En effet, ce qui les préoccupait, surtout dans le vieux Droit, c'était uniquement le fait de la demande et de la réponse conformes et ils ne s'enquéraient point de la *cause finale de la stipulation* pour la déclarer valable ou nulle, se contentant de l'apparence extérieure et de la matérialité du contrat. Tout le monde sait que Cicéron, postérieur cependant à la loi *Cincia*, félicite dans la fameuse histoire du chevalier Canius, son ami et collègue Aquilius Gallus d'avoir émis des formules pour réprimer le dol s'il a été la cause du contrat (2). Si, jusqu'à cette époque, on s'était assez peu préoccupé de la cause des stipulations pour ne pas les annuler même lorsqu'elles étaient entachées dans leur cause d'un vice comme le dol, comment croire qu'auparavant la loi *Cincia* eût imaginé d'annuler les stipulations ayant

(1) Inst. liv. 2, tit. 7, principio.

(2) Loi 36, de verb. oblig. 33, 1.

pour cause l'intention de donner? Concluons donc que la stipulation *donationis causâ* a été valable même depuis la loi *Cincia*, que, si cette loi est violée, le donataire n'en aura pas moins l'action, sauf à la paralyser s'il le veut, s'il se repent, par l'exception de la loi *Cincia*.

Pendant combien de temps cette loi fut-elle en vigueur, comment fut-elle abrogée? — Cela ne peut se déterminer, dit Walter, la dernière mention est de l'année 319 (1), dans une constitution du Code Théodosien, que nous allons retrouver. Justinien en parle dans ses Nouvelles comme d'une vieille législation : « *Animum quoque* » *advertimus et ad Cinciae legis veterem legislatio-* » *nem quam beneficiens à suâ legislatione removit* » *dudum respublica* (2). » Elle aura donc disparu entre l'époque de Constantin et celle de Justinien sans que la trace de cette abolition ou de cette désuétude nous soit restée d'une manière précise.

CHAPITRE IV.

De l'innovation de l'Empereur Antonin-le-Pieux.

Nous avons vu que la donation n'affectait pas de formes spéciales au temps classique, qu'elle empruntait, soit un mode de transport de la propriété, soit un mode de création d'obligation et que notamment le simple pacte de donation n'engendrait qu'une obligation naturelle. L'Empereur Antonin-le-Pieux consacra une exception *inter libe-*

(1) Const. IV, Code Théodosien, de don., liv. 8, tit. 12.

(2) Nouvelle 162, Chap. I.

ros et parentes et voulut que la donation pût se faire entre eux, comme une vente entre toutes personnes, par le seul consentement. C'est ce que nous apprend Constantin par la Constitution suivante (1) : « Juxta divi Pii consultiissimi principis instituta, valere donationes placet » inter liberos et parentes, in quocumque solo et cujuslibet rei liberalitas probabitur extitisse ; licet neque mancipatio dicatur, neque traditio subsecuta ; sed nuda tantum voluntas claruerit que non dubium consilium teneat, nec incertum, sed judicium animi tale proferat, ut nulla questio voluntatis possit irrepere et collata inter ceteras exceptas Cinciae legis personas obtinere propriam firmitatem, sive mancipationis decursa fuerit solemnitas, vel certe res tradita doceatur. Loi 4. Code Théodosien. 8. 12. (2).

(1) Jacques Godefroy, dans son Commentaire sur cette Constitution du Code théodosien, déclare qu'il n'est aucune mention antérieure de cette innovation d'Antonin-le-Pieux, *cujus nulla alibi mentio extat*. Du reste avec les idées régnantes sur la loi Cincia avant la découverte des frag. Vat. il montre ainsi la marche du droit :

« La loi Cincia avait fait remise de la nécessité de la mancipation aux ascendants, enfants et quelques autres personnes, mais non de la tradition.

« Antonin-le-Pieux dispense de cette tradition les ascendants et descendants.

« Constantin suit son exemple après avoir exigé la tradition des autres personnes.

« Ce qui est dit dans cette constitution de la loi Cincia doit donc s'entendre du chef relatif à la nécessité de la mancipation et de la tradition, et non pas de celui qui est relatif au taux, à la quantité de la donation comme le pensait Rancinus. » Nous savons aujourd'hui à quoi nous en tenir sur la valeur de cette appréciation.

(2) Pothier, pensant toujours que la loi Cincia a établi des formes de mancipation ou de tradition, dit qu'elle n'avait fait exception à cette nécessité pour aucune personne, pas même les enfants du donateur. Nous n'avons pas besoin de répéter que la loi Cincia était étrangère à cet ordre d'idées. — Voir Pothier, Pandectes, 59. 5, notes 2 et 3.

C'est sans doute à cette innovation d'Antonin-le-Pieux que le juriconsulte Paul faisait allusion lorsqu'il disait :
« Filio quibuscumque verbis à patre fidei-commissum re-
» lictum jure debetur ; sufficit enim inter conjunctas per-
» sonas quibuscumque verbis, ut in donatione, voluntas ex-
» pressa (1). »

Il faut spécifier pour la donation comme pour le fidei-commiss et penser que le Juriconsulte n'a parlé dans les deux cas que des *conjunctæ personæ*, c'est-à-dire du père et des enfants.

Il paraît que cette innovation ne s'appliquait qu'aux objets particuliers et non pas aux donations d'une fraction de la fortune, car un rescrit des empereurs Dioclétien et Maximien déclare que la donation faite par titre du tiers de ses biens d'un père à son fils émancipé n'est pas valable : « Nec in emancipatum traslatam, si generaliter eidem
» partem tertiam bonorum donasti : quia generaliter bo-
» norum partis donari non potest, cum singulae res nomi-
» nari debeant, quæ donatione, mancipatione vel in jure
» cessione transferuntur (2). »

Cependant certains commentateurs n'ont pas jugé aussi radicale l'innovation d'Antonin-le-Pieux. M. de Buechholtz, notamment, pense que la donation entre ascendants et descendants exige plus que le simple consentement, et moins que la tradition réelle de la chose. Il faut et il suffit, pour qu'elle soit parfaite, que le titre de la donation, l'*instrumentum* où on a écrit que la donation est achevée ou que la chose donnée a été livrée ou *mancipée* sans que la possession ait encore changé de main, il faut, disons-nous, que cet *instrumentum* ait été livré par le donateur au donataire. Cette opinion, nous devons en convenir, s'appuie sur divers textes assez probants des frag. Vat.

(1) Paul sentences, liv. 4, tit. 1, § II.

(2) Code Hermogénien, tit. VII, C. De don. inter vir. et ux.

§ 311 : Divi Diocletianus et Constantius Aureliæ Appol-
» lonidae. In filium à patre donationum conscriptis instru-
» mentis, cum in vacuum inductum possessionem horum
» lectio manifestat. Ceterum sinè dubia facti questione
» divus Titus Antoninus parens noster necessariis angus-
» tis rationem ejus consortii, quod nascendi tempore liberis
» et parentibus datur, cogitans non admitti scrupulosam
» inquisitionem statuit; nec idcirco patris indignatione
» posse donationem justam unquam rescindi, summa cum
» ratione placuit (291). »

§ 297 : Divi Diocletianus et Constantius Clodia Julia
» Ptolemaidi. Cum matrem tuam donationis instrumenta
» in neptem suam fecisse, nec ea tradidisse dicas, in du-
» bium non venit liberalitatem, quoniam adsignatis ins-
» trumentis minime cepta est, invalidam esse (285). »

« 265 Item (1). Aurum et argentum, quod in præ-
» senti fuit, pater filio sui juris donavit, ejusque posses-
» sionem traditam esse instrumento palam fecit; non
» idcirco donationem irritam factam existimavi, quod
» usum omnium rerum apud patrem filius reliquit. »

Il faut convenir que ces textes paraissent bien exiger, en effet, la tradition de l'acte de donation. L'empereur Antonin-le-Pieux aurait donc, comme le dit M. de Buechholtz, simplement prohibé une recherche scrupuleuse sur le point de savoir si la tradition réelle avait été faite ou non. De même, le § 263 supposant une donation faite par une mère à un de ses fils sans stipulation, mais par simple lettre, dit qu'il n'y a rien de fait tant que la tradition ou la mancipation ne sont pas survenues pour les objets particuliers, ou des délégations, ou la *litis contestatio* pour les créances. Mais ce dernier texte ne nous embarrasse pas, parce que la donation est ici universelle, *bona sua donavit*, et la constitution d'Antonin-le-Pieux n'avait pas été appliquée à ces sortes de libéralités. D'autre part

(1) Cette décision est sans doute de Papinien.

aussi, les paroles de la constitution de Constantin paraissent bien probantes; elles ne demandent ni mancipation ni tradition, mais seulement une volonté parfaitement claire, *sed nuda tantum voluntas claruerit*, une volonté indubitable, ne pouvant donner lieu à aucune question, et le texte de Paul n'exige de son côté que la volonté exprimée par des paroles quelconques.

Est-il impossible de concilier ces divers textes? Nous ne le pensons pas. Ces passages des fragments Vaticans sont, ou des rescrits dans lesquels on raconte les faits, ou une décision sur une espèce donnée, mais aucun d'eux n'est un texte dogmatique et posant le droit comme la constitution de Constantin ou le fragment de Paul. Est-il téméraire de conclure que, dans la pratique, on considèrerait la tradition des *instrumenta*, comme la preuve de la volonté certaine du donateur? Jusques-là, tant qu'il ne s'était pas dessaisi de cet *instrumentum*, on jugeait que sa volonté était flottante et qu'il avait justement gardé *l'instrumentum* jusqu'à ce qu'il se fût décidé. Ainsi, en droit, la volonté certaine serait nécessaire et suffisante; en fait, le moyen de preuve, habituellement reçu pour cette volonté certaine, serait la remise du titre au donataire, et toute contradiction disparaîtrait (1).

(1) Voir M. de Buechholtz, *fragment. Vat.* sur le § 314, p. 269 et 270. Voir aussi Rüdorff, *Römische Rechtsgeschichte*, tom. I, p. 55, note 14: « Une dispense de toute forme entre ascendans et descendans est contenue dans la constitution d'Antonin-le-Pieux. » — Nous n'avons pas argumenté du § 268 des *frag. Vat.*, qui renferme la décision suivante: Seius émancipe sa fille; il déclare *apud acta* lui donner un fonds et on n'a pas rédigé *l'instrumentum* de la donation. On demande si elle est parfaite *professione actorum* et le juriconsulte répond, que s'il n'y a ni mancipation ni tradition, cette déclaration de donner n'a pas transporté la propriété. Pareille décision résulte du § 287. Mais ces textes paraissent étrangers à notre question, car d'une part, personne ne soutiendra jamais que la propriété puisse être transférée par une donation, même parfaite, entre per-

CHAPITRE V

De la forme des Donations entre-vifs depuis Constantin.

L'empereur Constantin adressa au préfet de la ville, Maxime, relativement aux donations, un édit des plus emphatiques, dit M. de Savigny, des plus obscurs, pouvons-nous ajouter. Il nous est parvenu plus ou moins mutilé en trois éditions différentes; la plus complète est celle des *Fragmenta Vaticana*, § 249 (1). Le préambule manque dans l'édition du Code théodosien (2) et celle du Code

sonnes privilégiées; la donation obligerait simplement à transporter la propriété par les modes ordinaires; et d'autre part, la convention de donner n'existe même pas ici: il n'y a qu'une déclaration solennelle du donateur; le donataire n'a pas encore accepté, et ce qui le montre, c'est que l'acte de donation, *instrumentum*, n'a pas été rédigé; il n'y a encore de fait, spécialement dans le premier de ces paragraphes, que l'acte d'émancipation. Du reste, la convention de donner fût-elle parfaite, il nous resterait encore la ressource de dire que ces textes ne prétendent pas que la donation n'existe pas. Ils disent qu'elle n'est pas *perfecta*, parachevée, parce que sous l'empire de la loi Cincia on s'était accoutumé à n'appeler *perfecta*, que les donations exécutées par le transport de propriété. Donc la donation pourrait très bien exister *inter parentes et liberos*, être valable, obligatoire, sans être encore *perfecta*, réalisée.

(1) Voir aussi l. 1, Code théod. de don., l. 12, tit. 8, et l. 25, C. de don., liv. 8, tit. 54.

(2) Ayant à commenter plusieurs constitutions du Code théodosien, nous croyons devoir rappeler quelques dates: ce Code, promulgué en 438 par les empereurs Théodose II, Théodosius Junior et Valentin III, renferme des constitutions impériales depuis Constantin, en 312, jusqu'en 443, année où il fut achevé.

Justinien. L'empereur, dit M. de Savigny, se plaint de l'incurie et des irrégularités qui souvent président aux donations d'où résultent de nombreux procès et des jugements très contradictoires : *inlè jus anceps, ac pro dicentium impulsu vacillans sententiarum decreta differat, Maxime, carissime ac jucundissime*. Afin de remédier à cet abus, l'empereur rend, non pas une loi, mais une instruction détaillée pour faire une donation qui soit inattaquable. Ainsi, cette constitution n'a pas de sanction ; si les formalités que nous allons voir n'ont pas été observées, il n'y a pas de nullité, seulement le juge sera plus difficile dans l'administration des preuves (1).

Les formalités, qui se rapportent à l'objet de notre dissertation, sont les suivantes, et avant de les exposer, Jacques Godefroy rappelle que Cujas considère cet édit comme le principal de tous, sur les donations et *recluti artem totius tituli*. Ces formalités sont :

(1) Savigny, traduction Guenoux, tome IV, p. 215. — Quelle est au juste la date de cet édit ? Les *frag. Vat.* portent 525, le Code théodosien, 516. On peut lire à cet égard une longue dissertation de M. de Buchholtz, *frag. Vat.*, page 489, note t. — Il tient pour l'année 525, notamment, parce que Maxime auquel l'édit est adressé, était préfet de la ville en cette année. On peut ajouter qu'une phrase du préambule confirme cette conjecture, car elle paraît faire allusion à une constitution relative aux donations entre personnes exceptées, et ce doit être la Constitution IV, au Code théodosien, de l'an 519, qui fait l'objet de notre chapitre précédent. En sens inverse, il est vrai, on peut argumenter de la date du manuscrit du Code théodosien qui porte 516, et de l'ordre chronologique suivi pour toutes les constitutions de ce titre. M. de Savigny (p. 205, note A.), déclare que la date de l'an 525 doit être rejetée. C'est l'opinion de Wenck sur la loi 2, Code théodosien, de administ. 5 (19 ou 50), et de Haënel, dans son édition du Code théodosien. Du reste, la phrase du préambule ne se trouve que dans les *frag. Vat.* : il n'est peut-être pas téméraire de tout concilier, en disant qu'une nouvelle édition de l'édit de 516 fut donnée en 525 avec addition du préambule.

- 1° La rédaction d'un acte écrit ;
- 2° La présence de témoins ;
- 3° La tradition réelle de la chose donnée ;
- 4° La présence des témoins à cette tradition ;
- 5° *L'insinuatio*.

Comme toutes ces formalités ont été depuis l'objet d'autres dispositions législatives, nous allons les reprendre une à une et nous les conduirons jusqu'à l'époque de Justinien.

I. Rédaction d'un acte écrit.

Deux passages de la Constitution y font allusion : *In conscribendis autem donationibus, nomen donatoris, jus ac rem notare oportet*, et la phrase suivante. Il importe peu du reste, que ce soit écrit sur telle ou telle matière, ou par telle ou telle personne, mais l'acte doit renfermer le nom du donateur, le droit en vertu duquel il peut donner, et la chose donnée.

La nécessité de l'acte est mentionnée dans une Constitution datée du 12 des calendes de mai, et du même Constantin, l'an 316. Il y est question de la donation faite à un mineur émancipé *priusquam fari possit*, et il est dit : *instrumentis antè præmissis* (1).

La rédaction de *l'instrumentum* est encore mentionnée cent ans plus tard dans une Constitution des empereurs Honorius et Théodose, de l'an 415 (2). Cette dernière Constitution ne figure pas au Code de Justinien, parce que, peu de temps après, deux Constitutions cessèrent

(1) L. 2, C. théod. 8, 12, de don. — Comparez l. 26, Code 8, 54. Cette loi est interpolée, mais non pour le point qui nous concerne. — Voir aussi l. 3, Code théod. h. tit.

(2) L. 3, C. théod. h. tit.

d'exiger la rédaction d'un écrit (3). Elles sont, l'une des empereurs Théodose et Valentin en 428, l'autre de Zénon en 478. La première, rappelée expressément par la dernière, dit : *Si sine scripto donatum quod fuerit, adhibitis aliis idoneis documentis, hoc, quod geritur, comprobatur.*

En admettant que la rédaction de l'écrit ait été réellement obligatoire à une époque quelconque, il est toujours bien certain qu'elle avait cessé de l'être sous Justinien. Qu'on ne dise pas que la Constitution de Constantin n'a pas été altérée à cet égard ! Il serait trop facile de répondre que l'édit de Constantin, sur ce point surtout, n'a rien d'impératif ; c'est comme s'il disait : « Si vous écrivez des actes de donation, ayez soin d'y faire telle ou telle mention. » Réduite à ces termes, qui sont les véritables, la disposition de Constantin pouvait parfaitement figurer dans le Code de Justinien.

II. Présence des témoins à la confection de l'acte.

L'acte doit être écrit « *ne occultè aut per imperitos, aut privatim*, mais bien *scientibus plurimis*, en public, par conséquent en présence de témoins. »

Les mots *scientibus plurimis* ont disparu dans le Code de Justinien et rien n'est plus naturel, puisque l'obligation elle-même de rédiger un écrit n'existe plus à cette époque.

III. Tradition réelle de la chose.

A cet égard l'édit de Constantin porte : « *Et corporalis traditio subsequatur ad excludendam vim atque irruptionem..... si ut mobilis ex voluntate traditam donatoris, vel si immobilis abcessu donantis novo domino*

(3) Const. 29 et 31, Code, 8, 64.

» *patet factam.* » Ainsi, la tradition réelle, le dépouillement actuel paraissent exigés. Il n'est donc pas étonnant que les anciens commentateurs aient pris ceci comme une suite et comme une renaissance de la loi *Cincia*. Avant d'apprécier cette nécessité de tradition, voyons son développement historique. Constantin en parle de nouveau dans la Constitution II de la même année 316.

En l'an 319, rappelant la Constitution d'Antonin-le-Pieux, il dispense de mancipation et de tradition les donations *inter liberos et parentes*, et se contente de la volonté parfaitement démontrée, du simple pacte. Cette Constitution parle de la mancipation, et la précédente de la tradition seulement; c'est, sans doute, parce que la mancipation commençait à tomber en désuétude. Cependant, il paraît qu'il en restait des traces dans les formules des donations. On y faisait allusion à la pièce de monnaie que recevait l'aliénateur, *quasi pretii loco*. Justinien déclara qu'on devait faire disparaître complètement, *penitus*, ces paroles superflues : « *Quid enim ver-*
» *bis opus est quæ rerum effectus nullus sequitur.* » (Const. 37, liv. 8, tit. 51, de Don.)

La même dispense que tout à l'heure, et entre les mêmes personnes, est mentionnée de nouveau par Constantin dans la loi 5 de notre titre au Code Théodosien, en 333 (1).

En l'an 355, les empereurs Constantin et Constans s'expliquent en ces termes sur cette nécessité de la tradition et de la mancipation, qui, paraît-il, commençait à n'être pas observée : « *In omnibus deinceps observari negotiis oportebit ut donatio inter extraneos minus firma iudicetur si iure mancipatio et traditio non fuerit impleta* (2). »

(1) La Const. 4 n'est pas reproduite au Code de Justinien; la Const. 5 figure avec interpolation sous le n° 27.

(2) Const. 7, C. théod. h. t. Cette Constitution ne figure pas au Code de Justinien.

Moins de cent ans plus tard on se demande si le donateur peut faire tradition en se réservant l'usufruit, et les empereurs Honorius et Théodose décident que la rétention de l'usufruit ne peut pas passer pour une tradition. Le donateur, s'il veut jouir encore de la chose donnée, doit commencer par en abandonner la possession, « *ne imperfecta vacillet donatio.* » Mais, deux ans plus tard (417), les mêmes empereurs décident, en sens contraire, que quiconque faisant donation d'une chose en aura reçu l'usufruit même sans stipulation, sera considéré comme ayant fait aussitôt tradition de la chose : « *Ut omni modo idem sit, in his causis, usumfructum retinere quod tradere (1).* »

Enfin Justinien, en l'an 530, supprime la nécessité de la tradition. Il fait de la donation un pacte légitime, et il veut, qu'à l'exemple de la vente, la donation soit parfaite dès que le donateur aura manifesté sa volonté, en sous-entendant que le donataire aura accepté. Dès lors, les donations ont *plenissimum et perfectum robur*, et la nécessité de la tradition incombe au donateur (2). Ainsi, par le fait seul de la convention de donner, le donataire a contre le donateur une action (*condictionem ex lege*) à l'effet de se faire transporter la propriété. Cujas fait, du reste, observer, avec beaucoup de raison, que Justinien assimile la donation à la vente, seulement quant à l'effet de la convention; *Sed non per omnia, puta non in aliis omnibus eodem jure est donatio, quo emptio et venditio.* Il cite à l'appui cette différence que la donation n'engendre pas contre le donateur l'obligation de garantie : « *Nihil* » ita stipulatione cautum fuerit, ut cum pactum non

(1) Const. 8 et 9. C. th. (8-12), de don. — La seconde, seule, est reproduite au Code de Justinien (C. 28, 8-54), moins cependant le préambule.

(2) Inst. Just. livre II, tit. 7, § 2. — Const 33, § 8. Code, livre 8, t. 54 de don.

» *sufficit ad exigendum donatoris evictionis nomine* (1). »

Nous avons bien peine à croire que cette nécessité de la tradition se soit jamais appliquée à toutes les donations, et nous pensons qu'elle a dû se restreindre aux donations qui s'effectuaient *in manu*, en ce sens, que les règles, ci-dessus visées, signifiaient simplement que le pacte de donation n'obligeait pas le donateur à faire mancipation ou tradition. Ce qui nous le prouve, c'est qu'on aurait commencé par rendre obligatoire la simple convention de donner entre descendants et ascendants contrairement aux règles générales des obligations, et Justinien n'aurait fait plus tard que généraliser cette exception; aussi nous serions porté à croire que la donation a toujours pu se faire *obligando* par stipulation ou *liberando* par acceptilation. Ce dernier cas surtout est évident. Quant à la stipulation *in manu donandi* elle a dû continuer à engendrer l'obligation, seulement depuis la loi Cincia on avait pris l'habitude de ne donner le nom de *perfecta* qu'à la donation, réalisée par le dépouillement du donateur par la tradition ou la mancipation.

Quoiqu'il en soit du reste, quelles que soient les donations auxquelles s'appliquent les exigences de la tradition, il est certain que ces exigences n'existent pas sous Justinien, et qu'à cette époque on peut non-seulement donner par stipulation, mais encore par un simple pacte qui produira la *condictio ex lege* au profit du donataire.

IV. Présence des témoins à la tradition de la chose.

Cette tradition doit avoir lieu, dit le texte : *Adlocato vicinitate omnibusque arbitris adhibitis*, et ces témoins sont appelés pour affirmer que la tradition réelle du

(1) Cujas, sur le titre du Code de don. (§ 51.)

meuble a bien eu lieu, ou que le donateur s'est éloigné de l'immeuble pour le laisser libre à son nouveau maître. Ils empêcheront ainsi que le donateur ne puisse dire plus tard qu'il a livré le meuble par la force, ou a été chassé de l'immeuble, *ad excludendam vim atque irruptionem*. Cet emploi de témoins n'était pas rare dans l'ancien droit même pour les ventes (1).

L'empereur Zénon, dans une Constitution déjà citée (2), fit remise de cette nécessité de l'appel des voisins à la tradition. Il n'est donc pas étonnant que cette partie de l'édit de Constantin ne soit pas reproduite au Code de Justinien.

Ainsi cette formalité a également disparu au temps de Justinien puisqu'il ne la mentionne dans aucune de ses constitutions, et qu'il assimile la donation à la vente quant à la formation de l'obligation (3).

V. De l'insinuation.

Nous consacrerons un chapitre spécial à l'insinuation judiciaire sous Justinien; nous allons donc ici nous contenter de rassembler des documents jusqu'à cette époque. Il n'y en a aucun vestige ni dans le Digeste, ni dans le Code avant Constantin. Cet empereur, dans une constitution, déclare que son père aurait décidé qu'aucune

(1) Voir l. 2, C. théod. de contrah. empt.

(2) L. 31, Code 8, 34,

(3) Malgré le silence du texte de Justinien, d'ordinaire si verbeux, Marezoll a soutenu que la présence de trois témoins (pourquoi ce nombre ?) avait toujours été une formalité requise pour la validité des donations non sujettes à l'insinuation.

Savigny réfute victorieusement cette opinion, tome IV. p. 212.

libéralité ne serait valable si *actis inserta non esset* (1).

Constance Chlore aurait donc, le premier, sanctionné cette formalité de l'insinuation judiciaire sans doute usitée déjà auparavant, peut-être même pour rendre publiques d'autres opérations juridiques que la donation.

(1) Const. I, Code théod. liv. III. t. 5 de sponsalibus et ante nuptias don. Elle est datée de 319 dans l'édition de M. Hœnel, mais Godefroi pense qu'au lieu d'être attribuée à Constance Chlore, père de Constantin, elle devait être plutôt restituée au fils de ce dernier, Constance, et datée de 332. Dans cette opinion, Constantin serait l'auteur, comme dit Godefroi, de l'insinuation. — Puisque le nom de M. Hœnel est encore revenu sous notre plume, qu'il nous soit permis de faire un instant, à son sujet, diversion à l'aridité de notre dissertation. Le 18 avril 1866, l'Université de Leipzig célébrait le 50^{me} anniversaire du professorat de M. Gustave Frédéric Hœnel, et elle annonçait cet heureux jour dans les termes suivants :
» Viro perillustri ac summo reverendo D. Gustavo Frederico Hannelio,
» latam diei XVIII m. april. 1816 memoriam, quo ante nos quinquaginta
» annos, summos in jure honores ritè adeptus est, plè gratulantur,
» Ordinarius, Decanus et reliqui professores ordinis Jurisc. Lipsien-
» sium ».

» Ce n'est point arbitrairement, a dit M. Bressolles à l'Académie de
» Législation, qu'il fut reçu, dans les habitudes humaines, de fêter
» d'ordinaire le retour demi-séculaire de l'anniversaire d'un événement
» qui a marqué comme le commencement d'une carrière dans laquelle on
» a persévéré depuis lors. D'abord, cette longue série d'années offre un
» contraste frappant avec le casuel de la vie, si rapide et moyennement si
» courte : de plus, il y a vraiment un mérite, digne d'admiration, toutes
» les fois que, libre de changer sa situation, on y a persévéré, sans
» se laisser éblouir par le mirage trompeur de briller ou de gagner davan-
» tage ailleurs ; une longue carrière, enfin, est digne de respect pour les
» services rendus, les travaux accomplis et les épreuves noblement sup-
» portées. » — Aussi les collègues de M. Hœnel lui ont-ils prodigué leurs
cordiales félicitations dans une adresse qui se termine par le vœu sui-
vant : *Faxit Providentiæ magnæ benignitas, ut diu nobis conserveris et
ad summum usquè honorificæ senectutis fastigium, amore nostro frui
pergas* (*Recueil de l'Académie de Législation de Toulouse, tome XVI, an-
née 1867, page 369 et suiv.*)

C'est en effet le but qu'assigne à cette formalité la grande Constitution de 316 qui porte dans le texte des frag. Vat : « Quæ omnia consignari actis iudicis » præstat, ut res multorum mentibus, oculis, auribus » testata nullum effugiat, cujus aut scientiam capiat, aut » dissimulationem tegat (F. V. § 249).

Le même empereur y fait allusion, dans une constitution de la même année 316, dans laquelle il est dit que l'insinuation doit être faite au domicile du donateur et là où sont situés les biens donnés. Godefroi pense que c'est là un seul et même lieu, parce que, d'habitude, on a ses biens là où l'on est domicilié. L'empereur déclare que si on désobéit à son ordre, les donations n'auront aucune valeur, *nullam firmitatem*.

Les premiers mots de ce texte paraissent bien signifier que l'insinuation était déjà connue et ordonnée depuis quelque temps, et cela confirmerait cette opinion que Constance Chlore l'aurait réglementée le premier : « Promulgatum dudum ut donationes nullo alio modo » firmas posse detineri, nisi apud actorum constesta- » tionem confectæ fuerint. » Ce *dudum* ne peut pas se rapporter à la constitution précédente puisque celle-ci est du mois de février, et l'autre du mois de mai de la même année 316 (1).

En l'an 333, le même empereur déclare que l'insinuation est surtout nécessaire dans les donations entre descendants et ascendants. « *Claudestinis ac domesticis fraudibus facile quidets pro negotii opportunitate confingi potest, vel id quod vere gestum est aboleri.* » Ainsi, entre ces personnes, le simple pacte suffit pour créer l'obligation de donner, mais l'insinuation est plus requise que jamais à cause de la facilité plus grande des fraudes (2).

(1) Const. 3, C. theod., liv. 8, tit. 12.

(2) Const. 5, C. th., liv. 8, tit. 12.

En l'an 311, les empereurs Constance et Constans rappellent la nécessité de l'insinuation : *A venerabili parente nostro statutum est irritas donationes esse quæ actorum iudicia non habent, nec sequi etiam lenitudinis nostræ cura succedit* (1).

En 415, les empereurs Honorius et Théodose y font encore allusion et fixent la compétence du magistrat auprès duquel se fera l'insinuation. Cette constitution, que nous avons vue plus haut, avait été abrogée par les mêmes empereurs quant à sa principale disposition (2).

Jusqu'ici nous avons vu l'insinuation exigée quelle que soit la valeur de l'objet donné, mais en 428, les empereurs Théodose et Valentinien décident, qu'au-dessous de 200 solides, les donations *antè nuptias* n'auront pas besoin d'être insinuées (3).

En 520, Justinien porte à 300 solides la somme au-dessous de laquelle toutes donations sont dispensées d'insinuation quelles soient, dit-il, communes ou *antè nuptias* (4).

Enfin, en 531, il élève le taux à la somme de 500 solides (5). Ce développement historique est résumé ainsi qu'il suit, par M. de Savigny : « Comme formalité nouvelle se présente l'insinuation judiciaire, abandonnée d'abord à la volonté des parties et enfin restreinte aux donations importantes. »

(1) Godefroi s'extasie sur l'élegance et la poésie de ces derniers mots, et il les compare à deux vers de Virgile tirés de l'Énéide et des Géorgiques. — Godefroi, const. 6, liv. 8, tit. 12.

(2) Const. 8, C. théod., liv. 8, tit. 12.

(3) Const. 15, C. th., liv. 5, tit. 3 de sponsalibus.

(4) Const. 34, princ., C., liv. 8, tit. 54. de don.

(5) Const. 56, § 3, C. de don. (8, 54). — Inst., liv. 2, tit. 7, § 2.

CHAPITRE VI

De la forme des donations sous Justinien et spécialement de l'insinuation.

Nous venons de parcourir successivement les diverses formalités mentionnées dans l'édit de Constantin, et nous les avons vu toutes disparaître, l'insinuation seule exceptée. Ainsi, sous Justinien, la convention de donner est, par elle-même, obligatoire entre toutes personnes et rien de particulier n'est exigé si ce n'est l'insinuation pour certaines donations (1). Il nous reste donc à étudier de près cette formalité. Nous allons rechercher en quoi elle consiste, en quels lieux elle doit être accomplie, quelle en est la sanction, quelles sont les principales hypothèses où elle ne s'applique pas, soit qu'il y ait donation, soit qu'il y ait quelque chose d'approchant ; enfin, quelles exceptions reçoit cette règle de l'insinuation.

L'insinuation, dit Savigny, est un protocole judiciaire dressé sur la déclaration des parties, une mention dans des registres tenus par le juge. Nous avons vu qu'elle devait se faire autrefois devant le magistrat compétent, notamment celui dans la juridiction duquel habite le donateur et sont les choses données. Sous Justinien, tout magistrat peut la recevoir. Le magistrat n'est ici qu'une espèce de certificateur ; il constate l'authenticité de la donation et ne pourrait pas, si elle est légale, refuser cet enregistrement. Ceci montre bien le but de l'institution ;

(1) Voir C. 35, § 5, C. (8, 64).

elle protège le donateur en l'obligeant à affirmer devant un tiers sa volonté; elle protège les tiers en donnant à la donation une sorte de publicité. C'est le premier pas fait dans cette voie par la législation, et, en ce sens seulement, on peut dire que notre transcription a sa lointaine origine dans l'*insinuatio*.

La sanction du défaut d'insinuation n'a pas été recherchée dans les anciennes règles de la loi Cincia, et cela achève de prouver que cette dernière avait bien été *imperfecta*. On a plutôt reproduit, ici, les règles relatives aux donations entre époux qui étaient absolument nulles, non avenues, avant le Sénatus-consulte d'Antonin Caracalla. Seulement la donation est décomposée: valable dans la limite du taux au-dessous duquel l'*insinuatio* n'est pas requise, la donation est nulle pour le surplus: « Hoc quod superfluum est tantum modò non valere, reliquam verò quantitatem quæ intra legis terminos constituta est in suo robore perdurare (1). » Ainsi, au-dessus du taux, non-seulement le donataire n'a pas d'action s'il y a eu simple promesse, mais encore, s'il y a eu tradition, le donateur aura la *condictio ex lege* appelée plus haut *actio rescissoria* dans des textes interpolés, ou même revendication, si l'objet donné existe encore en nature. Enfin, puisque la donation est une *causa injusta* pour le surplus, le donataire ne pourra usucaper.

Supposons, pour appliquer ces principes, la tradition *donationis causâ* d'un immeuble valant plus de 500 solidus; il y aura communauté entre le donateur et le donataire et le juge devra, s'ils sont en procès, partager entre eux. Cependant, pour faciliter les choses, Justinien décide que le propriétaire de la plus grande portion pourra acheter l'autre après estimation; s'il refuse, il y aura partage

(1) Const. 36, C. (8, 54) de don.

en nature, et si celui-ci n'est pas possible, le propriétaire de la plus petite portion pourra acheter à son tour (1).

Les sources ne nous apprennent rien, dit M. de Savigny, sur l'influence du défaut d'insinuation quand il s'agit d'actes passés avec les tiers. Nous ne pouvons admettre cette manière de voir; car nous avons reconnu une interpolation dans les textes qu'il persiste à rattacher à la loi *Cincia*. Ainsi, un créancier a désigné son débiteur *donationis causâ* à un tiers donataire pour plus de 500 solides; tant que le débiteur n'a pas payé, le donateur a contre lui l'action rescisoire pour ce qui dépasse 500 solides. Si le débiteur a payé le donateur a cette même action contre le donataire pour la même somme (2).

Une personne a délégué à son créancier un tiers qui voulait lui faire une donation supérieure à 500 solides. Ce tiers aura pour le surplus la *condictio ex lege* contre le donataire soit pour se faire libérer, s'il n'a pas payé, soit pour se faire rembourser s'il a payé (3).

Nous pouvons rechercher maintenant qu'elles sont les hypothèses principales dans lesquelles la nécessité de l'insinuation ne s'applique pas, par observation même des règles de la matière. Cela arrive :

1° Dans tous les cas où il n'y a pas en réalité donation. Nous rappelons les principaux : l'acte ne diminue pas les biens de celui qui accomplit un bienfait, mandat, dépôt, commodat, — l'acte au lieu d'être une aliénation n'est qu'une renonciation à augmenter son patrimoine, répudiation d'une succession, d'un legs, etc... — l'acte n'enrichit pas le donataire, l'affranchissement d'un esclave; — l'acte, quoique volontaire, n'est que l'acquiescement d'une

(1) Const. 54, § 2, C. (8, 54) de don.

(2) L. 21, § 5, D., (33, 5) de don.

(3) L. 5, § 5, D. (44, 4). — Voir Savigny, t. 4, app. 6, n° 7 et 8.

obligation naturelle, en sorte que le patrimoine de celui qui reçoit n'est pas en somme enrichi (1).

Il en serait autrement du cas de donation par omission, si elle consistait dans l'abandon volontaire d'un droit comme un droit de servitude perdu par non-usage : si la valeur excédait 500 solidos, elle pourrait être reprise pour le surplus ; mais du reste l'insinuation n'est pas applicable pour cela, car la force même des choses s'y oppose (2).

2° Aux donations qui ne dépassent pas 500 solidos (3). « *In magnis quantitatibus, dit Manzius, maior observantia requiritur, ut, ubi minus est periculum ibi cautius agendum* (4). » Nous ne rechercherons pas ce que valait le *solidus*, que M. de Savigny fixe à peu près à 12 fr. 50. Les difficultés sur l'évaluation nous paraissent également bien oiseuses aujourd'hui. Bornons-nous à dire qu'en cas de donations successives entre les mêmes personnes et à diverses époques, on ne doit pas les additionner pour voir si le total dépasse le taux voulu (5).

En cas de donation d'une rente la valeur se détermine d'après l'ensemble des paiements. Si la rente est viagère, on considère chaque paiement comme une donation distincte et l'insinuation n'est pas requise si chaque paiement ne dépasse pas 500 solidos.

(1) Voir Savigny, t. I, pages 27, 29, etc...

(2) Voir l. 3, § 6 D. (24-1) de *don. inter vic. et nec.* — l. 28, princ. D., (60-16) de verb. sig. — Savigny, t. IV, app. 9, n° 2 et 15, page 574 et 589.

(3) Justinien dit : *Sine aliquâ distinctione donationibus usque ad quingentos solidos calitaris.*

(4) Manzius, *hoc titulo.*

(5) Voir d'une manière générale l. 54, § 4, C. de don. (8,34), et sur ce point en particulier même loi 54, § 3. Les anciens Jurisconsultes discutaient à cet égard à l'époque de la loi Cincia. L'art. 1546, C. N. a adopté l'opinion contraire pour l'admissibilité de la preuve testimoniale.

Enfin par analogie des décisions précédentes, Savigny pense qu'une donation qui ne dépasse pas 500 solidos, doit être dispensée d'insinuation même lorsque l'addition des intérêts fera dépasser ce taux.

3° Quand la promesse de donation a été insinuée, l'acte de paiement n'a pas besoin de l'être, car il n'y a pas une nouvelle donation (1).

4° Plus de 500 solidos ont été donnés sans insinuation et ils sont volés au donataire : le défaut d'insinuation n'empêchera pas celui-ci d'être à l'abri de la *condictio ex lege* (2).

5° Un enfant est élevé par un homme charitable dans un but d'humanité : il n'y a pas là une donation proprement dite et l'insinuation n'est pas nécessaire (3).

6° Nous en dirons autant des donations en apparence rémunératoires, mais qui sont en réalité le paiement de services inestimables comme nous l'avons dit plus haut (4).

7° L'insinuation n'est pas applicable à la promesse faite à une ville ou en l'honneur d'une divinité ; car, dit Savigny, de pareils actes ne sont jamais soumis aux règles restrictives d'une véritable donation (5).

Il nous reste enfin à rechercher quelles sont les donations véritables, non soumises, par exception, à la nécessité de l'insinuation. Ce sont :

1° Les donations faites par l'empereur à des personnes privées et réciproquement (6).

2° Les donations faites pour la reconstruction d'une mai-

(1) Savigny p. 68, t. 4.

(2) Sav. page 76.

(3) Sav. p. 86.

(4) L. 27, D. (59. 5) — Paul. sent, liv. 5 tit. 2. § 6. — Sav. p. 90 à 99.

(5) Sav. p. 121.

(6) L. 34 princ. C. de donat. (8, 54) — Nouvelle 52, chap. 2.

son écroulée ou incendiée (1). Le serment du donataire fera foi de l'application des sommes données.

3° Les donations ayant une *causa piissima*, c'est-à-dire le rachat des captifs (2).

4° Les donations de choses mobilières faites par un *magister militum* à ses soldats (3).

5° La donation faite par un étranger à une femme pour lui servir de dot (4). Cette exception était d'abord appliquée aussi à la *donatio propter nuptias* (5).

Terminons sur ce point par quelques questions controversées. — On s'est demandé si les donations rémunératoires de plus de 500 solides, seraient sujettes à l'insinuation.

En concluant des cas particuliers que nous avons déjà cités, lors, par exemple, que la vie du donateur a été sauvée, à toutes les donations rémunératoires, certains auteurs ont voulu affranchir ces dernières de la nécessité de l'insinuation. Voët combat cette opinion, et il dit qu'il ne faut pas conclure de la donation *propter nuptias* aux donations rémunératoires comme faisait l'achincus : « *Donationes remuneratorie revocabiles sunt et vero propter nuptias revocabilis est, matrimonio soluto, obnoxia restitutione.* » Donc il faut conserver quelque part le titre de la donation rémunératoire « *si forte principalia instrumenta perveniunt quod facile est* (6). »

La donation *sub modo*, c'est-à-dire avec charges, bien qu'elle présente un caractère mixte et ne soit que partiel-

(1) L. 56, § 2, C. de don. — Voir une petite discussion sur cette Const. dans Savigny, p. 127.

(2) L. 34 et 56, § 1, C. de don.

(3) L. 56, § 1, C. de don.

(4) L. 31 princ. de jure dot. (6. 12).

(5) Comparez Nouvelle 119, chap. I et Nouvelle 127, chap. II.

(6) Voët, ad Pandectas, h. t.

lement une donation, doit être également insinuée, si en tant que donation elle dépasse 500 solides (1).

Quid de la donation de la chose d'autrui dépassant 500 solides? Savigny distingue: Si le donateur est de mauvaise foi, le donataire usucapera la maison toute entière *pro donato*, parce que la donation n'appauvrit pas le donateur: s'il était de bonne foi, alors il serait appauvri et à défaut d'insinuation l'usucapion ne serait pas possible pour la portion de valeur de la chose donnée excédant 500 solides. En effet, il y a en ce cas dépouillement du donateur, puisqu'il perd la *bonae fidei possessio* qui le conduisait à l'usucapion (2).

Enfin, nous avons vu que la loi Cincia ne produisait plus aucun effet au profit des héritiers du donateur. Il n'en est pas de même de l'insinuation. Le défaut d'insinuation pourra être opposé au donataire par les héritiers du donateur comme il l'eût été par celui-ci, ils auront les mêmes actions. En ce point, les règles sur l'insinuation se séparent de celles des donations entre époux, telles qu'elles résultaient du sénatus-consulte d'Antonin Caracalla. Ce qui le prouve bien, c'est que les donations même entre époux, excédant 500 solides, ne seront confirmées par la mort du donateur que si elles ont été insinuées (3).

Ainsi, sur ce point important, la législation de Justinien se sépare des anciennes règles de la loi Cincia et on rentre dans le Droit commun, que toutes actions se transmettent du défunt à ses héritiers. Il n'était pas inutile de mettre ce point en relief, car de nos jours encore, certaines personnes pensent que les héritiers du donateur

(1) Voir Savigny, p. 105, note M, où il combat l'opinion contraire de Mulembrück.

(2) Sav., t. 4, p. 119. — Nous jugeons inutile de parler de la donation faite par une *pia causa*; elle est soumise à l'insinuation au-dessus de 500 solides. Comparez l. 19, D. liv. 1, t. 2, et l. 54, prin. et § 1. C. (8, 84).

(3) L. 25, C. de don. inter vir et uz. (4, 6).

peuvent opposer le défaut de transcription des donations immobilières, bien que le donateur lui-même ne le puisse pas, art. 941. Il résulte des explications qui précèdent que cette opinion ne peut pas du moins s'appuyer sur le précédent du Droit romain, dans lequel nous venons de voir que les héritiers ont l'action parce que le donateur l'avait lui-même.

CHAPITRE VII.

Explication de ces mots des Institutes: Est et aliud genus acquisitionis donatio.

Il nous semble ne pas sortir de notre sujet en cherchant quel peut être le sens des premiers mots du titre des donations aux Institutes: « La donation est un autre » *genus acquisitionis*. » Cela veut-il dire que la donation est un mode d'acquérir, un *modus acquirendi* comme la mancipation, l'usucapion, etc. Voët, se posant la question, la résout par une distinction: « Non, dit-il, ce n'est pas un mode d'acquérir si la chose donnée est la chose d'autrui: c'est alors une simple *causa usucapiendi*, et le donataire possède *pro donato*. Oui, au contraire, s'il s'agit d'une chose appartenant au donateur, *non est quod dubitetur, quin donatio tunc acquirendi domini modus et causa simul sit* (1). »

Manzius dit que Justinien a réellement fait de la donation un *modus acquirendi*, et il apporte à l'appui de cette opinion deux arguments de texte. Au titre de *usu et habitatione* l'empereur dit (2): « *Exposuimus summam quibus modis jure gentium res nobis acquiruntur, modò videamus quibus modis legitimo et civile jure acquiruntur.* » Puisque l'empereur annonce plusieurs modes

(1) Voët. ad Pandectas, h, t.

(2) Inst. liv. II, t. 6, § 6.

d'acquérir d'après le Droit civil, la donation y est nécessairement comprise, puisqu'un seul titre, celui de l'usucapion, sépare ce fragment du titre des donations. De plus, dans le paragraphe 1 de ce même titre des donations, l'empereur parlant de l'ancienne acquisition *per jus accrescendi*, dit : « Erat olim et alius *modus civilis* » *per jus accrescendi*; » et Manzius ajoute : « Ergo necessario inferitur quod etiam donatio, ex mente Justiniani imperatoris, sit *modus civilis*, nam vox *aliud* est vox relativa et relatio non potest consistere sine duobus (1). »

Pour Vinnius, il n'y a pas là une grande difficulté. Cette manière de parler tient à ce que le mot donation se prend dans deux acceptions, l'une qui est la *datio* pour exercer une libéralité, c'est-à-dire avec tradition immédiate : l'autre, la simple promesse de donner, qui crée une obligation, et c'est dans le premier sens que la donation reçue serait vraiment un mode d'acquérir la propriété. Vinnius ne remarque pas que la donation n'est encore ici que la cause du transport de propriété, et que le mode c'est la tradition. Du reste, ce commentateur est peu charitable pour ses confrères : « Plerique, dit-il, *magnò molimine magnas hic nugas agunt* (2). »

Pour ne pas encourir à notre tour le reproche d'accumuler ici des riens, *nugas*, bornons-nous à dire que Justinien dans d'autres passages de ses Institutes, a justement considéré la donation comme une *justa causa*, et non comme un *modus acquirendi* (3), ce qui est encore confirmé par la constitution dans laquelle il assimile la donation à la vente, quant à la faculté d'obliger le donateur *solo consensu*. Or, personne n'a jamais considéré, à Rome, *l'emptio venditio* comme une manière d'acquérir

(1) Manzius, in quatuor libros, Inst. h. t.

(2) Vinnius, Inst. h. t. principio et § 3.

(3) Voir notamment Inst. liv. 2, t. 1, § 35.

distincte de la tradition et des autres. Enfin, l'expression même d'usucapion *pro donato*, montre bien que la donation n'est que la *justa causa* exigée pour qu'il soit possible d'usucaper. A-t-on jamais parlé d'usucapion *pro tradito* ou *pro mancipato*? — Ce serait un non-sens. Qu'on se reporte à tout ce que nous avons dit sur les formalités successives et sur la loi *Cincia*, et on demeurera convaincu que la donation entre-vifs au moins n'a jamais été autre chose qu'une juste cause d'acquisition réalisée par les moyens ordinaires, mancipation, *in jure cessio* ou tradition avec, il est vrai, des conditions particulières depuis le Bas-Empire. Nous n'avons pas, au surplus, besoin de faire remarquer que l'expression de *genus acquisitionis* serait toujours beaucoup trop générale, car elle ne conviendrait pas aux donations qui se font *obligando et liberando*.

Mais, pour ne pas incriminer la phrase des Institutes, ne pourrions-nous pas dire que les mots *genus acquisitionis* ne sont pas synonymes de *modus acquirendi*, et qu'ils signifient seulement une juste cause d'acquisition. Cela ferait allusion à ceci, que la donation présente des règles particulières, qu'elle est donc une *cause* d'un genre spécial. Cette explication bien séduisante, n'échappe malheureusement pas à la critique, et nous n'avons, pour la combattre, qu'à renvoyer aux deux arguments ci-dessus exposés de Manzius. Ils semblent prouver d'une manière invincible que, dans l'idée de Justinien, les mots *genus acquisitionis* signifiaient bien ici une manière d'acquérir, et non une juste cause soumise à des règles spéciales. « On peut donc, comme l'a dit M. Démangeat, toujours reprocher à Justinien de s'être exprimé en termes beaucoup trop généraux. En effet, dans bien des cas, la donation, à aucun point de vue, ne peut être présentée comme étant un *genus acquisitionis* (1). »

(1) Démangeat, Cours Élément. de d. Romain, t. I, § 58, 7.

DES FORMES DE LA DONATION

DANS NOTRE ANCIEN DROIT.

Nous diviserons cette longue époque en six périodes distinctes, en y comprenant même le Droit intermédiaire. On sait combien l'histoire de notre Droit est entourée de difficultés, non-seulement à cause de l'éloignement, mais surtout parce qu'il s'est formé successivement et que l'unité politique a mis bien longtemps à avoir pour corollaire l'unité juridique. Aussi, nous défilant de nos forces et craignant les causes trop fréquentes d'erreur, nous avons cru pouvoir vivre ici d'emprunts et nous en référer aux principaux passages sur notre matière tirés des auteurs les plus autorisés. C'est donc, en partie, un assemblage, plutôt qu'un travail purement personnel qu'on va lire dans les pages qui suivent.

I. Époque celtique.

La donation, dit le regrettable M. Laferrière, était usitée dans les mœurs celtiques. Les lois galloises mentionnent que la donation entre-vifs — appelée Rhoddjad — est celle bornée à la vie du donataire.

La très ancienne coutume de Bretagne reconnaît aux roturiers le droit de disposer par *donatison*...

La tradition de la chose à l'acquéreur et au donataire entre-vifs, nécessaire pour la transmission du droit de propriété, s'accomplissait par la mise en possession réelle ou fictive. Le droit de la Bretagne exigeait la possession réelle lorsqu'elle était possible, l'acquéreur ouvrait les portes, allumait le feu du foyer, portait le coup de bêche dans la terre. La tradition pouvait se faire sous forme symbolique par l'épée, le casque du maître, par la remise d'une corne de bœuf, ou par celle d'un bâton et par l'offre d'une coupe pleine de vin (1).

II. Époque Gallo-Romaine.

Dans les pays que la conquête de Rome avait plus spécialement pénétrés, tout donne à penser que le droit de vainqueur avait fini par être adopté par les populations vaincues. En conséquence, on est autorisé à dire que la donation entre-vifs était, comme à Rome, une juste cause et que le transport de propriété s'opérait d'après les règles ordinaires. Rien de particulier par conséquent à dire ici quant à la forme.

III. Époque du droit Germanique.

Ici nous nous trouvons en présence de monuments, connus sous le nom de lois barbares, que les manuscrits nous ont transmis, sinon dans la langue où ils furent écrits, du moins dans le latin de l'époque postérieure. Le plus important est la loi des Francs Saliens, dite loi Salique. La rédaction latine en fut promulguée une première fois par Clovis avant sa conversion au Christianisme, de l'an

(1) Extraits de Laferrière, *Histoire du Droit civil de Rome et du Droit Français*, Paris, Joubert, 1816, tome II, page 134.

481 à l'an 496. Elle fut complétée après sa conversion de 497 à 511. Cet exemple fut suivi depuis par deux de ses successeurs immédiats. Enfin, elle reçut encore des additions sous Charlemagne et jusqu'à Louis-le-Débonnaire (1).

Voici ce que renferme sur les donations cette vieille loi que les commentateurs appelaient *pactus antiquior*.

TITRE XLVIII.

DE L'AFFATOMIE (2).

(DE LA DONATION AVEC TRADITION).

Quiconque voudra faire une donation, devra faire remplir les formalités suivantes :

Le Tonge (3) ou le Centenier devra d'abord indiquer une audience. A cette audience on élèvera en l'air un bouclier et on appellera trois causes; après quoi on introduira dans l'assemblée l'homme à qui la donation doit être faite, et qui n'est pas l'héritier naturel du donateur.

DE ADFATOMIE.

Hoc convenit observare, ut tunginus, vel centenarius, malleum indicent, et scutum in ipso mallo habeant, et tres homines tres causas demandare debent in ipso mallo; et requiratur postea homo qui ei non pertinet; et sic festucam in laisum suum jactet, et ipsi in ejus laisum festu-

(1) Laferrière, loc. cit. t. III, p. 83 et 91 et p.

(2) Le mot *afatomia*, *afatomlé*, *afatinus* désigne la convention qui a pour objet de transporter la propriété de quelque chose. (Pardessus, *Loi salique*, Paris, imprimerie royale, 1813, p. 618, dissertation X^{me}). Ces formalités n'étaient donc pas spéciales aux donations, elles s'appliquaient même dans les ventes (Pardessus, note 637, page 391).

(3) Le Tunginus qu'on pense être la même chose que Centenier, était un magistrat inférieur au comte. Il présidait le tribunal des Sagibarons (hommes de causes) (Laferrière, tome III, page 221).

Celui-ci jettera une paille dans le sein de celui qu'il veut gratifier, en lui faisant connaître les objets dont il entend lui faire donation. Ensuite celui qui a reçu la paille dans son sein, ira s'établir dans la maison du donateur, y donnera asile à trois personnes, et se mettra en possession effective des choses qui lui auront été données. Le tout devra être fait en présence de témoins par celui à la disposition de qui toutes ces choses ont été mises. Plus tard, et avant l'expiration des douze mois, celui à qui la donation a été faite devra, en présence du roi ou dans une assemblée générale, représenter la paille, symbole de tradition, qu'il a reçue; et, dans la même assemblée, le donateur jettera de nouveau cette paille dans le sein du donataire, sans que cette nouvelle transmission puisse comprendre plus ou moins d'objets que ceux qu'il avait déjà mis à la disposition de celui-ci.

Si, par la suite, quelqu'un élève des doutes sur l'authenticité de la donation, on fera présenter trois témoins qui affirmeront avec serment qu'ils étaient présents à l'assemblée que le tonge ou le centenier avait indiquée, et qu'ils ont vu le donateur jeter la paille dans le sein du donataire

cam jactaverit, dicat verbum de fortunâ suâ quantum ei voluerit dare. Postea ipse, in cujus laisum festueam jactaverit, in casâ ipsius manere, et hospites tres suscipere, et de facultate suâ, quantum ei datur, in potestate suâ habere debet; et postea, ipse cui creditum est ista omnia cum testibus collectis agere debet. Postea, aut antè regem, aut in mallo legitimo, ille cui fortunam suam deputavit ei reddere debet; et accipiat postea festueam in mallo ipso, antè duodecim menses, ipse quem heredem deputavit, in laisum suum jactet et nec minùs nec majùs, nisi quantum ei creditum est. Et si contrà hoc aliquis dicere voluerit, debent tres testes jurati dicere quòd ibi fuissent in mallo, ubi tuginus vel centenarius indixerunt, et quòd vidissent hominem illum, qui fortunam suam dedit, in laisum illius

dont il avait fait choix. Ils devront nommer ensuite, soit celui par qui la tradition symbolique a été faite, soit celui qui l'a reçue, et que le donateur a désigné pour lui succéder. Trois autres témoins devront affirmer, avec serment, que celui, dans le sein duquel la paille a été jetée, a habité la maison de celui qui lui a fait donation ; qu'il a donné asile à trois personnes au moins ; qu'il les a nourries, que ces personnes lui ont adressé leurs actions de grâces et ont mangé à sa table. Ils ajouteront qu'ils ont été témoins de toutes ces choses. Enfin, trois autres témoins devront affirmer avec serment que, dans l'assemblée générale ou devant le roi, le donateur a jeté publiquement, et en présence de tout le monde, la paille dans le sein de celui qu'il a désigné pour lui succéder, et à qui déjà il avait jeté ce symbole de tradition dans l'assemblée tenue en présence du peuple, ou présidée par le long.

Tout cela doit être affirmé par neuf témoins.

quem jam elegerat festucam jactare ; et nominare illum debent qui fortunam suam in laisum electi jactavit, et heredem appellavit, similiter nominent. Et alteri tres testes jurati debent dicere, quòd in casà illius hominis qui fortunam suam donavit, ille in ejus laisum festucam jactavit ibidem mansisset, et hospites tres, vel amplius, collegisset, et pavisset, et ei ibidem gratias egissent, et in beudo suo pultes manducassent, et ei testes collegissent ista omnia. Alii testes jurati dicere debent, quòd in mallo legitimo, vel antè regem, ille qui accipit in laisum suum fortunam in mallo publico, hoc est antè theada vel tungnum, fortunam illius quem heredem appellavit, publicè coram omnibus festucam in laisum ipsius jactasset. Et hæc omnia novem testes debent affirmare (1).

(1) Lois des Francs, traduites par M. Peyró, Paris, Firmin Didot, 1828, p. 166.

Toutes ces formalités, dit M. Pardessus, constatent ce que nous appellerions une donation entre-vifs, différente d'un testament, parce que la première est irrévocable, et que le second peut être révoqué en tout temps. Ainsi, Loysel a eu raison de dire dans ses *Institutes coutumières*: toutefois, institution d'héritier par *paction* ou reconnaissance d'héritier... vaut par la loi salique des français, et ne se peut révoquer, et Laurière l'a mal à propos taxé d'erreur (1). Le caractère de cet acte est très bien défini par le chapitre VI du deuxième capitulaire de 803 et par le chapitre X du troisième de 819. Le premier déclare que si l'institué meurt avant l'instituant, la donation est caduque; le second, que si l'instituant est frappé de mort civile, le droit de l'institué est ouvert (2).

En analysant cette disposition de la loi salique, on y trouve que la donation chez les Francs était un acte solennel;

Que la tradition d'abord symbolique devait être réelle et actuelle;

Que tout le temps nécessaire était laissé au donateur pour se repentir;

Qu'après ce temps, la donation solennellement accomplie dans l'assemblée judiciaire, était irrévocable et inattaquable;

Qu'enfin le donataire était qualifié d'héritier (3).

(1) *Institutes de Loysel*, etc. avec des notes nouvelles par maître Buisson de Laurière, Paris 1758, liv. II, tit. IV, § 9. — Voici la note de Laurière: Il y a ici faute. L'auteur, comme Cujas, Béranger, Fernand et beaucoup d'autres a confondu ces *institutions* avec le *verviorap* (sic), ou la dot que le mari constituait à sa femme, le jour du mariage à la porte de l'église suivant la loi salique dont il est parlé dans le livre quatrième des fiefs, chapitre 52. Loysel, tome I, p. 335.

(2) Pardessus, note 590, page 591.

(3) Laferrière, tome III, page 203.

Il est facile de voir, disons-le en passant, que tout ceci n'est autre chose que l'origine de notre institution contractuelle, ou donation de biens à venir.

La loi des Ripuaires, dont la dernière édition fut donnée en 637 sur l'ordre de Dagobert I, renfermait une disposition beaucoup plus courte, mais au fond analogue à celle de la loi salique (1).

De même la loi des Lombards nous offre un exemple de donations semblables faites d'une manière solennelle (2).

Ainsi nous constatons que sous la première race les donations avaient lieu oralement dans le *mâll* avec certaines formalités symboliques, mais lorsque l'usage de rédiger des actes se fut introduit, de plus en plus ces formes furent simplifiées, et il paraît que tout mode d'écriture, propre à constater la volonté d'un donateur fut admis. Aiglibert, évêque du Mans, fit en 692, et Léodoen en 706, une donation en simple forme de lettre. La présence des témoins à la donation n'était plus nécessaire, puisque le donateur ou ses héritiers ne pouvaient nier la donation prouvée par écrit. Cependant, le plus souvent, on en appelait comme l'attestent de nombreuses formules (3).

On conserva du reste, pour ces donations par écrit, la tradition symbolique et on la faisait soit dans le *mâll*, soit en présence d'un grand nombre d'hommes libres (4).

(1) Loi des Ripuaires, tit. L.

(2) Livre II, legis longobardorum. I : « Si quis res suas alii thingare, voluerit non absconse, sed ante liberos homines ipsum garathinx faciat, quatenus qui thungat, et qui gesiles fuerint, liberi sint ut nulla in posterum oriatur contentio. »

(3) Lindenbrog, Formules, I. VIII, et CLII.

(4) Pardessus, pages 639 et 640.

IV. Époque féodale du X^e à la fin du XIII^e siècle.

La féodalité était alors sortie des ruines de l'empire de Charlemagne « comme sortent les essaims des corps » en décomposition, » a-t-on dit avec énergie ; aussi n'avons-nous pas de grandes notions sur ce que pouvait être le droit privé à une époque où le servage jouait un si grand rôle. Cependant, nous voyons, après l'affranchissement des serfs, la tradition réelle sans laquelle les contrats en général, et par conséquent la donation ne sont même pas obligatoires.

Entre les nouveaux contractants, le seigneur et les serfs ou main-mortables affranchis, dit M. Laferrière, la convention ne pouvait avoir une véritable existence que par la mise en possession, par la tradition réelle de l'objet concédé, car si une simple promesse émanée du seigneur n'avait pas été accomplie, comment l'homme faible, à peine échappé du servage et de la main-morte, aurait-il pu contraindre le seigneur à son accomplissement (1) !

Ainsi le concessionnaire devait être *ensaisiné* de l'immeuble. Mais plus tard, à mesure que la justice reprit sa véritable place et se substitua à la force, l'acquéreur put obtenir du juge la saisine, et Boutelier nous dit : Celui qui vend sa tenure, mais en retient encore la saisine par devers lui, et n'en fait *rest* à l'acheteur, sachez qu'il est encore sire de la chose. Mais, toutefois, il peut être contraint à faire le *trorp* et adhéritement de la chose (2).

(1) Laferrière, t. IV, p. 440.

(2) Somme rural de Boutelier, livre I, chap. VII, p. 597.

V. Epoque du Droit coutumier.

Au milieu de la Confusion de nos coutumes et de leur diversité, nous avons dû choisir les guides les plus sûrs, c'est-à-dire Ricard pour le temps antérieur à l'ordonnance de 1731, Pothier depuis, l'un des derniers témoins de notre ancien Droit, enfin l'un des premiers du nouveau, l'illustre Merlin. Nous diviserons notre exposé en deux périodes, l'une antérieure à l'ordonnance de 1731, l'autre postérieure à cette ordonnance, et nous examinerons sous chacune d'elles les 4 points suivants : 1^o formes de l'acte de donation; 2^o formes de l'acceptation; 3^o nécessité de la tradition; 4^o l'insinuation.

1^o PERIODE

Droit coutumier avant l'Ordonnance de 1731.

§ 1

De l'acte de Donation.

Avant l'ordonnance de 1731, rien n'était certain sur la forme de l'acte de donation. Ricard ne voit pas pourquoi il ne pourrait pas être fait par un simple acte sous seing-privé : « J'estime, dit-il, que si l'acte de donation sous seing-privé portait qu'il a été passé en la présence du donataire et qu'il fut signé de lui et du donateur, que le donateur serait non recevable à le constater, d'autant

qu'il n'aurait par bonne grâce d'aller contre son fait et à disputer ce qu'il a reconnu véritable (1). »

Cependant il paraît se prononcer lui-même pour la nécessité d'un acte notarié par la raison que l'ordonnance de 1539 art. 83 et la déclaration du mois de Février 1549, ont voulu « que quand la donation est commencée en l'absence du donataire, l'acceptation soit faite par lui » en présence de personnes publiques et de témoins ou de deux notaires (2); » d'où on peut conclure indirectement que toutes les donations doivent être passées par devant notaires et personnes publiques. Il argumente en outre de l'irrévocabilité absolue des donations entre-vifs et du danger des fausses donations, si l'acte sous seing-privé suffit. Du reste, il admet la validité d'un acte de donation passé par un notaire hors de son ressort ou encore d'une donation sous seing-privé dont l'acte serait reconnu par devant notaire.

Pour la Provence, un édit du roi René du 28 Octobre 1472, ordonnait la présence de viguier ou Baile, et juge ordonnaire du lieu, à l'acte de donation, et la présence de deux parents ou alliés du donateur pour éviter les fraudes et la clandestinité. La présence du juge est même plus qu'une formalité, car un arrêt du 1 Février 1658 (3), cassa une donation parce que le juge n'avait pas interrogé le donateur et ne s'était pas ainsi assuré si la donation était honnête et exempte de fautes.

Le Dauphiné avait aussi sur ce point une législation spéciale résultant d'une ordonnance de Louis XI du 31 Juillet 1456.

Les donations ne seront valables qu'autant qu'elles seront faites, lues et publiées en présence soit du bailli,

(1) Ricard, Traité des donations entre-vifs et testamentaires avec additions, par Michel du Chemin, Paris 1764, t. 1, p. 202, n° 889.

(2) Op. cit. t. 1, n° 882, p. 201.

(3) Recueil de Boniface, t. 1, liv. VII, t. 3, chap. 1.

juge ou chatelain du domicile du donateur (*loci sive parochie domicilii donatoris*), ou de leurs lieutenants, ou de trois de ses plus proches parents existant dans le même lieu.

Le Parlement de Rouen avait aussi établi une publicité des actes de donation par leur lecture à l'audience (1).

§ 2.

Formes de l'acceptation.

Nos anciens auteurs enseignaient naturellement qu'il n'y a donation que par le concours de volontés du donateur et du donataire; et telle était la disposition des art. 132 et 133 de l'ordonnance de 1539 et de la déclaration de Février 1549 intervenue en interprétation de cette Ordonnance. Seulement, fallait-il que le donataire eût expressément déclaré qu'il acceptait, ou bien suffisait-il que l'acceptation fût censée faite par quelque acte équivalent. La Jurisprudence s'était prononcée dans le sens de la solennité et voulait que la donation fut acceptée expressément et en termes formels par le donataire. Ainsi, le 30 Avril 1633, un arrêt de la seconde chambre des enquêtes infirma une donation sur ce qu'en la minute le mot acceptant avait été omis bien que le donataire eût signé. Ricard trouve cet arrêt un peu rigoureux en une matière, dit-il, que nous ne considérons pas comme odieuse (2).

Lorsque les donations étaient faites en faveur de donataires absents, les art. précités de l'ordonnance de 1539 et la déclaration de 1549 voulaient, que ceux-ci acceptassent en la présence des donateurs et des notaires,

(1) Denisart, v^o Don.

(2) Ricard, t. I, n^o 839 et 840, p. 192.

ou même en présence de personnes publiques et de témoins ou de deux notaires, si le donateur est absent, pourvu qu'il soit encore vivant. Mais, en ce cas, il fallait que l'instrument de la donation fut inséré dans l'acte d'acceptation.

De ces dispositions, nous avons vu plus haut qu'on pouvait conclure à la nécessité d'un acte notarié soit pour la donation, soit pour l'acceptation.

Les donations n'avaient effet que du jour de l'acceptation; jusque là c'était un projet révocable au gré du donateur.

La nécessité de l'acceptation solennelle n'était pas requise par la Jurisprudence pour les donations faites par contrat de mariage. A l'égard de celles-là on admettait l'acceptation par équivalent, c'est-à-dire d'après Ricard, par le mariage subséquent « par la consommation duquel les conjoints vérifient et acceptent avec effet les conventions contenues en leur contrat (1). »

On jugeait de même pour les dons mutuels (2) :

Les dons manuels échappaient aussi à cette nécessité puisqu'ils se faisaient sans actes. Enfin quelques arrêts avaient admis ce que nous avons appelé, en Droit Romain, les pollicitations, c'est-à-dire la libéralité faite sans aucune convention avec le donataire et dès-lors sans acceptation. Ces pollicitations étaient obligatoires lorsqu'elles étaient relatives à quelques utilités publiques et qu'un commencement d'exécution était intervenu, ou bien encore, si elles avaient été faites comme conséquence de quelque magistrature conférée à leur auteur (3).

(1) Ricard, t. 1, p. 200 n° 875. Il cite à l'appui, deux arrêts du Parlement de Paris, 15 juillet 1587, 31 mars 1607 et un arrêt du Parlement de Toulouse, du 12 janvier 1624.

(2) Ricard, p. 200, n° 877.

(3) Pothier, Donations, t. 1, p. 36.

§ 3.

De la tradition.

Ricard, arrivé à ce point de son traité, dit qu'il faut soigneusement distinguer entre deux espèces de tradition qui sont trop souvent confondues; « ce qui fait que cette matière est autant embarrassée et aussi peu entendue qu'aucune que nous ayons en notre jurisprudence (1). »

Ces deux traditions sont, l'une la tradition de droit, l'autre la tradition de fait. La tradition de droit consiste en ce que le donateur ne doit se réserver aucun moyen de laisser en suspens la donation et de disposer des choses données. C'est donc une manière de faire allusion à l'irrévocabilité, et il est bien certain en ce sens qu'elle est nécessaire à la donation entre-vifs, qu'elle est une condition intrinsèque de sa validité et non pas, comme le dit Ricard, une solennité. Quant à la tradition de fait, c'est la mise en possession du donataire par le donateur exigée, dit Ricard, comme le sceau et la vérification de la donation afin qu'il paraisse qu'elle a été faite sincèrement et sans dissimulation. A quoi on peut ajouter que cet établissement a aussi eu pour fondement le bien public et la sûreté du commerce, afin que la connaissance de la possession des domaines ne demeure pas incertaine, et que ceux, qui viendraient à contracter avec le donateur, ou même ses héritiers qui pourraient accepter sa succession, ne voyant aucun changement dans la possession de ce qui lui appartenait, ne se persuadent pas avoir leurs sûretés sur ce qui ne lui appartient plus qu'en apparence (2). »

(1) Ricard, t. I^{er} p. 205, n^o 899.

(2) Ricard, t. I^{er} p. 206 n^o 901.

Il est facile de voir que cette terminologie est peu exacte; le mot tradition ne convient qu'à la tradition de fait. Il est pris là dans le sens du Droit Romain, et dans celui que nous lui donnons aujourd'hui. C'est donc à cette tradition de fait que nous allons nous attacher exclusivement, d'autant plus que la tradition de droit est étrangère à notre sujet.

Notre droit coutumier admettait la force obligatoire des conventions indépendamment de toute *causa civilis obligatio*. Comme, de plus, Justinien avait fait de la donation un acte légitime, il eût été logique de conclure que la tradition n'importait en rien à la validité de la donation, et qu'elle n'était que le moyen de transporter la propriété de la chose donnée au donataire en exécution de la donation déjà parfaite. Mais ces notions si simples étaient obscurcies par le souvenir des capitulaires de Charlemagne qui prescrivaient la tradition par la voie réelle de la chose donnée au donataire, en ajoutant qu'après cette tradition l'héritier ne pourrait plus répéter les choses données (1). Cette disposition ferait donc de la tradition autre chose qu'un moyen d'exécution de la donation, puisqu'elle la validait au regard des héritiers du donateur.

La fameuse maxime donner et retenir ne vaut, inventée et transmise par les praticiens, avait apporté aussi son contingent d'obscurité, car on l'entendait dans deux sens. Dans le premier, elle signifiait que le donateur ne pouvait se réserver la faculté de disposer à nouveau, directement ou indirectement, de la chose donnée, c'est ce qu'on exprimait en disant que la tradition de droit était nécessaire.

Dans le second sens, elle voulait dire que pour la validité de la donation et dans l'intérêt de publicité,

(1) Ricard. t. 1^{er}, p. 209. 49 003.



le donateur devait se dépouiller non pas seulement en droit mais en fait et transmettre effectivement la propriété au donataire par une tradition réelle.

Mais cette manière de voir avait-elle été adoptée par les coutumes et par les pays de droit écrit ?

A cet égard nous avons à constater une grande diversité.

1° Les pays de droit écrit et certaines coutumes n'exigeaient pour la perfection de la donation aucune tradition, soit pour valider la donation à l'égard du donateur, soit pour la valider à l'égard de ses héritiers.

Ainsi la coutume de Bourbonnais disait, art. 125 : Donation d'aucuns biens est bonne et valable sans appréhension de possession réelle et actuelle ; et si, du vivant du donateur, ledit donataire n'a appréhendé la possession de la chose donnée, il la doit avoir après son trépas des mains de l'héritier.

Les coutumes de Touraine, du Loudunois, d'Anjou, du Maine, renfermaient des dispositions semblables et suivaient ainsi, comme les pays de droit écrit, la constitution de Justinien.

2° Les coutumes de Paris, d'Orléans, de Châlons, de Blois et de beaucoup d'autres tenaient la donation pour la valable sous tradition, mais elles l'exigeaient pour la validité de la donation à l'égard des héritiers du donateur. La plus explicite était celle de Châlons art. 64..., « et si le donateur mourait en la possession de la chose donnée avant l'action intentée, telle donation ne vaut aucunement et ne peut le donataire agir en vertu d'icelle personnellement ni autrement à l'encontre de l'héritier. »

Pothier rapporte que ce point était controversé sur la coutume d'Orléans et que certains interprètes inclinaient à penser la donation, non suivie de tradition, nulle même à l'égard du donateur (1).

(1) Pothier, Donations. I. p. 42.

Mais nous devons ajouter que ces coutumes se contentaient de traditions feintes des objets donnés. Il suffisait d'un acte équipollent à délivrance comme rétention d'usufruit, précaire, etc... ce qui faisait dire à Ricard : « Ce n'est pas que par la suite du temps la subtilité des juriconsultes n'ait réduit l'usage de la tradition à une pure subtilité en introduisant les possessions civiles qui s'accomplissent par la voie feinte, c'est à savoir par une simple rétention d'usufruit ce que la plupart de vos coutumes ont embrassé dans leurs dernières réformations : par le moyen de quoi la tradition qui avait été établie sur un fondement si valide ne sert plus dans ces coutumes qu'à grossir les clauses du contrat et ne dépend plus que du style du notaire (1). »

Et, en effet, l'art 288 de la coutume d'Orléans porte « que la clause de dessaisine-saisine devant notaire de Cour, équipolle à la tradition de fait sans qu'il soit requis d'autre appréhension.

3° Certaines coutumes n'admettaient cependant pas la tradition avec réserve d'usufruit au profit du donateur, c'étaient celles d'Anjou, de Lorraine et de la Marche. Il y avait peine de nullité de la donation. Du reste, cela ne s'appliquait qu'à certaines donations.

4° D'autres coutumes exigent pour la perfection de la donation l'accomplissement de ce qu'on appelle les devoirs de lois, c'est-à-dire une tradition opérée par dessaisine-saisine, deshéritence et adhéritence, west et déwest.

Outre des différences dans la forme il y a entre elles de grandes différences dans le fond. Ainsi la coutume de Senlis admet que la possession réelle peut remplacer la dessaisine et saisine (art. 212).

Pour celle de Vermandois, la jouissance de dix années équivaut à la formalité du nantissement.

D'autres, en sens inverse, n'exigent les formalités que pour certaines donations.

(1) Ricard, I. 206, L^o 902.

Enfin quelques-unes, celles de Senlis (art. 212) de Cambresis (art. 8, du titre 3), veulent que la saisine soit prise du vivant du donateur sous peine de nullité au profit des héritiers, au moins pour les donations qui ne sont pas faites en faveur du mariage. Au contraire, les coutumes d'Amiens, de Boulonnais, de Lille, de Douai, et même d'Artois décident que le donataire peut prendre saisine même contre l'héritier du donateur.

5° Les coutumes de la Flandre flamande décidaient, suivant les observations du parlement de Douai au chancelier Daguesseau, que « nulle donation ne peut valoir comme » donation entre-vifs si le donateur ne se dessaisit actuellement des biens donnés et n'en fait la tradition par » déshérence et adhérence, par devant les juges compétents de la situation. De là il résulte que, de quelque » formalité qu'une donation soit revêtue, elle ne produit » aucune action contre le donateur s'il est demeuré en » possession des biens donnés (1). »

Ainsi, nous aurions pu nous en tenir à la mention de ces dernières coutumes seules, puisque toutes les autres n'exigent pas la tradition pour la perfection même de la donation entre le donateur et le donataire.

Certains commentateurs avaient soutenu que la tradition réelle était nécessaire pour les meubles, même dans les coutumes qui admettaient la tradition feinte pour les immeubles. D'autres, au contraire, pensaient que les donations mobilières étaient parfaites tant à l'égard du donateur que de ses héritiers, sans aucune tradition par voie réelle ou par voie feinte, parce que, disaient-ils, la possession des meubles n'est pas considérable et que les créanciers du donateur n'y ont pas grand égard. Mais Ricard s'éloignait de ces deux opinions et voulait qu'on suivit la disposition de chaque coutume, en assimilant d'une ma-

(1) Merlin, Répert. V° Donat.

nière absolue les meubles et les immeubles. Seulement, il exigeait l'inventaire si le donateur ne faisait pas tradition réelle au moment de la donation (1).

§ 1.

Insinuation.

Ricard, avant de traiter de l'insinuation, fait remarquer que dans les lois comme dans l'ordre de la nature, les mêmes causes produisent les mêmes effets. Il montre que l'insinuation fut créée à Rome pour assurer la publicité des donations, et il continue ainsi : « A l'égard de ce que » s'est passé parmi nous, du tems de la réalité de noi » Coutumes, l'insinuation n'étoit nullement connue dans » ce royaume : mais l'usage des traditions par voyes » feintes y ayant été introduit depuis la connoissance du » Droit Civil, les mêmes inconvéniens que cet usage avoit » produits chez les Romains, scavoir la facilité de frauder » les créanciers, au moyen de ce que les possessions de- » meuraient incertaines, et les donations immenses, aux- » quelles le secret donnoit lieu, ayant été apperçues, nos » Rois ont été obligés d'y apporter les mêmes remè- » des, en établissant la nécessité de l'insinuation, *ne quis,* » dit très à propos un scavant moderne, *inspectu aliquo » sine judicio tanquam prodigus donet* : l'expérience » nous faisant connoître que plusieurs sont retenus de » disposer de leurs biens, par la considération qu'ils ne » peuvent le faire sans rendre leurs donations publiques, » par le moyen de l'insinuation, qui sert souvent de rete- » nue aux passions déréglées. François I^{er} en a fait l'éta- » blissement par son Ordonnance de l'année 1539, art. 132,

(1) Ricard, don. t. 1, p. 22, n^o 957 et suiv.

» couché en ces termes : Nous voulons que toutes dona-
» tions qui seront ci-après, par, et entre nos sujets,
» soient insinuées et enregistrées en nos Cours et Juri-
» dictions ordinaires des parties, et des choses données,
» autrement elles seront réputées nulles, et ne commen-
» ceront à avoir leur effet que du jour de l'insinuation. »
(Ricard, des Don. t. I, p. 250, n° 1^{er} 31.)

Il résulte de ce texte, que le donateur lui-même pouvait se prévaloir, comme en droit Romain, du défaut d'insinuation, mais, lors de l'art. 58 de l'Ordonnance de Moulins (1566), en même temps qu'il fixait à quatre mois le délai pour les insinuations, restreignait aux créanciers et aux héritiers du donateur le droit d'invoquer la nullité pour défaut d'insinuation. Cela n'empêcha pas, du reste, le Parlement de Toulouse, imbu de la Jurisprudence Romaine, de conserver au donateur le pouvoir de révoquer lui-même la donation non insinuée dans les délais voulus.

L'insinuation fut l'objet d'autres mesures législatives, les unes exécutées, les autres demeurées vaines et qui sont toutes étrangères à notre sujet. (Voir l'édit de Henri II, juin 1549; déclaration février 1549; Ordonnance de mai 1553; déclarations des 10 juillet 1566, mai 1615, 17 novembre 1690; édit du mois de décembre 1703, etc..., etc...)

II^e PÉRIODE.

Droit coutumier depuis l'Ordonnance de 1731.

§ 1.

De l'acte de Donation.

Nous avons vu les difficultés auxquelles donnait lieu le défaut de règlement sur la forme de l'acte de donation. L'ordonnance, donnée à Versailles au mois de février 1731

« pour fixer la Jurisprudence sur la nature, la forme, les charges ou les conditions des donations » voulut les trancher par ses articles 1 et 2 ainsi conçus :

Art. 1^{er}. Tous actes portant donation entre-vifs seront passés devant notaire et il en restera minute à peine de nullité.

Art. 2. Les donations entre-vifs seront faites dans la forme ordinaire des contrats et actes passés par devant notaire et en y observant les autres formalités qui y ont eu lieu jusqu'à présent, suivant les différentes lois, coutumes et usages des pays soumis à notre domination.

Ainsi dès lors, furent nulles les donations passées par un notaire hors de son ressort ou faites par acte sous seing-privé, reconnu ensuite devant lui.

Ainsi encore les derniers mots de l'art. 2 maintiennent en vigueur les ordonnances spéciales au Dauphiné et à la Provence, et Chorier nous apprend, qu'en Dauphiné du moins, l'Ordonnance de 1453 était toujours religieusement respectée (1).

Pothier fait remarquer que le motif de cette loi a été d'empêcher les fraudes, de ne pas permettre au donateur de révoquer pendant sa vie les donations conçues entre-vifs.

Il se demande si le donateur lui-même peut opposer la nullité et se prononce pour l'affirmative.

Du reste, le même Pothier et Merlin, après lui, font observer que cette disposition de l'Ordonnance n'a pas lieu pour la donation des choses mobilières, lorsqu'il y a tradition réelle; dans ce cas, il n'est besoin d'aucun acte, c'est le don manuel (2).

(1) Chorier, *Jurisprudence de Guy-pape* page 225, édition de 1769.

(2) Pothier, *Traité des donations entre-vifs*, édition Hutteau, Paris 1810 tome I, p. 66 et 67. — Merlin, *Répertoire V^o donation*, section II, § 7.

§ 2.

Formes de l'acceptation.

Ià encore, l'Ordonnance de 1731 fit cesser tous les doutes par son art. 5 et son art. 6, qui exigent l'acte notarié avec minute, défendent au notaire d'accepter les donations pour les donataires absents et déclarent que l'acceptation doit être expresse sans qu'on puisse induire des circonstances une acceptation tacite ou présumée.

Ainsi se trouvent abrogées les sollicitations dont nous avons parlé plus haut, puisque l'art. 5 n'exécute même pas, de la nécessité de l'acceptation, les donations qui seraient faites en faveur de l'Eglise ou pour causes pies.

Mais d'autre part, l'art. 10 et l'art. 13 exceptent expressément les donations, en faveur de mariage, de la nécessité d'une donation solennelle.

§ 3.

Tradition.

L'art. 5 de l'Ordonnance de 1731 porte que les donations entre-vifs ne pourront engager le donateur que du jour où elles auront été acceptées par le donataire, d'où il résulte que, dans le droit commun de la France, la tradition a été reconnue n'être pas nécessaire à la perfection des donations. Mais d'autre part, il faut reconnaître que l'art. 1^{er} déclarait qu'on devait observer au surplus les formalités exigées suivant les différentes lois, coutumes et usages du pays; aussi Furgole pensait-il que l'Ordonnance n'avait porté aucune atteinte en ce point à la pratique particulière de chaque pays.

Mais l'art. 15 de la même Ordonnance avait sanctionné les idées de Ricard sur les donations d'effets mobiliers et les déclarait nulles, même à l'égard du donateur, si l'acte de donation n'était accompagné, soit de la tradition réelle, soit d'un état signé des parties et annexé à la minute de l'acte.

§ 4.

Insinuation.

L'Ordonnance de 1733 consacre à l'insinuation les art. 19 à 33. Par le dernier, elle excepte le pays du ressort du Parlement de Flandre à cause de la publicité des naissances, et une déclaration du 17 janvier 1736 étend cet article à l'Artois.

Du reste la nouvelle Ordonnance suivit l'art. 58 de celle de Moulins, et, par son art. 27, tous ceux qui y ont intérêt, *autres néanmoins que le donateur*, pourront opposer le défaut d'insinuation. Ainsi, cette formalité n'est pas requise pour la validité même de la donation entre le donataire et le donateur.

Enfin, certaines donations spéciales sont exceptées par les art. 19, 21 et 22: ce sont notamment les donations faites dans les contrats de mariage en ligne directe, les gains de noces et de survie et les donations de choses mobilières quand il y aura tradition réelle ou quand elles n'excéderont pas la somme de mille livres, une fois payées (1).

(1) Voir aussi Déclarations du 25 juin 1729, du 17 février 1751. — Lettre du chancelier d'Aguesseau, au Parlement de Toulouse du 10 septembre 1759; Lettres patentes du Roi, du 5 juillet 1769; et pour la Lorraine, Edit du duc Léopold, du 13 décembre 1718..., etc... Tous ces monuments Législatifs statuent sur des points étrangers à notre sujet, et principalement sur le lieu où devait se faire l'insinuation, chose aujourd'hui sans intérêt pour nous.

VI. Époque du Droit Intermédiaire.

Nous suivrons ici les mêmes divisions que nous avons adoptées tout à l'heure pour le Droit coutumier.

§ 1.

De l'acte de donation.

On a soutenu que l'article final 61 de la loi du 17 nivôse an II, avait abrogé l'ordonnance de 1731 sur les donations parce qu'il porte que toute coutume, usages et statuts relatifs à la transmission des biens par succession sont abolis ; mais il est facile de répondre que cette disposition n'emportait abrogation que relativement aux points traités par la loi nouvelle, laquelle était restée muette sur les formes des donations (1).

Il faut dire cependant que la loi du 18 brumaire an II, art. 2, modifie la situation en disposant que « les actes, que les notaires auraient reçus ou recevraient hors des limites du département dans l'étendue duquel leur résidence est fixée, ne pourront être annulés du chef de l'incompétence de ces officiers. » Mais cet article fut lui-même aboli par les art. 6 et 68 de la loi du 25 ventôse an XI.

Quant aux ordonnances spéciales au Dauphiné et à la Provence, elles ont également été en vigueur jusqu'au Code Napoléon, mais elles n'existent plus, puisqu'elles

(1) Voir en ce sens Cass., 21 messidor, an II, et Merlin, questions de droit. V^o révocation de donations, § 1.

n'ont pas été reproduites par lui. (Loi du 30 ventôse, an XII, art. 7). Auparavant, l'art. 21 du titre I de la loi du 13 avril 1791 les avait respectées.

§ 2.

Formes de l'acceptation.

Nous n'avons rien de particulier à dire sur les formes de l'acceptation pendant le droit intermédiaire. Il nous suffit de nous référer à ce que nous venons d'exposer sur l'acte même de donation.

§ 3.

Tradition.

L'art. 21 du titre 7 de la loi du 13 avril 1791 porte : sont abolis à compter du jour où ont été installés les tribunaux de district ; toutes les lois et coutumes qui, pour la validité même intrinsèque des donations et des testaments, les soumettent à la nécessité d'être ou passés, ou recordés, ou reconnus, ou réalisés, soit avant, soit dans un certain délai après la mort des donateurs ou testateurs, en présence d'échevins, hommes de fiefs, jurés de catel ou autres officiers seigneuriaux ; et dans les pays soumis aux dites lois et coutumes, il suffit, pour la validité de ces actes, à compter de l'époque ci-dessus, qu'ils aient été ou soient passés par devant deux notaires, ou un notaire et deux témoins, ou même, à l'égard des testaments, en forme olographe... sans que le défaut de transcription au greffe, substituée par l'art. 3 du décret des 17 et 19 septembre 1790, aux dessaisines, saisines, déshéritances,

adhérences, reconnaissances échevinales et autres formalités de cette nature, puisse, dans aucun des ci-devant pays de nantissement, être opposé aux donataires, aux légataires par les héritiers des donateurs ou testateurs... »

§ 4

Insinuation et Transcription.

Le droit Intermediaire laissa subsister l'insinuation. La loi du 8 septembre 1790 art. 24 dit qu'elle devait se faire désormais près le tribunal de district de la situation des immeubles. Cette disposition fut ensuite expliquée et corrigée par l'art. 7 de la loi du 27 Janvier 1791 qui permit d'insinuer au greffe des tribunaux du domicile des donateurs. Deux lois transitoires furent également portées sur ce point le 24 germinal an III et le 25 thermidor an IV.

En ce qui touche les pays de nantissement nous avons vu plus haut que la suppression du régime féodal entraîna l'abolition des devoirs à la loi. Pour les remplacer la loi du 19 septembre 1760 ordonna la transcription des actes sujets au nantissement au greff des tribunaux de la situation des biens.

Mais on se demanda tout de suite, si cette transcription devait être assimilée à l'insinuation et si, par exemple, les héritiers du donateur pouvaient faire annuler les donations non transcrites. L'art. 24 du titre I de la loi du 17 avril 1791 fit cesser ces doutes en disant que le défaut de transcription ne pourrait être opposé au donataire par les héritiers du donateur.

Les choses en étaient là lorsque parut la loi du 11 Brumaire an VII, qui exigea la transcription au bureau des hypothèques de tout acte translatif de propriétés immobi-

lières et abrogea par conséquent les lois spéciales à la transcription dans les anciens pays de nantissement.

Ainsi depuis la loi du 11 Brumaire an VII les donations, au moins celles d'immeubles, étaient sujettes aux deux formalités de l'insinuation et de la transcription. Elles différaient l'une de l'autre 1° en ce qu'elles ne se faisaient pas au même lieu; 2° en ce que l'insinuation s'appliquait aux donations de meubles comme d'immeubles, la transcription à celles d'immeubles seulement, 3° en ce que le donataire avait 1 mois pour faire insinuer avec rétroactivité au jour de la donation, tandis qu'il n'avait aucun délai pour faire transcrire et attendait à ses risques et périls; 4° en ce que le défaut d'insinuation pouvait être opposé par tous intéressés autre que le donateur et le défaut de transcription par ceux-là seulement qui avaient acquis des droits réels sur l'immeuble donné et les avaient publiés par la transcription ou l'inscription avant le donataire, etc...

Nous verrons plus tard laquelle de ces deux formalités a été maintenue par les art. 939 et suiv. du Code Napoléon.



CODE NAPOLEON

DE LA FORME DES DONATIONS ENTRE-VIFS.

INTRODUCTION

Sous ce titre, les rédacteurs du Code ont placé des dispositions qui ne tiennent pas toutes en réalité à la solennité extérieure des donations entre-vifs, car il en est qui sont plutôt destinées à assurer leur irrévocabilité et que M. Demolombe appelle formes intrinsèques. Nous n'aurons pas à nous occuper de ces dernières, car ici comme en Droit Romain et dans notre ancienne jurisprudence, nous ne recherchons que les conditions de pure forme sans nous préoccuper du fond des choses, de la capacité des parties, de ce qui peut faire l'objet des donations.... etc., etc...

Avant d'entrer en matière, nous devons présenter encore deux importantes observations. Le mot donation est un des plus vagues et des plus compréhensifs qui existent dans la langue du Droit et ceci est vrai chez nous comme à Rome. Un grand nombre d'opérations juridiques peuvent renfermer une libéralité sans qu'il y ait cependant, à proprement parler, donation. D'autres faits

encore, qui pourraient être considérés de prime abord comme à titre gratuit, ne sont cependant au fond que des paiements. Or, notre législateur, guidé par la tradition, a bien voulu soumettre les donations proprement dites à la nécessité de solennités extérieures. Nous avons déjà dit au frontispice de ce travail que la raison invariable depuis Constantin, c'est la méfiance légitime qu'inspirent les donations, c'est le désir de les empêcher autant que possible par des moyens préventifs en accumulant autour d'elles les formalités et les causes de nullité. Mais il n'a pas eu l'intention de mettre obstacle à la liberté des contractants pour tous les événements juridiques improprement appelés donations. Ceux-là sont tout à fait en dehors de notre sujet, ils restent dans le droit commun et nous pouvons nous référer à leur égard à la délimitation tracée dans notre thèse de Droit Romain. Les grands juriconsultes du temps classique avaient eu à déterminer avec leur sagacité habituelle les caractères distinctifs des donations véritables afin d'appliquer les règles spéciales aux libéralités entre époux. C'est pour nous une véritable bonne fortune, car ce travail de délimitation nous est encore utile pour rechercher quels actes de bienfaisance sont assujettis aux formes des donations. Trois caractères sont indispensables à cet effet : 1° appauvrissement du donateur ; 2° enrichissement du donataire ; 3° intention des parties l'une de s'appauvrir, l'autre d'être enrichie. Ainsi, les contrats dits de bienfaisance, comme le prêt sans intérêt, le commodat, le dépôt, le mandat non salarié, le cautionnement gratuit, etc., ne rentrent pas avons-nous vu, dans les donations. Nous en dirons autant de l'accomplissement d'une obligation dénuée de preuves, ou d'une obligation naturelle, comme une dette prescrite ou souscrite en minorité, ou encore, jugée mal à propos non existante. Nombre d'auteurs exemptent aussi des formes par la même raison l'acte portant accomplissement de ce qu'ils appellent une obligation morale, un devoir

de conscience dénué de toute sanction dans le for extérieur : ce qui est très contestable à notre avis (1). De même ne tombent pas sous la loi des donations, celles qu'on appelle rémunératoires et qui sont plutôt la récompense d'un service rendu, comme nous l'avons vu déclarer par Papinien, dans l'hypothèse d'un droit d'habitation, concédé par un disciple à son ancien précepteur. Enfin, nous ne considérerons pas non plus comme donation un acte, dans lequel une partie reçoit l'équivalent de ce qu'elle transmet, ce qu'on appelle une donation onéreuse. Quant à la donation mutuelle, elle donne lieu à une question de fait, celle de savoir si elle est un simple échange, contrat commutatif valable sous seing-privé, ou bien, si elle est « le fruit d'une pensée bienfaisante et d'une mutuelle affection. » (2) Sur tous ces points les controverses abondent, tant dans notre ancienne jurisprudence que dans le droit nouveau, mais, nous le répétons, nous ne faisons ici que les rappeler et nous supposons qu'on est au préalable parfaitement d'accord pour savoir quelles sont les donations véritables que vise le Code dans les art. 931 et suiv. (3)

Notre seconde observation se réfère exclusivement aux libéralités soumises à la solennité des formes. Nous devons remarquer que nombre d'entre elles sont explicitement ou implicitement affranchies de cette nécessité soit par la loi elle-même, soit par les interprétations de la doctrine et de la jurisprudence.

(1) Voir sur ce point Demolombe, *Donations*, tome III, n° 38. Nous n'insistons pas et nous ne discutons pas parce que ceci est un peu en dehors de nos recherches et nous mènerait trop loin. En réalité, nous aurions pu nous contenter de supposer une donation ordinaire non douteuse et d'en rechercher les formalités.

(2) Demolombe, tome III., n° 33, p 47.

(3) Voir au surplus thèse de Droit Romain.

« La donation, dit très bien M. Demolombe, est, de
» toutes les conventions peut-être, celle qui est suscep-
» tible de revêtir les formes les plus diverses et de se
» produire dans les occasions les plus nombreuses et les
» plus variées; et c'était une tâche impossible que d'entre-
» prendre d'en subordonner la validité, partout et tou-
» jours, à des conditions de forme solennelles!

» Aussi, dans tous les temps, les législateurs ont-ils
» reconnu la validité de certaines libéralités, indépen-
» damment des solennités auxquelles ils avaient soumis
» la donation.

» Potest enim, et citrà corporis donationem, valere
» donatio, disait Pomponius (l. 9. princ. ff. de Donatio-
» nibus).

» Telle était également l'ancienne doctrine française
» (Comp. Furgole sur l'article 1^{er} de l'Ordonnance de 1731).

» Et voilà ce que notre Code a aussi reconnu; on ne
» saurait même contester la tendance, évidente et excessive
» peut-être de nos mœurs modernes, à élargir considéra-
» blement le cercle de ces exceptions (1)! »

Notre sujet se trouve ainsi naturellement divisé en deux parties. Dans la première nous examinerons les formes des donations en général; dans la seconde nous parcourrons la nombreuse et importante série des libéralités qui sont dispensées des solennités, en tout ou en partie. Nous pouvons dire dès à présent que ce sont de beaucoup les plus nombreuses et les plus pratiques, surtout à cause de la jurisprudence établie, qui valide les donations déguisées sous l'apparence de contrats à titre onéreux. En réalité les dispositions des art. 931 et suiv. n'ont guère plus qu'une valeur officielle; c'est comme une vieille route abrupte abandonnée des passants pour un chemin plus commode et plus aisé. Ces articles et ces formes demeu-

(1) Demolombe, tome III, des Donations, n° 56, pages 49 et 50.

rent dans nos lois comme un débris du passé, ou comme à Rome la loi des douze tables restait toujours debout alors qu'en fait les adoucissements du droit prétorien et de la pratique, avaient tourné la rigueur de presque toutes ses dispositions. Il nous sera donc permis de ne pas appuyer sur cette branche presque morte de notre législation, d'en marquer d'un trait rapide les principaux linéaments et de réserver nos forces pour l'étude, beaucoup plus vivante, qui fera l'objet de notre seconde partie. C'est là aussi que nous rechercherons jusqu'à quel point il faut applaudir à cet abandon des voies, que le législateur avait cru devoir tracer, dans l'intérêt de l'indépendance des donateurs et de la conservation des biens dans les familles assurée par l'irrévocabilité des donations.

PREMIÈRE PARTIE.

Des formalités extrinsèques exigées par la loi pour les donations entre-vifs en général.

DIVISION DU SUJET.

Ce sujet que nous allons très rapidement traiter, se divise naturellement en quatre chapitres. Nous examinerons : 1° Les formalités exigées pour l'acte proprement dit de donation ;

2° La solennité de l'acceptation ;

3° La question de savoir si la transcription des donations immobilières est une formalité extrinsèque ;

4° La formalité particulière aux donations de meubles.

CHAPITRE I^{er}.

Des formalités exigées pour l'acte proprement dit de donation.

L'art. 893, en reconnaissant deux manières de disposer de ses biens à titre gratuit, la donation et le testament, annonçait qu'ils seraient l'un et l'autre assujettis à des formes établies par la loi; cette promesse est tenue pour la donation dans les articles 931 et suivants. Ainsi, tandis que tous les contrats sont, en général, parfaits chez nous par le seul consentement, la donation requiert au contraire autre chose, et les solennités extérieures, que nous allons voir, sont exigées, non pas pour la preuve, mais pour la naissance même de l'obligation du donateur, *non ad probationem sed ad solemnitatem*. Nous n'avons plus à nous expliquer sur les causes de cette rigueur particulière et nous pouvons aborder le commentaire.

L'article 931, reproduction de l'art. 1^{er} de l'Ordonnance de 1731, est ainsi conçu : « Tous actes portant donation entre-vifs seront passés devant notaire en la forme ordinaire des contrats, et il en restera minute sous peine de nullité.

Ainsi le donateur, pour faire offre au donataire, doit employer la forme notariée; son consentement exprimé verbalement, fût-il avoué par lui ou prouvé par un acte sous seing-privé, même enregistré, même déposé chez un notaire, ne l'obligerait en aucune façon.

L'acte notarié doit évidemment obéir aux formalités requises par la loi du 25 ventôse an XI sur l'organisation du notariat, et il était inutile de dire que le notaire en

doit garder minute, puisque telle est la condition ordinaire des actes qu'il reçoit (1). Ainsi pas d'acte de donation valable s'il est passé en brevet soit unique, soit même double, un pour chaque partie.

De plus, la loi du 21 juin 1843 a exigé la présence réelle des témoins ou du second notaire au moment de la lecture et de la signature de l'acte.

D'après l'art. 1718, l'acte qui n'est point authentique par l'incompétence ou l'incapacité de l'officier ou par un défaut de formes, vaut comme écriture privée s'il a été signé des parties. Il est clair que ceci ne saurait s'appliquer aux donations, puisque en cette matière l'écriture privée est insuffisante.

Du reste, aucune expression sacramentelle n'est imposée au donateur pour déclarer au notaire sa volonté; aussi, bien des personnes pensent-elles qu'un sourd-muet, même ne sachant ni lire ni écrire, pourrait faire une donation. Cela n'est pas sans difficultés, ce nous semble, car le sourd-muet illettré ne peut pas lire l'acte, ne peut pas en entendre la lecture. Comment s'assurer alors que le notaire a été l'interprète fidèle de sa volonté : on dit, il est vrai, qu'il faudrait aller dans ce sens jusqu'à interdire le mariage lui-même à ce malheureux. Mais cela est-il bien certain et n'y a-t-il pas ici des garanties toutes spéciales dues aux publications préalables, à la présence et à l'assistance des familles devant l'officier de l'état civil. De plus, le mariage n'est-il pas un contrat bien autrement connu de ce sourd-muet que la donation ! On peut, il est vrai, nous répondre que la loi ne fait aucune distinction, puisqu'elle ne prévoit ni la donation, ni le mariage du sourd-muet (2).

Le donateur, bien que la loi n'en dise rien, peut évidemment se faire représenter par un mandataire (art. 1981).

(1) Art. 20 et 68 de la loi du 25 ventôse an XI.

(2) Voir Demol, tome III, Donations, n° 24 et 25, page 18 à 20.

Celui-ci devra être muni d'une procuration expresse et spéciale (art. 1087 et 1088), c'est-à-dire renfermant tous les éléments de la donation, désignation du donataire, des biens à donner et des conditions imposées. L'art. 2 de la loi du 21 juin 1843 tranche une question, auparavant très-controversée, en exigeant que cette procuration soit reçue, à peine de nullité, conjointement par deux notaires ou par un notaire en présence de deux témoins.

Mais, faut-il qu'elle soit en minute, ou bien suffirait-il qu'elle eût été reçue en brevet? La raison de douter vient de ce que les procurations peuvent être en général reçues en cette dernière forme, mais il nous semble qu'une minute est ici nécessaire; c'est plus conforme à cette idée, ci-dessus exprimée, que la procuration n'est pas en somme autre chose de la part du donateur que l'acte même de donation; c'est plus conforme aussi à l'art. 933, qui paraît bien exiger la rédaction en minute pour la procuration afin d'accepter (1).

Si le donateur est une femme mariée, l'autorisation de son mari doit-elle être constatée par un acte notarié? La Jurisprudence s'est prononcée pour l'affirmative en la considérant comme un élément essentiel de la donation (2). Mais on a critiqué cette solution en faisant remarquer que l'autorisation maritale ne fait qu'habiliter la femme et que celle-ci est bien le véritable et seul donateur.

La loi n'ayant pas reproduit pour les donations ordinaires les prohibitions des art. 968 et 1097, nous en devons conclure que deux personnes peuvent jouer dans un même acte et mutuellement le rôle de donateur; en effet, l'irrévocabilité des donations entre-vifs met obstacle aux dangers spéciaux qu'ont prévus les articles précités.

(1) En sens contraire Demol., Donations III, n° 31, page 24.

(2) Cass., 1^{er} décembre 1846, S., 1847, I, 289. — En sens contraire, Demol., Donations III, page 25, n° 32.

Connaissant les formalités voulues pour l'acte de donation, nous pouvons rechercher quelle est la sanction de leur omission totale ou partielle : c'est la nullité, dit l'art. 931. Toute personne intéressée pourra la proposer, car il n'y a pas seulement ici une annulabilité, mais il y a un vice radical qui résulte de la violation des formes prescrites par la loi. Le donateur lui-même peut proposer la nullité, nous devrions dire qu'il le peut avant tout autre, si Pothier n'avait hésité sur ce point parce que le donateur ne pouvait pas opposer le défaut d'insinuation.

Puisque la donation manquant de formes n'a aux yeux de la loi aucune existence juridique, toute confirmation doit être impossible. Ce n'est pas un malade qu'on peut guérir; aussi l'art. 1339 déclare-t-il que « le donateur ne peut réparer par aucun acte confirmatif les vices d'une donation entre-vifs; nulle en la forme il faut qu'elle soit refaite en la forme légale. »

Cependant, la loi s'est départie de sa rigueur après la mort du donateur et elle ne considère plus le vice de formes comme une cause d'annulabilité. « La confirmation ou ratification, ou l'exécution volontaire d'une donation, dit l'art. 1310, par les héritiers ou ayant-cause du donateur après son décès emporte leur renonciation à opposer soit les vices de forme, soit tout autre exception. » Il y a là, sans doute, *inelegantia juris*, puisque un contrat qui n'avait aucune force devient ratifiable sans aucun changement. Mais nous constatons que la loi a marqué ainsi combien elle a surtout envisagé l'intérêt du donateur en établissant ces règles de forme; ajoutons du reste que l'adhésion des héritiers achève de la désarmer après le silence du donateur puisqu'elle éloigne tout soupçon de captation.

CHAPITRE II

Des formes requises pour l'Acceptation.

La donation est un contrat et suppose par conséquent le concours des deux volontés. C'est ce qui résulte expressément des termes mêmes de l'art. 894, lorsqu'il dit que le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire qui l'accepte. Ces derniers mots ne font pas du reste allusion à un simple consentement du donataire qui s'induirait des circonstances : comme sa présence à l'acte, sa signature ainsi qu'il arrive dans les contrats à titre onéreux. Ils nous annoncent plutôt que le législateur soumettra l'acceptation des donateurs à des conditions spéciales et en fera l'objet d'une formalité extrinsèque. Ainsi, de même que la manifestation de la volonté du donateur ne suffit pas pour l'obliger, de même aussi la manifestation de la volonté du donataire, l'acceptation en un mot ne suffit pas pour qu'il soit investi du droit donné ; il faut, de plus, la solennité de l'acceptation.

Nous avons rendu facilement bon compte des exigences de la loi à l'égard du donateur, en y voyant une sanction des règles de l'irrévocabilité et aussi des garanties pour le donateur lui-même et sa famille. Il nous serait difficile d'en dire autant pour les solennités que nous allons étudier : ceci nous paraît être du pur *droit positif et arbitraire*. En effet, si je suis censé acceptant, par cela seul que je signe un acte de vente ou de prêt à intérêt, à combien plus forte raison devrais-je l'être lorsque je signe un acte de donation qui ne me demande d'habitude aucun

sacrifice ou ne me soumet qu'à des obligations minimales si on les compare au droit acquis ! Ces rigueurs de la loi ne se peuvent expliquer que par une sorte de mauvais vouloir du législateur à l'endroit des donations et pour leur ménager captieusement de nombreux moyens de nullité. Que ceci du moins serve de circonstances atténuantes aux excès en sens inverse et à la trop grande facilité que nous trouverons bientôt pour admettre les dispenses de formes !

Ici encore nous avons besoin de cantonner notre sujet, et de faire observer que la solennité seule nous occupe. Ainsi nous laisserons de côté toutes les conditions de capacité nécessaires pour accepter, et notamment, la représentation des incapables en ces matières, art. 931 à 938.

Cela dit, nous diviserons ce chapitre en quatre paragraphes :

1° Formes de l'acceptation lorsqu'elle intervient dans l'acte même de donation :

2° Formes de l'acceptation lorsqu'elle intervient dans un acte séparé, et notification de l'acceptation :

3° Effets de l'acceptation régulière :

4° Sanction de l'inobservation des solennités requises pour l'acceptation.

§ 1.

Formes de l'acceptation lorsqu'elle intervient dans l'acte même de donation.

Le premier alinéa de l'art. 932 est ainsi conçu : « La donation entre-vifs n'engagera le donateur et ne produira aucun effet que du jour où elle aura été acceptée en termes exprès ; » et il résulte de l'alinéa suivant comme de l'art. 933 que cette acceptation doit être faite

dans un acte notarié. Dans l'hypothèse où nous nous plaçons, c'est-à-dire, lorsqu'elle est concomitante à l'offre du donateur, les deux choses se font par un seul et même acte.

Mais que signifient les mots de l'article : *en termes exprès*? Le meilleur commentaire nous en est fourni par l'art. 6 de l'Ordonnance de 1731, dont la nôtre n'est que la reproduction abrégée : « L'acceptation de la donation » sera expresse sans que les juges puissent avoir aucun » égard aux circonstances dont on prétendrait induire » une acceptation tacite ou présumée ; et ce, quand même » le donataire aurait été présent à l'acte de donation et » qu'il l'aurait signé, ou quand il serait entré en possession des choses données. »

Ainsi, le donataire aurait été présent à l'acte de donation, il l'aurait signé, serait entré en possession des choses données que la donation n'en serait pas moins nulle faute d'acceptation expresse s'il n'avait pas été dit que le donataire accepte.

C'est à tel point qu'on s'est demandé si le mot *accepter* pourrait être remplacé par un autre. « Ainsi, disait Rousseau de la Combe, ces termes, agréer la donation, » l'approuver, l'avoir pour agréable, ne suffiraient pas » pour en induire l'acceptation ; » et Ricard écrivait qu'il est de maxime au palais que la donation est nulle si le mot *acceptant* ne s'y rencontre (1).

Mais, la solennité des mots est si éloignée de nos mœurs, qu'on se contente aujourd'hui d'exiger une déclaration formelle et spéciale, résultant d'expressions également formelles et spéciales. Et cependant M. Demolombe partisan de ce tempérament ne peut s'empêcher de s'écrier : « Mais en vérité bien imprudent serait le notaire qui, » au lieu de se servir de ce mot si court et si sûr :

(1) Ricard, Donations, 1^{re} partie, n° 841.

» *accepter*, irait imaginer, au grand péril de l'acte et de
» sa propre responsabilité, de longues et équivoques péri-
» phrases (1)! »

Il n'est pas nécessaire que l'acceptation soit faite par le donataire lui-même et en personne; l'art. 933 le suppose représenté par un mandataire : « Si le donataire est majeur, » l'acceptation doit être faite par lui, ou en son nom, » par la personne fondée de sa procuration, portant pou- » voir d'accepter la donation faite, ou un pouvoir général » d'accepter les donations qui auraient été ou qui pour- » raient être faites. — Cette procuration devra être » passée devant notaires; et une expédition devra en » être annexée à la minute de la donation, ou à la minute » de l'acceptation qui serait faite par acte séparé. »

Ainsi, peuvent accepter seulement, le donataire majeur et (sous-entendu) capable, ou son fondé de pouvoir; d'où il faut conclure que les héritiers du donataire ne le pourraient pas, non plus que ses créanciers même de son vivant. Il y a là un droit attaché à sa personne qu'ils ne peuvent exercer malgré lui.

Sur l'ordonnance de 1731, Furgole se posait la question de savoir, si une donation, étant faite à deux personnes, l'une présente et l'autre absente, l'acceptation de l'une profite à l'autre. Il faut, croyons-nous, répondre non; l'acceptant n'a fait que sa propre affaire, l'autre devra faire la sienne de son côté. De même nous considérerions comme nulle l'acceptation faite par un tiers qui se porterait fort pour le donataire, et l'art. 5 de l'Ordonnance le disait textuellement.

Mais revenons à la forme dont nous nous laissions un moment distraire et voyons celles de la procuration afin d'accepter.

L'ordonnance n'avait rien exigé à cet égard, mais l'ar-

(1) Demolombe ; Donations, tome III, page 133, n° 123.

Article 932 veut que la procuration soit notariée, qu'elle soit de plus spéciale à l'effet d'accepter telle donation ou bien toutes celles qui pourraient intervenir; et la loi du 21 juin 1843 veut la présence réelle du second notaire ou des témoins, à cette procuration. Cela résulte suffisamment de la généralité de ses termes. Enfin, nous pensons qu'elle doit être rédigée en minute et non par un simple brevet, puisque l'art. 933 demande qu'une expédition en soit annexée à la minute de la donation. Cependant cette solution est contestée, parce que, dit M. Demolombe, l'article suppose simplement la rédaction en minute et que, supposer n'est pas disposer; il n'y a donc là qu'une simple énonciation (1).

Du reste, la plus grande liberté est laissée au donataire dans le choix de son mandataire à l'effet d'accepter.

§ 2.

Formes de l'acceptation lorsqu'elle intervient dans un acte séparé et notification de l'acceptation.

Le second alinéa de l'art. 932 est ainsi conçu : l'acceptation pourra être faite du vivant du donateur par un acte postérieur et authentique dont il restera minute; mais alors la donation n'aura d'effet à l'égard du donateur que du jour où l'acte qui constatera cette acceptation lui aura été notifié.

Ainsi, l'acceptation, qui est le complément nécessaire de l'acte de donation, peut se produire à une autre époque, mais elle sera toujours soumise à la solennité des actes notariés et aussi à celle de l'art. 2 de la loi du 21 juin 1843, toujours à cause de la généralité de ses termes;

(1) Voir Demolombe, Donations, tome III, n° 161, p. 159.

il faudra que l'acte de donation soit mentionné, afin de prévenir toute équivoque.

Cette acceptation solennelle et séparée doit se produire du vivant du donateur, parce que son offre périrait avec lui, et le concours de volontés ne pourrait plus se former. Jusqu'alors, le donateur a évidemment la faculté de révoquer, puisque rien ne l'oblige, et comme la loi est muette sur l'exercice de cette faculté, les interprètes pensent qu'elle n'est soumise à aucune forme, pas même à celle qu'exige l'art. 1035 pour la révocation d'un testament. Ainsi le donateur pourra révoquer expressément par acte authentique ou sous seing-privé ayant date certaine avant l'acceptation; ou tacitement, par tout événement juridique incompatible avec la donation, comme une nouvelle donation à une autre personne ou une aliénation à titre onéreux, ou même, dit M. Demolombe, la simple confection d'un testament où la chose serait léguée.

L'acceptation ne pourrait pas non plus se produire si le donateur était devenu incapable, soit qu'il eût perdu la jouissance du droit de donner par une condamnation afflictive et infâmante perpétuelle, soit qu'il en eût perdu le simple exercice, comme par l'interdiction. Ces événements équivalent à la mort, puisqu'ils empêchent le consentement du donateur de persister valablement jusqu'à l'acceptation du donataire.

On s'est demandé si cette acceptation pourrait être antérieure à la donation; nous ne le pensons pas, car l'art. 932 ne parle que de l'acceptation simultanée ou postérieure, et tout ici est de droit étroit.

Il est inutile de dire que le donataire peut se faire représenter dans l'acte d'acceptation, et que nous devons appliquer ici tout ce que nous avons dit sur l'art. 933.

Lorsque le donataire a accepté après coup, conformément aux prescriptions que nous venons d'analyser, tout n'est pas encore fini et la *donation n'aura d'effet*, dit l'art. 932, *à l'égard du donateur, que du jour où l'acte*

qui constatera cette acceptation lui aura été notifié. Ceci est une dérogation aux anciens principes, et nous la devons au Tribunal qui la fit admettre dans l'intérêt du donateur. C'est, a dit M. Jonbert, « comme une précaution » sage qu'on ne trouve pas dans les anciennes lois, mais » qui est néanmoins bien nécessaire pour empêcher que le » donateur ne soit personnellement victime des transac- » tions qu'il aurait faites dans la croyance qu'il n'était » pas engagé (1). »

Il résulte des termes restrictifs à l'égard du donateur, comparés aux expressions générales de l'art. 932 que cette condition nouvelle n'est exigée que pour la validité de la donation à l'égard d'une des parties, le donateur; à l'égard du donataire la donation produit tous ses effets dès le jour de l'acceptation. « Cette situation sans doute » peut paraître anormale et nous voulons nous-mêmes si- » gnaler, comme une singularité digne de remarque, cette » convention bilatérale qui est formée déjà pour l'une des » des parties, qui n'est pas formée pour l'autre (2). »

Ainsi, le donateur pourra révoquer, même après l'acceptation tant qu'il n'aura pas reçu notification; ainsi encore la mort du donateur, ou même son incapacité, survenant depuis l'acceptation, rendrait impossible la notification. Nous n'insistons pas sur ces points, dont quelques uns sont très controversés, parce qu'ils tiennent plutôt au fond des choses, et nous nous demandons en quelle forme doit se faire la notification. Le silence de la loi permet toutes les incertitudes. L'idée qui vient d'abord à l'esprit, c'est qu'il faut un exploit d'huissier; car ces officiers ministériels ont pour mission habituelle de notifier les actes. Mais on admet des équivalents, ainsi un acte authentique passé entre le donateur et le donataire pour constater

(1) Fenet, t. XII, page 396.

(2) Demolombe, t. III, § 139, page 143.

l'acceptation (voir art. 1690); ainsi encore une déclaration authentique du donateur qu'il a eu connaissance de l'acceptation. Certains auteurs ont même pensé qu'il suffirait d'un acte sous seing-privé et même d'une preuve quelconque comme l'aveu du donateur. C'est, ce nous semble, aller bien loin et attacher bien peu d'importance à la forme d'un acte auquel la loi donne une telle portée? Jusqu'ici nous n'avons procédé en matière de donation que par actes authentiques, pourquoi la loi se serait-elle tout-à-coup départie de sa rigueur? Rien ne permet de le penser, et le mot *notification*, pris dans son sens le plus usuel, suffit à prouver qu'un acte authentique est nécessaire.

§ 3.

Effets de l'acceptation régulière.

L'acceptation régulière achève la perfection de la donation. Désormais le donataire est investi du droit de propriété ou de créance suivant les cas. En effet, notre droit admet le transport de la propriété par la seule puissance des conventions, art. 711, 1138, dès qu'il s'agit d'un corps certain. La règle générale à cet égard est confirmée en particulier pour les donations par l'art. 938 ainsi conçu : « La donation dûment acceptée sera parfaite par le seul consentement des parties et la propriété des objets donnés sera transférée au donataire sans qu'il soit besoin d'autre tradition. »

On voit facilement qu'après les mots *seul consentement des parties*, il faut sous entendre *exprimé dans la forme légale*, mais il est plus difficile de comprendre le sens des expressions finales *sans qu'il soit besoin d'autre tradition*, puisque l'article suppose évidemment qu'il s'agit d'un

corps certain; sans quoi la propriété ne pourrait être transportée du donateur au donataire que par une tradition.

Quel elle est, donc cette tradition, dont il est besoin, qui suffit, mais qui est nécessaire et que nous ne pouvons apercevoir? Les précédents historiques vont nous répondre. A un moment de la longue formation du droit Romain nous avons vu que la tradition en présence de témoins était nécessaire quand le transport de propriété avait lieu *donationis causâ*. Sous Justinien, cette exigence avait disparu. Chose étrange, la plupart de nos anciennes coutumes, comme nous l'avons vu plus haut, celles qui s'inspirèrent le moins du droit Romain remanié par Justinien, exigèrent deux sortes de tradition dans les donations, l'une de droit, l'autre de fait et cela pour mieux sanctionner la fameuse maxime *donner et retener ne caut*.

Cette expression assez impropre de *tradition de droit* désignait simplement l'obligation du donateur envers le donataire, obligation désormais irrévocable.

On appelait tradition de fait, au contraire, la véritable tradition, celle qui consiste dans la délivrance de la chose, dans le dessaisissement du donateur au profit du donataire; on l'exigeait comme un signe visible et extérieur de la donation, et comme une certitude de plus de l'irrévocabilité.

Mais la sanction de son omission n'était pas partout la même. Dans les coutumes de nantissement, c'était une condition essentielle, en sorte que le donataire malgré l'acceptation restait sans action contre le donateur ou ses héritiers (1).

La plupart des coutumes au contraire n'allaient pas si loin et se bornaient à dire que le donataire n'aurait pas d'action en délivrance contre les héritiers du donateur. Il

(1) — Merlin, *Répertoire*, V^o *Donation*, section V, § 1, art. 11.

pouvait donc actionner celui-ci, et, s'il l'avait laissé en possession toute sa vie, la libéralité était suspecte et paraissait être plutôt une donation à cause de mort (1).

De plus on s'était encore, dans ces coutumes, départi des règles rigoureuses en se contentant de traditions feintes comme dessaisine et saisine, de constitut ou de précaire, en sorte que la tradition de fait était devenue purement fictive.

C'est donc elle que supprime l'art. 938, et la tradition qu'il conserve, c'est ce que nous appelions tout à l'heure la tradition de droit, expression et idée également fausses du reste et qui s'expliquent, sans doute, par la manière dont on avait autrefois compris et rendu l'innovation de Justinien, lorsqu'il fit de la donation un pacte légitime portant en lui nécessité de tradition.

Ainsi de deux choses l'une, ou l'objet donné n'est pas individuellement déterminé et alors le donataire en deviendra propriétaire par la tradition qu'il pourra exiger du donateur suivant les termes du contrat.

Ou bien l'objet donné est un corps certain et alors le donataire en acquiert la propriété par l'effet même de la convention.

Cependant, ceci nécessite encore quelques explications suivant la nature de l'objet donné :

S'agit-il d'immeubles, la loi exige la transcription des actes, et nous nous demanderons tout à l'heure si c'est une formalité de plus.

S'agit-il de meubles corporels, l'art. 948 exige un inventaire dont nous parlerons bientôt.

Enfin, s'agit-il de créances, la loi exige dans l'art. 1690, que le donataire notifie la cession au débiteur ou obtienne son acceptation dans un acte authentique. Mais ceci n'ajoute rien à la perfection de la donation entre les par-

(1) Art. 274, Coutume de Paris ; 276 et 283 Coutume d'Orléans.

ties, c'est relatif aux relations du donataire avec les tiers et dès lors en dehors de nos investigations.

§ 4.

Sanction de l'inobservation des solennités requises pour l'acceptation.

Nous avons naturellement supposé tout à l'heure que les formes voulues avaient été observées. Supposons maintenant que la loi n'a pas été obéie. Les art. 932 et 933 sont muets sur la sanction et ne prononcent pas la nullité comme l'art. 931. Mais il nous est facile de suppléer à leur silence en remarquant que toutes ces formalités sont exigées pour la perfection légale du contrat *ad solemnitatem*; nous dirons donc qu'il y a nullité absolue pour la donation non acceptée régulièrement, que le donateur peut la révoquer expressement ou tacitement sans même faire prononcer cette nullité, et que ses héritiers ont le même droit; ses créanciers pourront saisir et faire vendre l'objet donné.

De son côté le donataire a également l'action, ainsi que ses héritiers.

Nous appliquerons à cette hypothèse les dispositions des art. 1339 et 1310 et nous dirons que l'acceptation nulle en la forme doit être aussi refaite en la forme légale, et n'est susceptible d'aucune ratification expresse ou tacite, si ce n'est à l'encontre des héritiers du donateur.

Enfin, nous nous bornons à rappeler que le défaut de notification, lorsque l'acceptation a lieu par acte séparé, rend l'acceptation nulle à l'égard du donateur, qui reste maître de révoquer, bien que la donation soit déjà parfaite à l'égard du donataire.

CHAPITRE III.

De la question de savoir si la transcription des donations immobilières est une formalité nécessaire à leur validité.

Le texte de l'art. 939 paraît exiger une formalité de plus, la copie de tous les actes nécessaires à la donation sur le registre du conservateur des hypothèques de l'arrondissement où sont situés les immeubles donnés. « Lorsqu'il y » aura, dit-il, donation de biens susceptibles d'hypothèque, la transcription des actes contenant la donation et » l'acceptation ainsi que la notification de l'acceptation » qui aurait eu lieu par acte séparé, devra être faite aux » bureaux des hypothèques dans l'arrondissement des- » quels les biens sont situés. »

Voici encore une mesure de publicité dont il nous faut indiquer la véritable portée.

Le Législateur s'est à cet égard successivement placé dans l'ordre des temps à des points de vue très-différents.

Elle est nécessaire pour le donateur afin de le préserver des captations et de le défendre contre lui-même.

Nécessaire encore dans l'intérêt de ses héritiers qui ont d'autant plus besoin de connaître ces libéralités qu'elles se font le plus souvent avec réserve d'usufruit au profit du donateur.

Nécessaire enfin dans l'intérêt des tiers qui doivent connaître le passage des biens du donateur au donataire afin de ne plus traiter avec le premier.

Si nous nous reportons à l'historique des formalités qui sont l'objet de cette thèse, nous voyons que les empereurs

chrétiens exigèrent l'insinuation dans l'intérêt de tout le monde, et, ce qui le montre, c'est qu'elle était une formalité nécessaire à la validité même de la donation. Le donateur lui-même pouvait en invoquer l'omission.

Dans notre très ancien Droit, le dessaisissement du donateur rendu public, comme nous l'avons vu par un passage de la loi salique, donnait aussi satisfaction à tous les intérêts. Mais, quand les traditions feintes s'introduisirent dans l'usage, les dangers reparurent et avec eux l'insinuation pour toute donation excepté les donations mobilières, quand il y avait tradition réelle.

Lorsque l'ordonnance de 1631 eut définitivement réglé cette matière, le défaut d'insinuation put être opposé, d'après l'art. 27, par les héritiers du donateur et par les tiers, et non pas, comme en droit romain, par le donateur lui-même. De plus, elle pouvait être faite même après la mort soit du donateur, soit du donataire. Ces deux derniers caractères montrent bien le but restreint de l'insinuation et donnent à penser qu'elle n'était pas une condition de forme de la validité des donations, puisqu'elles étaient parfaites sans elle à l'égard du principal intéressé, du donateur, et puisqu'il serait étrange que la perfection d'un contrat survint après la mort des contractants. De plus, l'art. 58 de l'ordonnance de Moulins accordait un délai de quatre ou de six mois pour y procéder; raison de plus pour n'en pas faire une condition de validité.

Les lois du droit intermédiaire conservèrent cette formalité de l'insinuation (1) avec ses effets restreints à l'héritier du donateur et aux tiers. Mais à côté, la loi du 11 brumaire an VII, organisa en s'emparant de ce qui se faisait dans les coutumes de nantissement, la transcription

(1) Art. 24 de la loi des 6, 7 et 11 septembre 1790; Art. 1 de loi des 5 et 19 décembre 1790; art. 72 de la loi du 22 frimaire an VII,

des actes translatifs de biens et droits susceptibles d'hypothèque. « Jusques là, dit l'art. 26, ces actes ne pourront être opposés aux tiers qui auraient contracté avec le vendeur et qui se seraient conformés aux dispositions de la présente loi. » Ainsi la transcription avait un but tout à fait spécial; elle ne veillait ni à l'intérêt des parties contractantes ni à celui de ses héritiers, mais seulement à celui des tiers, qui, après une vente ou une donation, traiteraient encore avec le vendeur ou le donateur. De cette façon, les donations immobilières furent soumises, jusqu'à promulgation du titre des donations, à la double formalité de l'insinuation et de la transcription avec leurs effets respectifs.

Mais, dans les travaux préparatoires du Code, on signala cette sorte de double emploi, ces doubles frais pour les donations déjà si chargées et on proposa d'opter pour l'un ou pour l'autre des deux modes de publicité. M. Tronchet se montra partisan de l'insinuation, d'abord parce qu'elle était d'une utilité beaucoup plus générale, s'appliquant même aux donations de meubles avec réserve d'usufruit, de sommes d'argent à prendre après la mort du donateur sur les biens de la succession, etc... Cette opinion ne fut pas admise; car les art. 939 et suiv. ne font mention que de la transcription. On a soutenu, il est vrai, que ce n'est là qu'une manière de parler empruntée à la loi de brumaire, et qu'au fond on a reproduit toutes les règles de l'ancienne insinuation. En outre de certains arguments de texte, on pouvait faire valoir cette considération, que la cause de la transcription avait été définitivement vaincue dans le Code par suite du silence de la loi, au titre des hypothèques, après un double renvoi pour la maintenir dans les titres des obligations et de la vente, art. 1111, 1583. Malgré cela, cette opinion était depuis longtemps délaissée tant en doctrine qu'en jurisprudence, et la restriction de la transcription *aux biens susceptibles d'hypothèque* aurait suffi pour assurer sa défaite, lorsque la loi

du 23 mars 1855 est intervenue et a rétabli d'une manière générale la nécessité de la transcription. Il est vrai que l'art. 11 de cette loi, pour éviter de trancher certaines questions controversées et de réfléchir contre certains articles du Code Napoléon, a décidé qu'elle ne s'appliquait point aux dispositions relatives à la transcription des actes portant donation.

Que résulte-t-il pour nous de ce rapide examen? — Deux choses : l'une, que l'insinuation pouvait fort bien n'être pas considérée comme une formalité extrinsèque, nécessaire à la perfection des donations ; l'autre, que la transcription, n'étant même pas requise dans l'intérêt des héritiers du donateur, est encore, moins que l'insinuation, une formalité extrinsèque. Pour la première, on pouvait contester, pour la seconde, le doute n'est plus permis. Il est évident que la transcription n'est qu'une mesure de prudence imposée au donataire pour éviter l'effet des actes du donateur sur des biens déjà transmis par une donation achevée. En conséquence, l'étude de la transcription ne rentre pas davantage dans notre plan.

CHAPITRE IV

De la formalité particulière aux donations de meubles.

L'art. 948 porte : « Tout acte de donation de biens mobiliers ne sera valable que pour les effets dont un état estimatif, signé du donateur et du donataire, ou de ceux qui acceptent pour lui, aura été annexé à la minute de la donation. »

Cet article reproduit, avec des innovations importantes, la disposition de l'art. 15, de l'Ordonnance de 1731 :

- » Aucune donation entre-vifs ne pourra comprendre d'au-
- » tres biens que ceux qui appartiendront au donateur au
- » moment de la donation, et si elle renferme des meubles
- » ou effets mobiliers dont la donation *ne contienne pas*
- » *une tradition réelle*, il en sera fait un état signé des
- » parties qui demeurera annexé à la minute de ladite
- » donation; faute de quoi le donataire ne pourra prétendre
- » aucun desdits meubles ou effets mobiliers, même contre
- » le donateur ou ses héritiers..... »

Ces dispositions ont évidemment pour principal objet d'assurer l'irrévocabilité des donations d'effets mobiliers, en empêchant le donateur de les soustraire avant l'exécution; elles facilitent aussi l'application des règles de fond sur le rapport, la réduction ou la révocation, de ces donations. Ce sont donc des mesures prises dans l'intérêt du donateur, dans l'intérêt de ses héritiers et aussi dans l'intérêt des tiers intéressés à savoir de quels meubles le donateur se dessaisit.

La loi fait de l'état estimatif qu'elle prescrit la condition de validité de tout *acte de donation d'effets mobiliers*; nous verrons plus loin quelle dangereuse conclusion on a tiré de ce mot : acte. Ici, comme dans l'art. 931, on en a conclu, spécialement pour les meubles, que s'ils sont donnés sans acte de la main à la main, aucune formalité n'est requise.

Cette observation faite, le texte nous autorise à décider que toute donation d'effets mobiliers, quels qu'ils soient, meubles corporels ou créances, rentes, actions, est soumise à la nécessité de l'état estimatif, sauf à ne faire l'estimation que dans les cas où elle est utile.

Cette nécessité existerait encore pour une donation d'une quote-part des biens présents du donateur; il faudrait désigner et estimer les meubles qu'elle contient, bien que la question ait été controversée.

M. Demolombe enseigne que l'art. 948 n'est pas applicable à la donation « qui a pour objet, soit des droits successifs, soit des droits et reprises, appartenant à une femme dans une communauté non encore liquidée (1), et son sentiment est généralement partagé. En effet, la donation n'a plus ici pour objet des meubles individuels de la succession ou de la communauté. Ce qui est donné, c'est le droit lui-même de figurer au partage de la succession ou de la communauté, et il est impossible de savoir à l'avance comment, et de quelle chose sera composé le lot du donataire.

De même, l'art. 948 n'est pas applicable aux donations d'immeubles par destination, considérés comme tels. Ainsi la donation d'une ferme ou d'une maison comprendra, sans état estimatif, tous les immeubles par destination qui en seront l'accessoire. Mais nous n'avons pas besoin de dire qu'il en serait autrement si ces objets étaient donnés isolément, et abstraction faite de l'immeuble dont ils dépendent, puisqu'ils reprendraient alors leur nature de meubles.

L'état estimatif est un véritable inventaire, c'est-à-dire qu'il doit comprendre d'abord la description, article par article, des meubles donnés, et de plus leur estimation en argent. Ce dernier point est une heureuse innovation du Code, car elle assure bien mieux l'accomplissement des desseins du législateur, puisqu'elle supprime toute difficulté d'évaluation en cas de disparition d'un objet, de rapport, réduction, etc.... Ceci nous montre que l'estimation ne doit pas être faite en bloc, qu'il faut y procéder article par article, objet par objet, dans la mesure du possible.

Il résulte du texte de l'art. 948 que l'état estimatif fait partie intégrante de l'acte, puisqu'il le rend valable, et cela prouve qu'il doit, lui aussi, être fait par acte authen-

(1) Demolombe, Donations, t. 1, p. 335, § 348.

tique. Cependant il n'est pas indispensable, d'après certains auteurs, que cet inventaire fasse partie de l'acte de donation ; il pourrait l'avoir précédé, et il suffirait de s'y référer. Mais la forme authentique serait toujours nécessaire (1).

L'état estimatif est-il nécessaire, si la tradition des meubles accompagne l'acte de donation ? L'Ordonnance de 1731 ne l'exigeait pas alors, parce que l'irrévocabilité était suffisamment assurée par la prise de possession du donataire ; mais le Code l'a exigé néanmoins et avec raison : car il reste à pourvoir à d'autres intérêts, au cas, par exemple, de révocation, de rapport, de réduction, etc..., et pour cela, l'état est toujours nécessaire. On a pourtant nié cette conséquence de l'art. 918, mais elle nous paraît formellement démontrée par la comparaison des textes de l'Ordonnance et du Code ci-dessus rapportés.

Dans le même ordre d'idées, nous devons décider que la formalité de l'art. 918 est nécessaire dans le cas de donation d'une créance sur un tiers, alors même que la cession serait signifiée au débiteur, car ceci n'intervient qu'après la perfection de la donation, et il faut l'état pour qu'elle soit parfaite.

La sanction du défaut de l'état estimatif n'est pas expressément écrite, dans l'art. 918, comme elle l'était dans l'art. 15 de l'Ordonnance, qui refusait toute action au donataire. Mais, et ce sera une troisième différence entre l'ancien et le nouveau droit, l'art. 918 admet implicitement la nullité, quand il dit que l'acte *ne sera valable* que pour les meubles désignés. Cette doctrine résulte aussi des travaux préparatoires (2), car on y voit que le mot *null* était d'abord dans l'article et que, s'il fut modifié, c'est qu'on voulut restreindre la nullité aux seuls effets admis dans l'état.

(1) Demolombe, t. III, p. 342, § 362.

(2) Voir Fenet, t. XII, p. 370, 453.

Ainsi, nous appliquerons toutes les solutions données sur l'art. 931 ; quant à ce qui touche, bien entendu, les meubles omis, la nullité sera absolue, pourra être proposée par toute personne intéressée, même par les créanciers antérieurs ou postérieurs du donateur, et les art. 1139 et 1140 lui seront applicables.

Si la donation est nulle, faute d'état estimatif, deviendra-t-elle valable au cas où le donateur transmettrait plus tard les mêmes meubles au donataire de la main à la main ?

Nous résoudrons cette question au chapitre du don manuel par une distinction basée sur l'intention du donateur au moment où il a fait tradition.

SECONDE PARTIE.

Des donations affranchies de la nécessité des formes ci-dessus étudiées.

Nous allons énumérer successivement, et chapitre par chapitre, les donations affranchies en tout ou en partie de la solennité des formes édictées par les art. 931 et suiv. Les unes en ont été dispensées par une disposition expresse du Code Napoléon, d'autres au contraire en sont affranchies en dehors du texte précis de la loi et plutôt en vertu des décisions de la jurisprudence. Nous avons voulu d'abord grouper ces diverses exceptions dans un ordre méthodique, mais, après réflexion, nous avons dû y renoncer et procéder par énumération.

CHAPITRE 1.

Des donations faites par contrat de mariage.

La loi, pour favoriser le mariage, source de la famille et de la société, s'est départie à son occasion de la sévérité de ses règles, tant pour la forme que pour le fond. L'article 1087 est ainsi conçu : « Les donations par contrat de mariage ne pourront être attaquées ni déclarées nulles sous prétexte de défaut d'acceptation. » Cela ne veut pas dire évidemment que le donataire ne devra pas les accepter puisque la donation suppose habituellement concours de volontés, mais cela signifie que l'acceptation n'a plus besoin d'être solennelle, qu'elle résultera suffisamment, comme dans les contrats à titre onéreux, de la présence du donataire à l'acte et de sa signature.

Il nous semble que l'art. 1087 doit être généralisé, c'est-à-dire appliqué même aux donations que se font l'un à l'autre les futurs époux par contrat de mariage.

La rédaction de l'état estimatif prescrit par l'art. 918 ne sera pas nécessaire dans les contrats de mariage toutes les fois qu'il s'agira d'une donation de biens à venir. En effet, c'est là une donation de présuccession laissant au donateur le droit de disposer à titre onéreux des objets donnés, d'en disposer même à titre gratuit pour *somme modique à titre de récompense ou autrement* (1083). Les motifs qui ont dicté la disposition de l'art. 918 ne se retrouvent donc plus.

S'il s'agissait d'une donation cumulative de biens présents et à venir, nous pensons que l'observation de l'art

918 serait nécessaire pour les meubles compris dans la donation de biens présents, puisque, en cas d'option faite pour les biens présents par le donataire à la mort du donateur tous les motifs de la loi se retrouveraient. Le donateur, n'aurait pas eu le droit de disposer, même à titre onéreux, des meubles donnés. Le donataire aurait donc besoin de l'état estimatif pour fixer l'indemnité si ces meubles n'étaient pas représentés. La donation de biens présents ne devra donc être considérée comme valable que pour les meubles compris dans cet état estimatif (1).

Enfin, les contrats de mariage ne sont pas compris dans l'énumération de la loi interprétative du 21 juin, 1843 parmi les actes qui requièrent au moment de la lecture et de la signature la présence du notaire en second ou des deux témoins. Nous avons vu que les actes contenant donation font au contraire partie de cette énumération. Faudra-t-il la présence du second notaire ou des deux témoins parce qu'un contrat de mariage renfermera des donations ? — Nous ne le pensons pas, l'esprit de la loi de 1843 a été évidemment de ne pas mettre d'entraves au contrat de mariage, et de les considérer comme suffisamment publics par la présence des deux familles contractantes. Or, ce serait une véritable dérision que d'exiger la présence de témoins, toutes les fois que le contrat de mariage renfermera des donations, car il serait bien rare qu'il n'en fût pas ainsi; presque tous les contrats de mariage contiennent des constitutions de dot faites à la future épouse, des donations au futur époux ou entre les futurs époux.

La dispense de solennité d'acceptation et celle de l'état estimatif de l'art. 918 s'appliquent également aux donations faites entre époux pendant le mariage. Les textes ne le disent pas, mais cela résulte suffisamment de ce que ces donations sont essentiellement révocables; l'esprit

(1) Requête. Rejet, cass. 27 février, 1821.

de la loi qui a dicté les art. 932 et 948 ne se retrouve donc plus ici.

CHAPITRE II

Des donations annexées à d'autres actes, art. 1121.

L'art. 1121 prévoit deux hypothèses de donations offertes par quelqu'un à une personne autre que celle avec laquelle il traite. Dans l'une, cette offre de donation est annexée à un acte à titre onéreux; dans l'autre, à une donation. Dans le premier cas, l'offre pourra donc résulter d'une convention non solennelle, comme une vente, et être constatée par un simple acte sous seing-privé; dans le second cas, l'offre résultera d'un acte notarié et à son égard il n'y aura aucune dispense de forme. Mais l'article continue en disant : « Celui qui a fait cette stipulation ne peut plus la révoquer si le tiers a déclaré vouloir en profiter. » Ainsi, dans une vente ou une donation, une offre de libéralité a été faite à une personne non présente au contrat. Tant que cette personne n'a pas accepté, celui qui a fait l'offre, ne saurait être lié parce qu'il n'y a pas concours de volontés. Mais faudrait-il que cette acceptation soit faite en la forme prescrite par l'art. 932? Nous ne le pensons pas et nous croyons qu'il a ici une dispense de la solennité de l'acceptation. Le texte de l'art. 1121 nous paraît commander cette solution. Qu'exige-t-il? que le tiers ait déclaré vouloir en profiter, mais il ne demande pas que cette déclaration soit solennelle et constatée par un acte notarié.

Il est bien entendu que les règles de fond de l'acceptation seront néanmoins applicables, et, par exemple, qu'elle

ne pourra avoir lieu après la mort de celui qui a fait l'offre; car cette offre ne lui a pas survécu et le concours de volontés ne peut plus se former. En ce cas, l'objet de la libéralité restera entre les mains des héritiers de celui qui a fait l'offre, car il serait injuste d'en faire profiter l'autre contractant, ce serait améliorer la position qu'il a acceptée par le fait d'un tiers, qui ne peut ni lui profiter, ni lui nuire. Il est tout naturel au contraire que la donation non acceptée reste entre les mains du donateur ou de ses héritiers.

L'art. 1073 fait application à la rente viagère du principe de l'art. 1121. Il suppose une pareille rente constituée par quelqu'un au profit d'un tiers; il l'affranchit alors formellement des solennités requises pour les donations.

Ces articles font à la fois exception aux règles sur les formes des donations et à ce principe du Droit Romain assez mal à propos reproduit par l'art. 1119 : on ne peut stipuler pour autrui. Si cela est ici permis, c'est, dit-on, parce que cette stipulation pour autrui n'est qu'une charge, qu'un mode d'un contrat principal valable (1).

CHAPITRE III

De la dispense des formes quand la donation consiste dans une libération.

La loi a dû se montrer favorable aux libérations parce qu'elle ramène les hommes à leur état naturel de liberté les uns à l'égard des autres. Aussi, en Droit français

(1) Voir Pothier, *Traité des Obligations*, n° 71, 73. — Demolombe, *Donations*, tome III, n° 90, page 88.

comme en Droit Romain trouvons-nous ici l'exemple de donations qui, par extraordinaire, paraissent n'avoir pas besoin de l'acceptation du donataire, et se consomment par la seule volonté du donateur, sans aucune formalité.

Ces donations peuvent se faire par paiement, dation en paiement ou par l'espèce de novation appelée *expromission*. L'art 1236 consacre formellement le droit pour toute personne, même non intéressée, d'acquitter l'obligation d'autrui sans le consentement du débiteur. Si ce paiement pour un tiers est effectué *animo donandi*, si celui qui a payé n'actionne jamais le débiteur en se prétendant son gérant d'affaires, voilà bien une libéralité qu'il faudra assujettir aux règles de fond des donations et qui est affranchie de toute forme; nous en dirons autant de la dation en paiement, que la loi paraît bien assimiler au paiement dans l'art. 1243, dès que le créancier a consenti à accepter une chose autre que celle qui lui était due.

Enfin, l'art. 1274, nous enseigne que la novation par la substitution d'un nouveau débiteur peut s'opérer sans le concours du premier débiteur. Ce premier débiteur recevra donc une libéralité sujette encore aux règles de fond des donations, mais dégagée de toute formalité, et qui ne requiert point l'acceptation du donataire.

A côté de ces hypothèses où la libération intervient par le fait d'un tiers, la loi a traité dans une section spéciale de la remise de la dette, c'est-à-dire de l'abandon gratuit que le créancier fait directement de sa créance au débiteur. Ici encore, nous sommes en face d'une véritable donation quant au fond, mais d'une donation privilégiée quant à la forme. La remise de la dette n'est en effet qu'une simple convention entre le créancier et le débiteur, elle requiert l'offre du premier et l'acceptation du second (1); mais, dès que les deux consentements existent,

(1) C'était une question très agitée dans l'ancien droit, que de savoir si la remise d'une dette peut se faire par la seule volonté du créancier. Au-

la donation est réalisée sans aucune forme. Suivant même l'opinion de beaucoup d'auteurs, il suffit que l'acceptation du débiteur soit intervenue, et il n'est pas nécessaire qu'elle soit portée à la connaissance du créancier. Ainsi Mourlon fait l'espèce suivante : « Vous m'écrivez pour » m'offrir la remise d'une dette dont je suis tenu envers » vous, je m'empresse de vous répondre que j'accepte, mais » si vous mourez avant que ma réponse vous soit parve- » nue, la remise est valable (2). » Nous ne contesterons point cette décision, en ce sens du moins, que les dispositions spéciales de l'art. 932, sur l'acceptation des donations ne sont pas applicables à la remise de la dette, mais nous n'avons pas à traiter ici une autre question bien plus générale et qui est celle de savoir, si, pour la perfection des contrats, il n'est pas nécessaire que les deux parties aient connaissance du consentement l'une de l'autre. Cette question divise les meilleurs esprits : bien des personnes pensent qu'un contrat existe dès qu'existe le concours de

jourd'hui encore, certains auteurs et même des arrêts de la cour de Cassation admettent l'affirmative, mais il nous paraît préférable de dire qu'il y a là une véritable convention requérant les deux consentements. (Voir, en ce sens, Demolombe, *Donations*, t. III, n° 87, page 86.) Qu'on ne dise pas qu'il est loisible au créancier de détruire le titre et de libérer ainsi le débiteur ? il nous serait trop facile de répondre que la preuve seule de l'obligation aurait disparu, et que le créancier, revenant de son accès de générosité, pourrait encore poursuivre le débiteur et lui déférer le serment ou provoquer son aveu.

Nous convenons, cependant, que notre décision implique une certaine anomalie ; car, peut-on dire, comment se fait-il que le créancier ne puisse pas libérer seul le débiteur sans faire avec lui de convention, tandis qu'un tiers pourrait le libérer en payant le créancier. On peut répondre, ce nous semble, que, dans ce dernier cas, il y a justement la convention que nous exigeons, elle intervient entre ce tiers et le créancier qui reçoit de lui le paiement. (Voir, au surplus, notre thèse de Droit Romain).

(2) Mourlon, *Répétitions écrites*, t. 2, page 763.

volontés, et nous avons incliné vers cette opinion en expliquant plus haut l'art. 1121; d'autres, au contraire, allant, ce nous semble, au delà du texte de l'art. 1108 qui se borne à requérir pour la validité d'une conversion le consentement de la partie qui s'oblige, estiment qu'une acceptation inconnue de celui qui a fait une offre de contrat n'est pas autre chose qu'un *propositum in mente retentum*, qui n'a aucune valeur juridique. Mais ils oublient, ce nous semble, qu'il est très possible que l'acceptation puisse être prouvée sans qu'elle soit cependant encore connue de l'auteur des offres, par exemple, par une lettre missive non encore parvenue à son adresse, et dans ce cas il y a plus évidemment que le *propositum in mente retentum*, puisqu'il y a une manifestation extérieure de l'intention d'accepter (1).

Revenons à la remise de la dette; puisqu'elle n'a pas besoin d'être prouvée par un acte solennel, c'est qu'elle obéit pour la preuve aux règles ordinaires. Si donc elle est expressément faite, l'acte pourra être authentique ou sous seing-privé, ou s'il n'y a pas d'acte, la preuve s'en pourra faire par l'aveu, le serment et même la preuve testimoniale ou les présomptions simples, au dessous de 150 fr.

Mais la loi a de plus admis un moyen de preuve spécial pour la remise de la dette, et c'est ce que les auteurs appellent la remise tacite assez improprement; car c'est confondre la convention préexistante avec le moyen de la manifester extérieurement, et de la faire connaître aux tiers.

Cette preuve particulière de la remise de la dette est tirée par la loi du fait de la remise volontaire du titre par le créancier au débiteur. Le législateur a ici échelonné deux présomptions: l'une que la présence du titre dans les mains du débiteur donne à penser que le créancier s'en

(1) Voir, en ce sens, Aubry et Rau, t. III, § 343, note 3.

est dessaisi volontairement, et qu'il n'a été ni volé, ni perdu. Cette présomption résulte du fond des choses plutôt que du texte même de la loi; aussi devons-nous dire qu'elle admet toujours la preuve contraire par application de la règle générale, que les présomptions peuvent être combattues par celui auquel elles nuisent. Mais si le créancier ne parvient pas à démontrer que le titre est aux mains du débiteur par suite de vol ou de perte, alors intervient la seconde présomption des art. 1282 et 1283 : la remise volontaire du titre sous seing-privé ou de la grosse du titre, fait présumer la libération du débiteur. Cette présomption est même invincible lorsque le titre est sous seing-privé, mais elle admet la preuve contraire s'il s'agit de la grosse de l'acte authentique. Le créancier sera admis à faire voir qu'il a remis cette grosse au débiteur pour la consulter et non pour le libérer.

Seulement, et c'est ici la grande difficulté de la matière, la remise du titre fait présumer la libération, dit l'art. 1282, la remise de la dette ou le paiement, dit l'art. 1283, mais ces articles ne nous indiquent pas comment nous pourrions savoir s'il y a remise de dette ou s'il y a paiement. En effet, le créancier payé et le créancier qui fait donation se comporteront l'un et l'autre de la même manière, ils remettront le titre au débiteur, et cependant il est très intéressant de savoir si l'ancien débiteur est libéré par paiement ou par donation, puisque, dans le premier cas, les questions de rapport, de quotité disponible, de capacité de disposer et de recevoir à titre gratuit, de révocation pour ingratitude ou survenance d'enfants, ne peuvent pas se poser. Il nous semblerait, pour décider la question, que les paiements sont plus habituels que les remises de dettes, qu'en général les libéralités ne se présument pas, et nous dirions, en conséquence, que le paiement doit être présumé jusqu'à preuve contraire. Toute personne intéressée pourrait démontrer qu'en réalité il n'y a pas paiement, mais plutôt remise de dette. Cette manière de voir qui paraît si

naturelle n'est pourtant pas admise par des auteurs du plus grand poids; ils se fondent sur les termes de l'art. 1283 « fait présumer *la remise de la dette ou le paiement*, » pour dire : le débiteur a le choix, suivant son intérêt, de déclarer que la remise du titre fait présumer soit le paiement, soit la remise de la dette. D'un autre côté, suivant ces mêmes auteurs, le créancier ou ses héritiers seraient admis à prouver que c'est à titre de remise et non de paiement qu'a eu lieu la délivrance du titre, et il faut en dire autant des créanciers de ce créancier qui voudraient intenter l'action Paulienne contre le débiteur libéré. Nous n'insisterons pas davantage sur cette question, qui ne rentre pas précisément dans le sujet de notre thèse (1).

La remise de la dette peut-elle se prouver par la preuve testimoniale? Nos anciens auteurs, même depuis l'Ordonnance de Moulins qui a substitué la preuve écrite à la preuve testimoniale, étaient tentés de dire que les paiements ou remises de dette, même pour sommes excédant 100 livres, pourraient être prouvés par la preuve testimoniale; et cela à raison de la faveur qui s'attache aux libérations. Cependant ils décidaient plutôt que la preuve par témoins n'était pas en général recevable, et c'est aussi l'opinion qui prévaut sans difficulté sous le Code Napoléon. Nous devrions l'admettre quand bien même l'obligation ne serait par elle-même prouvée par écrit (2).

Ce que nous avons dit sur la remise de la dette doit s'entendre avec certaines modifications de la remise de la solidarité, art. 1211 et 1212; cependant nous penserions ici que le créancier peut faire remise à un débiteur de la solidarité sans son consentement, sans qu'il soit besoin d'une convention dès que le débiteur a payé sa propre

(1) Aubry et Rau, § 323, page 145.

(2) Voir Danty sur Boiceau, *Traité de la preuve par témoins*, page 685 à 615; et Répertoire de Merlin, 1^o *Preuve*, section II, § 3, art. 1, n^o 7.

portion; car alors ce débiteur n'est plus qu'une sorte de caution pour ses codébiteurs, et il suffit au créancier de poursuivre ceux-ci et de s'en faire payer pour libérer le premier de la solidarité.

CHAPITRE IV

Des Renonciations en général au point de vue de la forme.

Ce que nous avons dit sur la remise de la dette abrégera de beaucoup le présent chapitre sur la forme des Renonciations en général au point de vue qui nous occupe. Les renonciations sont tantôt faites sans aucune pensée de libéralité, et alors elles n'ont rien de commun avec les donations, ou bien tantôt faites *in favorem*, c'est-à-dire pour gratifier celui qui doit en profiter. En fait la distinction peut être délicate, car la même renonciation, à un legs par exemple, peut être purement abdicative et pour s'exonérer des charges du legs, ou bien *in favorem*, pour gratifier l'héritier ou le colégataire.

Les auteurs sont d'accord pour décider que la renonciation même, faite *in favorem*, est affranchie des formes de la donation toutes les fois qu'elle ne suppose pas une convention comme la remise de la dette, et qu'elle est purement unilatérale. Ainsi, nous n'exigerons jamais, en pareil cas, l'observation des art. 931 et suivants, mais il est possible d'ailleurs que la loi ait exigé des formes spéciales qu'il faudra suivre; il en est ainsi de la renonciation à succession, art. 784, à communauté, 1457, de la renonciation de la femme à son hypothèque légale. (loi du 23 mars 1855, art. 9). De même les actes, portant renonciation à

des droits réels immobiliers, sont sujets à transcriptions, (loi du 23 mars 1855, art. 1, n° 2, et art. 2, n° 2).

Nous pouvons citer en sens inverse, comme offrant des exemples de renonciation exempte de toute forme, et pouvant avoir lieu, soit expressément, soit tacitement, l'art. 622 sur l'usufruit, 699 sur l'abandon du fonds servant par le propriétaire chargé d'entretenir la chose à l'usage de la servitude, 1338 (2^e alinéa) sur la renonciation aux moyens de nullité d'un contrat, 2180, n° 2, pour la renonciation à l'hypothèque.

Pour toutes ces sortes de renonciations, on se demande si elles requièrent l'acceptation du donataire qui doit en bénéficier. Cette question appartient au fond, plutôt qu'à la forme; car, en admettant que l'acceptation soit requise, elle est du moins affranchie de l'observation des art. 931 et suivants, elle nous échappe donc, et nous nous bornerons à dire qu'elle ne nous paraît pas susceptible d'une solution absolue. Ainsi, aux termes de l'art. 790, la renonciation à une succession peut toujours être rétractée par son auteur, tant que la succession n'a pas été acceptée par quelqu'autre successible.

Au contraire, si un usufruitier renonce à son droit, celui-ci, par sa propre impulsion, fait retour au nu-propriétaire sans qu'il y ait de sa part aucune manifestation de volonté, à son insu peut-on dire, et malgré lui (1). Mais nous devons, autant que possible, nous ranger du côté de la nécessité de l'acceptation, l'art. 403 du Code de Procédure nous fournit un argument lorsqu'il indique que le désistement doit être accepté.

(1) Voir Demolombe, Donations, t. III, n° 83 à 90, et Aubry et Rau, t. III, § 523, p. 142.

CHAPITRE V

L'art. 780 permet-il de faire une donation dispensée de formes?

L'art. 780 énumère les actes qui supposent nécessairement, chez le successible, intention d'accepter la succession. Après avoir mentionné la donation de ses droits successifs, faite soit à un étranger, soit à tous les cohéritiers ou à quelques uns d'entre eux, il continue ainsi : « il » en est de même de la renonciation même gratuite que » fait un des héritiers au profit d'un ou plusieurs de ses » cohéritiers. » Comme il faut toujours interpréter le sens des mots *secundum subjectam materiam*, suivant la matière où ils sont employés, nous devons en conclure qu'il s'agit ici d'une renonciation faite au greffe, non pas d'une manière générale et absolue, mais nommément au profit de tels ou tels cohéritiers. On pourrait dire qu'il y a là une offre de donation dispensée de la forme notariée et que l'acceptation de la succession par les cohéritiers avantagés vaudra acceptation de la donation, par la raison naturelle que toute acceptation est générale et comprend l'ensemble de la succession. Ce dernier point ne paraît pas contestable, mais le premier est bien difficile à admettre. On ne voit pas pourquoi la déclaration au greffe, qu'une renonciation est faite seulement au profit de tels ou tels successibles, vaudrait offre de donation à ceux-ci. L'art. 780 se borne à y voir la preuve de l'intention d'accepter chez le déclarant, et ne dit rien au-delà. Nous sommes donc portés à penser que ce prétendu renonçant s'il veut rendre effective sa volonté de donner, devra

en renouveler l'expression devant notaire, en présence et avec l'acceptation formelle de ceux de ses cohéritiers, qu'il veut avantager (1).

Mais ce n'est pas sous cette forme d'une renonciation au greffe, avec désignation d'une personne qui doit en profiter exclusivement, que notre hypothèse s'est présentée dans la pratique. Une première fois il s'agissait d'une renonciation faite par un cohéritier au profit d'un tiers et point au greffe. La cour de cassation, par arrêt du 17 août 1815 (2) rendu sous la présidence de M. Henrion de Pansey, a décidé qu'il y avait une véritable donation soumise aux formes ordinaires des art. 931 et suivants.

Mais, depuis, la véritable espèce s'est présentée devant le tribunal de Clamecy et la cour de Bourges. Des héritiers avaient renoncé au profit de leur cohéritière sans déclaration au greffe et même sans acte dressé à cette fin, plus tard ils se repentirent de leur générosité et lui firent procès. Leur renonciation méconnaissait et l'art. 784 et l'art. 931 disaient-ils : l'art. 784 en ce que la renonciation ne se présume pas et doit se faire par acte ou greffe, l'art. 931 parce que, s'ils n'ont pas valablement renoncé ils n'ont pu faire qu'une donation nulle pour absence de forme. Soit donc qu'on les considérât comme renonçants, soit qu'on les considérât comme donateurs, ils pouvaient toujours revenir sur ce qu'ils avaient fait.

A cette double et pressante argumentation on répondait au nom de la cohéritière avantagée que le texte de l'art. 780, en distinguant cette renonciation spéciale de la donation, a par là même entendu l'affranchir des formes des art. 931 et suivants. Dès lors ce n'est plus une renonciation soumise aux règles de l'art. 784, c'est une acceptation jointe

(1) Voir en ce sens Mourlon, Répétitions écrites, 6^me Edition, p. 106. — Marcadé, t. III, sur l'art. 781. — Demolombe, Successions, t. II, n° 442 bis. — Duranton, t. VI, n° 397.

(2) Sirey. I, page. 413. 1815.

à une libéralité *sul generis* et dispensée de formes ; autre chose, ajoutait-on, est le cas où la cession est faite à un étranger, et celui où elle est faite à un cohéritier, puisque celui-ci reçoit des biens dont il est déjà copropriétaire.

Cette argumentation bien qu'elle ne nous paraisse pas détruire le dilemme posé par l'opinion contraire a triomphé cependant même devant la chambre des requêtes de la cour de cassation qui rendit un arrêt de rejet, 15 novembre 1858, après un long délibéré sur les conclusions conformes de M. l'Avocat général Blanche, mais contrairement au sentiment visiblement exprimé de M. le conseiller Nicolas rapporteur. « Attendu, dit l'arrêt, que la renon-
» ciation dont parle l'art. 784 du Code et qui doit être
» faite au greffe du tribunal de l'ouverture de la succession
» est celle qui est absolue et qui rend le renonçant étran-
» ger à l'hérédité; que cet article ne pouvait recevoir
» d'application dans l'espèce où la renonciation a été
» faite par les héritiers Faubart au profit d'Henriette
» Faubart leur sœur, renonciation qui aux termes de l'art.
» 780 même code emportait acceptation de la succession ;
» Attendu que, en admettant au même titre que la do-
» nation, vente ou transport, la renonciation gratuite de
» l'un des héritiers au profit d'un ou plusieurs de ses co-
» héritiers, la loi n'en a pas déterminé la forme et notam-
» ment ne l'a pas soumise aux règles et conditions des ac-
» tes portant donation entre-vifs; que dès-lors elle reste
» quant à la preuve dans les termes du droit commun etc...
» rejette (1). »

Il résulte de cet arrêt : 1° que la renonciation d'un héritier au profit d'un autre n'a pas besoin d'être faite au greffe ; 2° qu'elle n'est pas soumise aux formes de la donation de droits successifs bien qu'elle soit au fond la même chose. Nous croyons pouvoir dire que la première au moins

(1) Voir *Sirey*, 1859. I. 14.

de ces dispositions est contredite par le texte même de l'art. 780 et que, dans ce texte, le mot renonciation a son sens habituel en matière de succession. En effet, le numéro 2 de l'art. 780 n'est qu'un pléonasme dans la doctrine de la Cour de cassation, puisque l'hypothèse de la cession gratuite en dehors d'un acte au greffe est déjà prévue dans le n° 1; de plus, le n° 3 du même article nous paraît prévoir évidemment une renonciation ordinaire faite au greffe mais moyennant une rémunération qui a pu être payée ou qui le sera en dehors de l'acte. Et alors comment admettre que le même mot renonciation ait deux acceptions différentes dans le même article; comment admettre surtout qu'il n'y ait pas sa valeur ordinaire en matière de successions, lorsque cet article est placé sous la rubrique de l'acceptation et de la répudiation des successions?

En conséquence, nous estimons que la doctrine de la Cour de cassation est beaucoup trop large et qu'il faut choisir entre ces deux solutions: ou bien, exiger au moins l'acte au greffe, et lui faire produire, au profit du cohéritier avantage, l'effet d'un acte d'offre de donation; ou bien, déclarer, comme nous l'avons fait plus haut, et comme nous sommes disposé à le maintenir, qu'il faut, pour investir le cohéritier avantage, l'observation des formes des art. 931 et suiv. tout comme la Cour de cassation l'exige, quand la cession est faite par le cohéritier acceptant à un tiers étranger à la succession.

CHAPITRE VI.

Des libéralités qui consistent dans la création d'une obligation.

Nous avons déjà vu une pareille donation, dispensée de forme, c'est le cas d'expromission. Mais la novation, par changement de créancier, peut également

renfermer une pareille libéralité. Primus est créancier de Secundus, et il délègue celui-ci à Tertius sans être son débiteur. C'est le cas prévu par l'art. 1271 n° 2.

« Lorsque par l'effet d'un nouvel engagement, un nouveau créancier est substitué à l'ancien, envers lequel le débiteur se trouve déchargé. » Sans doute, dans la pratique, à peu près toujours, le déléguant est le débiteur du délégataire, et c'est pour être libéré envers lui qu'il lui procure l'obligation du délégué. Mais cela n'est pas indispensable, et s'il en est autrement, le déléguant sera le donateur du délégataire. La loi n'ayant exigé aucune forme spéciale pour cette délégation, nous sommes en droit de conclure que cette donation est dispensée des formalités ordinaires.

Le contrat de cautionnement offre encore l'exemple d'une pareille libéralité. Le plus souvent, la caution ne se fait pas payer son intervention, et elle agit dans un esprit de générosité. Mais il est vrai que ce n'est pas là à proprement parler une donation, c'est plutôt un service, comme le prêt gratuit; car la caution, si elle est obligée de payer, aura recours contre le débiteur et n'entend pas du tout lui faire don des sommes qu'elle sera forcée d'avancer pour lui. En réalité, elle ne donne que son obligation, qui est pécuniairement inestimable, tant que les événements n'ont pas démontré que le débiteur est insolvable en tout ou en partie.

Nous examinerons plus loin la question de savoir s'il est possible de déguiser une donation sous l'apparence d'une obligation créée directement entre le donateur et le donataire.

CHAPITRE VII.

De la libéralité qui consiste à empêcher la naissance d'une obligation.

Les paiements pour autrui et l'expromission nous ont encore offert un exemple de pareilles libéralités. De deux choses l'une, en effet : ou bien, celui, qui a ainsi payé ou promis pour un autre, l'a fait avec l'arrière-pensée de se faire rembourser, et alors il est simplement et suivant les cas, le mandataire et le gérant d'affaires du débiteur ; ou bien, c'est par esprit de générosité, *animo donandi*, qu'il a payé ou qu'il a promis, et alors nous croyons avec la majorité des jurisconsultes romains que ce tiers serait dépourvu d'action contre le débiteur. Celui-ci recevrait donc une libéralité dispensée de formes et non sujette à son acceptation (1). Si cependant cet état de choses répugnait à sa délicatesse, il pourrait protester contre la libéralité forcée dont il est l'objet, en consignait la somme due après l'avoir offerte à celui qui l'a libéré.

Un pareil résultat peut se produire dans toutes les hypothèses de gestion d'affaires, si le gérant s'est immiscé *animo donandi*. Nous pouvons citer, comme exemple, le cas où un parent se chargerait gratuitement de l'entre-

(1) On pourrait dire, il est vrai, que la libéralité s'adresse au créancier et non pas au débiteur, en ce sens que le tiers a voulu débarrasser le créancier d'un mauvais débiteur, et prendre pour lui les risques de son insolvabilité. S'il en était ainsi, il y aurait encore donation dispensée de formes, le donataire seul serait changé.

tion d'un enfant mineur. Si, plus tard, par une sorte de repentir, le père du mineur était actionné en paiement de la pension arriérée, il aurait le droit de s'y refuser, en disant qu'il a été l'objet d'une donation dispensée de formes, donation qui a consisté justement en ce que l'obligation de payer cette pension n'est pas née.

Mais comment prouver cet *animus donandi*? Par tous les moyens possibles, pensons-nous, même par la preuve testimoniale au-delà de cent cinquante francs. Cette décision n'est pas contraire à cette autre, que les libérations ne peuvent être prouvées par témoins. En effet, il ne s'agit pas ici de prouver qu'une obligation a cessé d'exister; on prétend, au contraire, qu'elle n'a jamais existé. Si donc, le demandeur prouve la gestion d'affaires, le défendeur fera entendre des témoins pour montrer qu'en réalité elle n'a pas produit d'obligation, vu l'intention du gérant. Il est de principe, dans l'admission de la preuve testimoniale, que le caractère particulier d'un fait juridique puisse être établi par témoins, car il est évident qu'on n'a pu se procurer à cet égard une preuve écrite, art. 1348.

Tout ce que nous venons de dire s'appliquerait aussi au cas où le donateur ferait sur le terrain du donataire, et en son nom, des constructions ou des plantations *animo donandi*.

« Ce sont là des donations sans doute; Furgole disait
» qu'elles dérivent de la destination, et il ajoutait aussi
» qu'elles n'étaient pas soumises aux formalités de l'Or-
» donnance (1). »

(1) Demolombe, Donations, t. III, n° 95, p. 95.

CHAPITRE VIII

De la donation manuelle.

C'est celle qui s'effectue par la remise même de la chose donnée lorsqu'elle consiste dans une somme d'argent, un meuble, etc.... Elle était reconnue valable dans notre ancien droit, sous le nom de donation de la main à la main, ou donation de main chaude, et cela, malgré l'art. 1 de l'Ordonnance de 1731, parce que, disait-on, cet article ne visait que les donations faites par actes, et la donation manuelle se fait sans acte. Les rédacteurs du Code en ont, pense-t-on, également admis la validité en reproduisant dans l'art. 931 les termes mêmes de l'art. 1 de l'Ordonnance, et le tribun Jaubert a dit : « Les dons manuels ne » sont susceptibles d'aucunes formes, il n'y a là d'autre » règle que la tradition, sauf néanmoins la réduction et le » rapport dans les cas de droit (1). »

Enfin les commentateurs ajoutent que les art. 852 et 858 supposent le don manuel. L'art. 852 affranchit du rapport les frais de nourriture, d'entretien, etc..., les frais de noces et présents d'usage, et on raisonne ainsi : puisque la loi en parle, c'est que ces diverses dépenses constituent des donations valables qui ont pourtant été faites de la main à la main. Ceci n'est pas très concluant parce qu'on pourrait répondre que ces diverses dépenses ne sont justement pas des donations dans le véritable sens du mot, car elles ne réunissent pas les trois caractères que nous leur avons recon-

(1) Loqué, *Législation civile*, t. XI, p. 459.

nus, tant en droit romain qu'en droit français, appauvrissement du donateur, enrichissement du donataire et intention chez l'un de s'appauvrir, chez l'autre, d'être enrichi. Nous n'avons pas besoin de faire observer, en effet, que nous n'avons pas à considérer même comme don manuel les menus cadeaux qui se prennent sur les revenus, font partie des dépenses ordinaires et sont inspirés, soit par la charité, soit par la politesse des mœurs. Ce sont là des choses plutôt de fait que de droit, et desquelles le juriconsulte n'aurait à connaître que s'il y avait excès.

L'art. 808 fournit un argument plus sérieux à la validité du don manuel. Il suppose qu'une donation de meubles est sujette à rapport, et il décide qu'on prendra pour base l'état estimatif annexé à l'acte, ou, à défaut de cet état, une estimation par experts. D'où il résulte que la donation de meubles peut avoir lieu sans l'état estimatif et au mépris de l'art. 918; ces mots seraient ainsi allusion à la donation manuelle. Il ne serait pas impossible d'expliquer autrement cette partie de l'article. On pourrait d'abord supposer que l'état a disparu des minutes du notaire, ou bien qu'il s'agit d'une de ces donations faites par acte, mais auxquelles nous avons vu que l'état ne saurait s'appliquer, comme la donation par une femme de ses reprises mobilières. On pourrait encore admettre l'opinion que nous avons examinée plus haut, d'après laquelle l'état ne serait pas indispensable toutes les fois que la tradition s'opèrerait en même temps que l'acte serait rédigé.

Ainsi, ces deux articles ne prouvent pas absolument la validité du don manuel.

M. Demolombe pense encore l'établir en disant, que la tradition est une manière de transporter la propriété, et qu'on ne voit pas pourquoi la personne qui reçoit d'un donateur un meuble, avec intention de l'acquérir, n'en deviendrait pas propriétaire. Cette tradition, dit-il encore, « satisfait pleinement aux conditions essentielles de la » donation entre-vifs; le donateur, en effet, ayant exécuté

• la donation, se trouve dessaisi actuellement et irrévocablement ; et le donataire saisi, n'ayant dès lors aucune action à exercer contre le donateur, n'a pas besoin d'un acte destiné à prouver contre lui l'existence de la donation (1). • Nous nous trompons, sans doute, mais il nous semble que cette argumentation ne prouve rien à force de trop prouver. La tradition transporte tout aussi bien la propriété des immeubles que celle des meubles ; le plus souvent même, elle n'est pas nécessaire, puisque la simple convention a déjà opéré le transport. Le donataire d'un immeuble, quand il en a obtenu délivrance, n'aurait, lui aussi, aucune action à exercer contre le donateur, actuellement et irrévocablement dépouillé. Il est vrai que le donateur aurait pu conserver les titres et revendiquer, et qu'alors le donataire serait réduit à lui dévérer le serment s'il n'avait un acte de transmission ; mais ceci n'est qu'une question de preuve et d'ailleurs la tradition ne serait pas complète si les titres avaient été retenus. Cette raison est donc encore insuffisante pour légitimer la validité du don manuel.

M. Demolombe essaie encore de la fonder sur l'art. 2279 et sur la maxime « en fait de meubles, possession vaut titre, » mais il va lui-même au-devant de la réfutation en faisant remarquer que cet article n'a pas été fait pour régler les relations du possesseur, avec celui-là même qui lui a transmis ; il règle celles de ce possesseur avec les tiers qui prétendraient avoir des droits sur l'immeuble (2).

Ainsi, aucune disposition de notre Code n'implique nécessairement la validité du don manuel ; si elle est admise, c'est uniquement par l'effet d'une vieille tradition et parce que la pratique le trouve commode ; mais, si nous ne nous

(1) Demolombe, traité des Donations et des Testaments, t. 3, p. 52.

(2) Demol., loc. cit.

trompons, la jurisprudence moderne aurait dû réagir et faire maintenir les vrais principes, la nécessité de l'acte et de l'état estimatif. Nous comprenons à merveille que nos anciens auteurs aient laissé faire, en présence de la modicité de la fortune mobilière, et même, Furgole et Daguesseau sembleraient restreindre le don manuel à des meubles ou à des sommes de peu d'importance (1), c'est-à-dire à ces simples cadeaux, que nous montrions tout à l'heure n'être pas des donations. Mais, aujourd'hui, avec l'importance énorme qu'ont prises les valeurs au porteur, n'est-il pas triste de voir la jurisprudence se laisser aller aux exigences d'une pratique illégale ! Le Code édicte certaines formalités pour assurer l'indépendance du donateur et ménager les droits de la famille ; à côté de cela, les tribunaux valident les donations les plus considérables, faites en secret, en un tour de main, les plus dangereuses enfin !

Dira-t-on, comme l'insinue M. Demolombe, que de graves difficultés pratiques surgiraient d'une intervention du législateur ou d'un revirement de la jurisprudence ? Nous n'en sommes pas convaincus, ou plutôt, nous pensons que ces difficultés existent quant à présent et ne seraient pas aggravées. Elles se rattachent, en effet, à la preuve trop souvent impossible du don manuel, mais cette impossibilité est la même qu'il s'agisse de faire annuler le don manuel comme nous le voudrions, ou de lui appliquer les règles de la révocation, du rapport, de la réduction etc... Le problème est toujours le même, il n'y a que le résultat de changé et, en présence de faits insaisissables, nous sommes réduits à dire avec le jurisconsulte romain, *non jus deficit sed probatio*. Qu'on nous permette un exemple : un père de famille jouissant

(1) Furgole, sur l'art. 1 de l'Ordonnance de 1751. — Daguesseau, lettre 290, t. IX, p. 361.

de grands revenus, vit avec celui de ses enfants qu'il veut avantager et lui transmet tous les ans ses économies; lorsqu'il mourra, comment les autres enfants pourront-ils prouver la quotité de ces dons très considérables pour peu que leur frère ait pris la précaution élémentaire de placer les sommes reçues en titres au porteur. N'est-il pas évident que la preuve leur manque, aussi bien pour faire réduire ces dons à la quotité disponible, que pour les faire entièrement annuler?

En résumé, en l'état de choses actuel, nous préférierions une jurisprudence, ou, s'il le faut, une loi qui prononcerait la nullité complète des dons manuels pour vices de formes. Cela n'empêcherait en rien les *cadeaux*, desquels on dit qu'ils entretiennent l'amitié, ni les dispositions sur les revenus au profit de tel ou tel enfant, en tant qu'elles ne réuniraient pas les trois conditions de la donation. Nous n'admettrions même pas, comme le proposait Cambacérès, un *maximum* de 2,000 fr., au delà duquel le cadeau serait réputé donation (1), mais nous laisserions les tribunaux seuls juges de la question qui se résoudrait suivant les circonstances de fortune et de position, tout comme ils jugent aujourd'hui des donations rémunératoires et cadeaux que peut faire un homme sur les biens qu'il a déjà donnés par institution contractuelle, art. 1089.

Nous éviterions ainsi l'une des anomalies les plus choquantes et les plus dangereuses que présente l'état de choses actuel dans la matière des donations.

Nous pourrions nous arrêter ici dans l'examen du don manuel, puisque les questions de formes nous préoccupent seules, et nous borner à dire que ce genre de donations obéit d'ailleurs aux règles de fond sur la nécessité du consentement, la capacité des parties, etc... Mais il nous semble que nous devons au moins énumérer rapidement

(1) Fenet, tome I, page 271.

quelles choses peuvent être l'objet d'un don manuel, afin de préciser cette dispense de formes.

Peuvent être l'objet d'un don manuel toutes les choses mobilières, ou pour parler le langage du Droit romain toutes les choses mobilières corporelles, *omnia quæ tangi possunt*, parce que, seules, elles sont susceptibles de transport par tradition. Ainsi l'argent, les denrées, les meubles meublants, tous les meubles par nature, en un mot, désignés par l'art. 528, peuvent faire l'objet du don manuel, quelle que soient leur importance et leur valeur.

Au contraire, les meubles par la détermination de la loi, ce que les Romains appelaient les choses incorporelles, *quæ in jure consistunt*, ne peuvent être transmis de la main à la main, parce que, dit-on, ils ne sont pas susceptibles d'une possession véritable; ainsi les créances, les actions nominales des Compagnies de finance ou d'industrie, les rentes nominales sur l'état, etc...

On a cependant objecté, quant aux créances, que les art. 1607 et 1689, déclarent que la tradition s'en fait par la remise des titres, mais on répond que ce n'est là que l'exécution de la convention préexistante de cession, convention qui, faite à titre gratuit, doit obéir aux formalités des articles 931 et suivants, et on ajoute, ce qui nous paraît plus concluant, que la créance ne consiste pas dans le titre, celui-ci n'étant qu'un instrument de preuve, en sorte que celui qui détient un titre de créance n'est pas pour cela créancier (1).

On a aussi invoqué contre notre opinion les art. 1232, 1283 du Code Napoléon, d'après lesquels la remise de la dette résulte au profit du débiteur de la remise volontaire du titre par le créancier. Nous avons répondu par avance en expliquant ces articles par la faveur des libérations,

(1) En ce sens, Metz, 14 juillet 1818. — Requête, 1 février 1812. — En sens contraire : Trèves, 16 décembre 1807. — Voir aussi Dalloz, Répertoire, dispositions entre-vifs et testamentaires, n° 717 et suivants.

motif qui ne se trouve plus dans la cession à titre gratuit, qui change le créancier sans affranchir le débiteur.

Ainsi, pour une pareille cession, nous requérons, quant à présent, l'observation des formes ordinaires des donations, nous réservant d'examiner plus loin la question de savoir si on peut déguiser une cession gratuite sous l'apparence d'une cession à titre onéreux.

Les rentes sur l'Etat, bien que ne pouvant être transmises par la simple tradition, échappent cependant aux règles de forme des donations; il suffira d'opérer le transfert au nom du nouveau titulaire dans les formes de la loi de Floréal an VII. Il faut en dire autant des actions de la Banque de France et des actions nominatives de Chemin de fer. Cela tient à ce que les lois spéciales n'ont organisé qu'un seul mode de transport de ces diverses valeurs, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux.

Pour les effets de commerce, lettres de change ou billets à ordre, l'art. 133 Code de Commerce, déclare que la propriété s'en transmet par la voie de l'endossement et l'art. 137 exige qu'il exprime la valeur fournie. De là résultent deux propositions, l'une que la simple tradition du papier ne peut en transporter la propriété et changer le porteur; l'autre, que le législateur n'en a prévu que la transmission à titre onéreux. Donc un endossement causé valeur en don, ne transporterait pas la propriété d'une lettre de change ou d'un billet à ordre, et il faudrait régulièrement un acte de donation ordinaire accompagnant le billet. Mais, la pratique admettant la validité des donations déguisées sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux, comme nous le verrons plus loin, le donateur se tirerait d'affaire par un mensonge en faisant un endossement régulier mentionnant comme reçue une valeur qui n'a pas été remise.

Nous devons dire cependant que la Cour de Paris, par arrêt du 6 mai 1815, a validé la transmission d'une lettre de change par un endossement ainsi conçu : « Passé à

» l'ordre de la demoiselle Massot à laquelle je fais don du
» montant du billet d'autre part. » De plus, la Chambre des
Requêtes, par arrêt du 25 janvier 1832, a admis le trans-
port de la propriété d'un effet de commerce par un endos-
sement irrégulier comme ne contenant pas la valeur
fournie, si l'endosseur a, par un acte séparé, comme une
lettre missive, manifesté l'intention de donner (1). Ces
deux décisions nous paraissent très sujettes à critique, car
elles violent l'art. 138 du Code de Commerce aux termes
duquel l'endossement irrégulier n'opère pas le transport
et ne vaut que comme procuration.

Nous considérerions aussi comme un simple mandataire
le porteur d'un endossement en blanc quand bien même
il résulterait des circonstances que le propriétaire du titre
a entendu en faire donation. Cette doctrine nous plaît
d'autant plus que nous sommes portés à restreindre le
champ déjà beaucoup trop large des donations manuelles.
La doctrine et la Jurisprudence sont d'ailleurs assez par-
tagées sur cette question (2).

Il y a cependant des meubles par la détermination de
la loi, des meubles incorporels, pour parler le langage
reçu, qui peuvent être donnés de la main à la main parce
que le droit est ici, en quelque sorte, inséparable du titre
qui le constate. Ce sont les valeurs au porteur comme
billets de banque, obligations de chemin de fer, rentes sur
l'État au porteur, etc. (3).

On s'est demandé si on pourrait, par le moyen du don
manuel, se borner à gratifier le donataire de l'usufruit, ou
de la nu-propriété de titres au porteur. Il semble bien que
non, puisque toute la validité du don manuel tient juste-

(1) Voir pour ces deux arrêts Dalloz, *Loc. citato*, n° 1625.

(2) Voir dans les deux sens, Dalloz, dispositions entre-vifs et testa-
mentaires n° 1628 à 1635.

(3) Requêtes, 6 février 1844, 23 mai 1822, 1^{er} février 1842, Paris, 8
décembre 1851.

ment à l'énergie de la possession des choses mobilières, à la situation de propriétaire qu'elle crée ; cependant des arrêts ont paru admettre, en fait et d'après les circonstances de la cause, de semblables situations juridiques. (Voir Paris, 8 décembre 1851. Requêtes, 6 février 1844. Dalloz, loco citato, n° 1637 et 1638.)

Un manuscrit peut être donné de la main à la main en tant qu'objet mobilier, mais on se demande si cette donation entraîne celle de la propriété littéraire, du droit de publication. C'est, dit-on, une question de fait laissée à l'appréciation des tribunaux qui auront à examiner si l'œuvre même a été donnée, ou seulement un autographe considéré comme un exemplaire particulièrement précieux de l'ouvrage demeuré d'ailleurs la propriété de son auteur (1).

Enfin, nous avons encore une question à examiner relativement au don manuel, celle de savoir si une donation d'objets mobiliers, faite en vertu d'un acte nul, pourrait valoir comme donation manuelle par la tradition des objets. On pourrait dire que le vice du titre rend la tradition elle-même inefficace et suivre le vieil adage : *melius est non habere titulum quam habere vitiosum*. L'art. 1339 viendrait à l'appui de cette solution, puisqu'il ne permet au donateur de ratifier par aucune exécution un acte vicieux. En sens contraire, il suffirait de faire abstraction complète de cet acte, de le laisser de côté, et on dirait que le don manuel se soutient à lui tout seul, et demeure valable indépendamment de cet acte. MM. Demolombe, Dalloz et d'autres auteurs pensent que ces deux opinions sont également fondées et qu'il y a lieu de dis-

(1) Cependant MM. Aubry et Rau pensent que la propriété littéraire étant éminemment incorporelle, résiste à toute idée de transmission manuelle « puisque une transmission de cette nature suppose la possibilité « d'une possession matérielle de l'objet même auquel s'applique le droit « propriété. » (Aubry et Rau, tome V, § 659, texte et note 21. p. 480.)

tinguer. Ou bien la tradition des meubles auxquels se rapporte l'acte imparfait sera l'exécution de cet acte lui-même à la suite, par exemple, d'une sommation faite par le donataire, et alors cette exécution ne couvrira pas la nullité de l'acte, et nous appliquerons l'art. 1339.

Ou bien, il appert des circonstances que le donateur, édifié sur la nullité de l'acte, a entendu par la tradition refaire la donation *en la forme légale*, comme dit l'art. 1339, et alors nous aurons un don manuel valable (1).

Nous avons supposé jusqu'ici le don manuel réalisé entre le donateur et le donataire, mais il est possible et il arrive fréquemment qu'il s'effectue par l'entremise d'un tiers chargé de remettre les objets aux personnes que le donateur veut gratifier. Au point de vue de la forme cette hypothèse ne nous offre rien de particulier; au fond, elle a donné lieu à une question très débattue, celle de savoir si le tiers peut remettre les objets au donataire même après le décès du donateur. Ceci est en dehors de notre sujet et nous nous bornons à dire que le mandat du tiers nous paraît devoir cesser par la mort du mandant suivant la règle générale de l'art. 2007 (2).

Celui qui voudra prouver un don manuel, sera tenu, d'après les explications qui précèdent, d'établir le fait matériel de la tradition et la double intention du donateur et du donataire de donner et de recevoir. Ces preuves se feront suivant les règles ordinaires, les témoins ne pourront être entendus au-delà de 150 fr., sauf les exceptions ordinaires, comme le cas d'un commencement de preuve par écrit. Le demandeur sera donc le plus souvent dans une situation très précaire et il recourra à l'aveu du défendeur. Si celui-ci déclare qu'il a reçu la chose, mais à

(1) Voir Dalloz, Dispositions entre-vifs et testamentaires n° 1610, et Demolombe, traité des donations entre-vifs, tome III, n° 75, p. 73.

(2) Voir Aubry et Rau, tome V, § 659, texte et note 17, p. 479,

titre de don manuel, il a été jugé que ses déclarations « forment un aveu indivisible qu'on ne peut, à moins de représentation d'un commencement de preuve par écrit, contredire dans aucune de ses parties ni par des présomptions ni par la preuve testimoniale (1). »

CHAPITRE IX

Des libéralités appelées par la loi : Avantages indirects.

L'art. 853 du Code Napoléon, s'occupant des rapports à succession, parle des profits que l'héritier a pu retirer de conventions passées avec le défunt, dans le cas où ces conventions ne présentaient aucun avantage indirect lorsqu'elles ont été faites, et, comme dans cette hypothèse, il les affranchit du rapport, on est porté à en conclure qu'il les y soumettrait au cas d'avantage indirect. Il y aurait donc alors une véritable donation quant au fond, mais affranchie des conditions ordinaires de formes. Ceci n'a rien de surprenant ; quand bien même on s'écarterait de la jurisprudence, et qu'on n'admettrait pas la validité des donations déguisées sous l'apparence de contrats à titre onéreux, il faudrait admettre celle des avantages indirects au sens où nous prenons ici ce mot. En effet, quelle est l'hypothèse : celle, par exemple, de la vente d'un immeuble de 40,000 fr. moyennant 30,000. On est en droit de dire qu'il y a ce que les Romains appelaient le *negotium mixtum cum donatione*, et que le contrat à titre onéreux entraîne par sa prépondérance la validité de l'avantage indirect,

(1) Dalloz, dispos. entre-vifs et test. n° 1652, Paris, 20 février 1852.

major pars ad se trahit minorem. Du reste, nous pouvons argumenter par analogie du cas prévu par l'art. 1121: il permet formellement dans une vente faite par soi-même d'offrir un avantage à un tiers. Pourquoi le vendeur ne pourrait-il pas offrir ce même avantage à l'acheteur lui-même qui l'accepterait par la signature de l'acte? Nous sommes donc en droit de persister dans notre manière de voir sur l'interprétation à *contrario* que nous avons donnée de l'art. 853.

Mais nous devons faire observer que ce cas de l'avantage indirect suppose dans le contrat à titre onéreux une libéralité qui ne soit ni trop insignifiante, ni trop grande: trop insignifiante, elle ne serait que le bénéfice naturel que chacun peut espérer d'un contrat à titre onéreux; trop grande, elle détruirait la qualification du contrat, ce ne serait plus un avantage indirect confondu dans un contrat à titre onéreux, ce serait simplement une donation déguisée sous l'apparence d'un pareil contrat.

Ce que la loi dit d'une manière générale dans l'art. 853, elle le précise pour les contrats de Société dans l'art. 851. Il est vrai que, peut-être, par un misérable intérêt de style, le législateur n'emploie plus la même expression et il qualifie d'association faite *sans fraude* celle qui ne présente pas ce que nous appelons un avantage indirect. Les autres seraient donc faites avec fraude, et en quelque sorte en violation de la loi, par cela seul que l'un des associés aurait obtenu des avantages que tous les contractants s'accordaient à considérer comme ne lui étant pas entièrement dûs. Mais, comment ce que la loi autorise formellement dans l'art. 1121, implicitement dans l'art. 853, serait-il une fraude dans l'art. 851 et pour le contrat de Société? Cela ne nous paraît pas admissible, et répétons-le, nous ne devons pas nous émouvoir de cette expression échappée au législateur, d'autant plus que le mot *pareillement* placé en tête de l'art. 851 nous révèle une identité de pensée avec le précédent.

L'expression *Avantage indirect* se retrouve encore dans l'art. 1595 qui prohibe absolument la vente entre époux et même la *datio in solutum* dans la plupart des cas. Il la permet, par exception, dans trois hypothèses. « sauf, ajoute-t-il, les droits des héritiers des parties contractantes s'il y a avantage indirect. » Voici bien encore l'acte onéreux mêlé de donation, le *negotium mixtum cum donatione*. Le mari a offert, par exemple, à sa femme un de ses propres immeubles en remploi d'un propre aliéné, et le nouvel immeuble vaut notoirement 10,000 fr. de plus que l'ancien. Nous pensons que cette libéralité serait parfaitement valable malgré l'absence de formes, s'il n'y avait ici, pour certains auteurs, une cause spéciale de nullité. Ils pensent que les règles sur la révocabilité essentielle des donations entre époux ne permettent pas de valider cet avantage indirect, et que tous les héritiers même non réservataires de l'époux donataire en pourront faire prononcer l'annulation par application du second alinéa de l'art. 1099 ainsi conçu : « Toute donation » ou *déguisée*, ou faite à personnes interposées, sera » nulle. »

Mais nous nous refusons à croire que la loi voie ici une donation déguisée, c'est-à-dire une libéralité qu'elle n'a pas prévu directement, et les explications qui précèdent sur l'avantage indirect nous paraissent le démontrer suffisamment. Nous aimons mieux dire que cette hypothèse rentrerait tout au plus dans le premier alinéa du même art. 1099 : « Les époux ne pourront se donner *indirectement* au-delà de ce qui leur est permis par les dispositions ci-dessus. » Ainsi, l'avantage indirect qui nous occupe serait donc valable même entre époux sauf, bien entendu, à permettre au donateur de le révoquer en demandant à son conjoint le supplément du prix ; et alors, si cette révocation n'était pas intervenue, les héritiers réservataires seuls de cet époux donateur pourraient critiquer l'avantage en tant qu'il excéderait la quotité disponible.

Pour ces *avantages indirects*, nous avons jusqu'ici adopté l'hypothèse la plus simple, celle dans laquelle le prix est insuffisant, quoique sérieux. Mais, en prenant toujours la vente comme type, d'autres espèces peuvent se présenter. Ainsi, Primus vend à Secundus son immeuble 60,000 fr. et déclare lui faire remise de 20,000 fr. Ici encore, la libéralité est visible comme tout à l'heure, ostensible, il y a donc avantage indirect, mais non déguisé (1), et nous pensons que cette donation est parfaitement valable.

Mais il se peut que Primus vende son immeuble 60,000 fr. touche seulement 40,000 fr. du prix et donne quittance du prix total dans l'acte de vente. En ce cas il n'y a plus avantage indirect, ce nous semble, mais bien donation dissimulée, déguisée. On a voulu commettre une fraude et éluder, sinon les règles de forme, tout au moins les règles de fond des donations. Comme la jurisprudence admet, ainsi que nous le verrons bientôt, la validité de toute donation déguisée sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux, il n'est pas douteux que celle-ci trouverait grâce devant elle. Mais nous sommes surpris que des auteurs du plus grands poids la déclarent valable tout en se prononçant contre l'opinion reçue sur les donations déguisées. Les arguments que nous ferons valoir, les dangers que nous signalerons, la fraude commise, tout se retrouve ici. Que faire de l'acte, si on annule la donation? On pourrait dire, ce nous semble, que l'acte se soutient comme vente, mais que l'acheteur doit le surplus du prix dont il a été mensongèrement libéré, sauf au vendeur à lui en refaire donation, mais cette fois, en la forme légale, art. 1320. Nous n'insistons du reste pas sur ce point, car ce serait presque oiseux en présence de la jurisprudence que nous allons tout à l'heure étudier (2).

(1) Voir Vernet, *Revue pratique*, 1865, tome 15, page 100.

(2) Voir Demolombe, *Donations*, t. III, n° 98, p. 93 et 96. Vernet, *quotité disponible*, p. 447.

CHAPITRE X

Des libéralités qui sont tantôt traitées comme telles par la loi, tantôt considérées comme avantages à titre onéreux.

Nous voulons parler, sous cette rubrique, de certaines conventions que les époux peuvent faire dans leur contrat de mariage. Elles sont de diverse nature; c'est peut-être l'adoption du régime qui favorise l'un des époux en lui donnant une partie de la fortune de son conjoint, ce qui arriverait, par exemple, si une jeune fille n'ayant que des meubles épousait un jeune homme qui n'aurait que des immeubles. Cette libéralité serait dispensée des formes dans la même mesure que toutes celles qui se font par contrat de mariage, si les époux allaient effectivement chez le notaire. Mais elle en serait absolument dispensée si les époux se mariaient sans contrat, puisque la communauté est le régime de droit commun, art. 1393. Nous aurions alors, chose assez bizarre, une donation tacite; l'offre du donateur et l'acceptation du donataire résulteraient de la célébration du mariage devant l'officier de l'état civil.

Dans le même ordre d'idées se classent les conventions de mariage relatives aux gains de survie stipulés entre époux dans les contrats de mariage, et à cet égard l'art. 1516 dit : « le préciput n'est point regardé comme un avantage sujet aux formalités des donations, mais comme une convention de mariage. » Ainsi, la clause qui permet au survivant des époux de prélever telle somme sur l'actif de la communauté avant partage n'est pas, dit la loi, sujette

aux formalités des donations. De même, s'il est dit que toute la communauté appartiendra au survivant, déduction faite des apports du prédécédé, l'art. 1525 déclare que « cette stipulation n'est point réputée un avantage sujet » aux règles relatives aux donations soit quant au fond, » soit quant à la forme, mais simplement une convention » de mariage et entre associés. »

Si nous parlons de la forme, ce qui est spécialement l'objet de ce travail, il nous sera difficile de trouver en quoi ces avantages en seront exonérés par les art. 1516 et 1525. En effet, ce sont là des clauses du contrat de mariage reçu par un notaire et il n'y a d'autre immunité que celle de la solennité de l'acceptation et de la présence réelle des témoins à la lecture de l'acte, immunité commune à toutes les donations par contrat de mariage. Force nous est donc de signaler une inadvertance ou tout au moins un pléonasme de la part du législateur, lorsqu'il parle d'une dispense de formes dans les art. 1516 et 1525.

Si nous passons au fond, qu'à vrai dire nous pourrions laisser de côté, nous trouvons au contraire que tous ces avantages, soit qu'ils résultent de l'adoption du régime, soit qu'ils consistent en un gain de survie, sont affranchis des règles des donations et considérés comme de pures stipulations à titre onéreux. Les héritiers réservataires ne pourront pas les critiquer si énormes qu'ils soient. Ainsi, les ascendants de l'époux dépouillé sont sacrifiés sans pitié; quant aux enfants, on leur laisse espérer qu'ils retrouveront chez le dernier mourant de leurs auteurs cette partie de la fortune qui leur échappe dans la succession du prédécédé.

Mais ce raisonnement ne pouvait pas s'appliquer aux enfants qu'aurait eus d'un premier lit l'époux, que son contrat de mariage dépouille au profit de son conjoint; aussi les art. 1496 et 1527 ont-ils réservé leurs droits. Tous ces mêmes avantages résultant de l'adoption du régime ou d'une clause spéciale seront considérés, quant

à eux, comme de véritables libéralités sujettes aux règles de fond des donations et ils pourront les faire réduire aux proportions de la quotité disponible, telle qu'elle est restreinte par l'art 1098. Nous avons donc trouvé, suivant notre titre, des libéralités traitées, tantôt comme conventions à titre onéreux, tantôt comme donations avec des questions de forme rentrant dans l'objet de cette thèse.

CHAPITRE XI.

Des donations faites sous le couvert de contrats à titre onéreux.

Nous avons vu plus haut, que, de certains articles du Code, résulte la faculté de combiner accessoirement la donation avec un contrat à titre onéreux, et nous avons trouvé fort légitime cette exception aux règles ordinaires sur la forme des donations. En effet, le principe de la liberté des conventions la commandait, car, comme on ne pouvait éviter tout mélange de libéralité dans les contrats à titre onéreux, il était préférable d'affranchir en ce cas la donation des formes, que d'y assujettir l'autre contrat. Nous allons maintenant nous placer dans une série d'autres espèces, celles dans lesquelles une donation et rien qu'une donation a été dissimulée sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux. Qu'on nous permette d'emprunter l'hypothèse et la solution de la pratique à M. Demolombe :

« Voilà une personne qui dans un acte sous seing
» privé déclare vendre son bien moyennant 100,000 fr, à
» une autre personne qui déclare l'acheter; mais il est
» constant que l'une n'avait pas plus l'intention de

» vendre que l'autre n'avait l'intention d'acheter et que
» c'est purement et simplement une donation entre-vifs
» que l'acte renferme.

» Cette donation est-elle valable ?

» L'affirmative est aujourd'hui certaine dans la jurispru-
» dence, même aussi, généralement, dans la doctrine ; con-
» sacrée par une longue et imposante série de décisions ju-
» diciaires, elle a été admise également par le plus grand
» nombre des jurisconsultes ; et nous serions bien tard
» venu pour entreprendre de l'ébranler. » (1)

Nous n'essaierons pas plus que le savant doyen de Caen d'ébranler cette jurisprudence dont on peut dire avec la loi romaine qu'elle est *series rerum perpetuè similitter judicatorum*, mais nous pouvons et nous devons peser les arguments sur lesquels elle s'appuie, et s'ils nous paraissent insuffisants, nous demander par quelles raisons cachées se justifient toutes ces décisions.

Les partisans de la validité des donations s'appuient sur une triple série d'arguments tirés de l'histoire du droit, de certains articles du Code et de la théorie des preuves, pour arriver à cette conclusion qu'on peut faire indirectement tout ce qui serait permis de faire directement.

Examinons. Le texte le plus invoqué du Droit romain est celui-ci : « Si quis donationis causâ minoris vendat, » venditio valet; totiens enim dicimus, in totum vendi- » tionem non valere, quotiens universa venditio donatio- » nis causa facta est (2). » Ce qui en résulte, ainsi que de tous les autres, c'est que d'une part, il y a vente malgré le mélange de donation, ce que nous avons déjà concédé ;

(1) Demolombe, page 99, traité des donations tome I. Il nous paraît inutile de citer une longue série d'arrêts, en voici parmi les plus récents : Cass, 18 novembre 1861, 6 janvier 1862, etc....

(2) Loi 38, Digeste, 18, 1; voir aussi, loi 30, *hac titulo*, l. 2 et l. 9 au Code 4, 38; loi 6, Digeste, livre 41, titre 6.

que d'autre part, la vente ne vaut pas si elle est faite toute entière *donationis causâ*. Seulement, s'il est intervenu la mancipation ou la tradition, suivant les cas, de la chose censée vendue, comme les deux parties sont d'accord, l'une pour abdiquer la propriété, l'autre pour la recevoir, il y a transport de propriété et donation. Ceci est parfaitement vrai jusqu'à Constantin, sauf, comme nous l'avons vu, l'application possible de la loi *Cincia*; mais, qu'on le remarque bien, ce n'est pas la vente nulle qui opère ici donation, c'est la tradition postérieure et indépendante et cela tient à ce que la donation était dispensée de toute forme. On veut au contraire en Droit français que cette vente, nulle en tant que vente, produise action au profit de l'acheteur en réalité donataire! Mais, puisque l'Ordonnance de 1731 et le Code Napoléon ont fait de la donation un contrat soumis à des formes particulières, l'autorité des textes romains se retourne contre la validité des donations déguisées et fournit argument aux adversaires de cette doctrine.

On invoque encore l'autorité de notre ancienne jurisprudence, en disant que les commentateurs de l'Ordonnance de 1731 auraient consacré la théorie des donations déguisées, mais les recherches n'ont pas, en fait, été très fructueuses, les passages cités s'appliquent surtout à des cas où la donation même est douteuse, par exemple, au cas d'aliments fournis par un parent *inimò donandi*, ou aux donations « qui ne consistent qu'en acquit ou renon- » ciation à un droit certain et établi (1). »

Le droit intermédiaire n'est pas plus favorable, car la loi du 24 germinal an VIII, art. 1, s'exprime ainsi : « Toutes les libéralités qui seront faites soit par acte » entre-vifs, soit par acte de dernière volonté dans les

(1) Serres, sur l'art. 1 de l'Ordonnance de 1731, voir la note de M. Devilleneuve sur l'arrêt de la Cour de Cassation du 6 pluviose an II.

» formes légales seront valables, » ce qui se réfère évidemment aux formes antérieurement prescrites.

Si nous arrivons au Code Napoléon, nous trouvons cette nécessité des formes plus que jamais accentuée; non-seulement l'art. 931 reproduit l'art. 1 de l'Ordonnance, non-seulement l'art. 893 au frontispice de la matière pose le principe de la nécessité des formes, mais encore, si du droit déterminateur nous passons au droit sanctionnateur, nous trouvons l'art 1339 ainsi conçu : « le donateur ne » peut réparer par aucun acte confirmatif les vices d'une » donation entre-vifs; nulle en la forme, il faut qu'elle » soit refaite en la forme légale. »

A ces textes si énergiques, la doctrine de la validité oppose certains articles du Code, desquels il paraît résulter qu'il admet, soit à *contrario*, soit même directement, cette possibilité du déguisement. Dans un chapitre précédent nous avons réfuté par avance l'argument qu'on voudrait tirer des articles 843, 853, 854, 1496 et 1527 en montrant qu'il s'agit là, ou d'avantages indirects annexés à des contrats à titre onéreux, ou de situations spéciales permises entre époux par la faveur du mariage.

Restent, à la vérité, les deux articles 911 et 918 qui fournissent à la thèse de la validité son point d'appui le plus sérieux.

Article 911 : « Toute disposition au profit d'un incapable » sera nulle soit qu'on la déguise sous la forme d'un » contrat à titre onéreux, soit qu'on la fasse sous le nom » de personnes interposées. »

Si, dit-on, cet article annule les donations déguisées au profit d'incapables, c'est qu'elles sont valables si elles sont faites au profit de personnes capables. Voilà l'argument à *contrario* dans toute sa force. On peut y répondre de deux manières: en disant que ceci pourrait à la rigueur s'appliquer aux avantages indirects que nous connaissons et qui peuvent se produire avec plus ou moins de déguisement entre personnes incapables, mais l'historique de

la rédaction de l'art. 911 prouve mieux encore combien il est étranger à la question. Dans l'ancien droit l'incapacité respective des contractants faisait présumer la simulation dans tout contrat à titre onéreux passé entre eux. Le Tribunal pour éviter la preuve contraire, voulut interdire toute espèce de disposition même présentée à titre onéreux, qu'elle qu'en fût la forme, entre personnes incapables pour étouffer le germe de tout procès (1). On n'adopta pas cette doctrine rigoureuse, tout en conservant presque la rédaction du Tribunal. Les personnes incapables de se donner, peuvent contracter à titre onéreux, et leur incapacité est un indice grave, mais non une preuve de simulation. On voit combien tout ceci, spécial à un ordre d'idées restreint, s'éloigne de la conclusion générale tirée, par l'argument à *contrario*, de l'art. 911.

Article 918 : « La valeur en pleine propriété des biens » aliénés soit à charge de rente viagère, soit à fonds » perdu avec réserve d'usufruit à l'un des successibles en » ligne directe, sera imputée sur la portion disponible, » et l'excédant, s'il y en a, sera rapporté à la masse..... » On a ainsi raisonné : un père vend à son fils un immeuble pour une rente viagère de 2,000 fr. ; cette rente n'est pas payée, ou du moins la loi la répute non payée. Voilà donc une donation déguisée sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux, et non-seulement la loi la déclare *directement valable*, mais encore elle l'affranchit du rapport. Ceci serait irréfutable qu'il y aurait encore lieu de se demander, s'il n'y a pas là une situation spéciale dérivant de l'intimité des relations entre ascendants et descendants, et de l'impossibilité de savoir si la rente viagère a été effectivement payée par le fils sur ses revenus et dépensée par le père, *lautiùs vivendo*, en vivant plus largement.

(1) Voir Fenet, tome 12, page 293, Observations du Tribunal sur l'art. 10 du projet devenu l'art. 911 du Code Napoléon.

Mais il y a mieux, et il n'est pas certain du tout que la loi suppose la rente viagère impayée, ce qui forme la base de l'argument que nous combattons. En effet, l'art. 918 reproduit à peu près l'art. 26 de la loi du 17 nivôse an II ; or, le second paragraphe de cet article suppose précisément qu'il y a eu paiement de la rente viagère. Les ventes à fonds perdu sont annulées « sauf à l'acquéreur à se » faire rapporter..... tout ce qu'il justifiera avoir payé » au delà du juste revenu de la chose aliénée. » Cela est si vrai que cette hypothèse du paiement fut posée devant le Conseil d'Etat (1). Ainsi l'art. 918 ne suppose pas nécessairement la gratuité absolue de l'aliénation.

Comment l'expliquer alors ? D'abord par l'impossibilité que nous signalions tout à l'heure d'établir un compte sérieux entre ascendant et descendant et pour des contrats où la simulation ne laisserait de trace dans aucun patrimoine ; ensuite, parce que la préférence donnée à un successible est surtout démontrée fréquente par la pratique justement entre père et fils. Telles sont les raisons de la présomption, et c'est pour en atténuer les effets que l'art. 918 affranchit du rapport cette libéralité qu'il crée lui-même ou du moins qu'il présume ; c'est pour cela aussi que cette même présomption cesse, dès que les autres successibles en ligne directe, ont concouru au contrat parce que devant le témoignage des personnes intéressées les soupçons de la loi s'évanouissent (2).

Enfin, on a encore argumenté de l'art. 1311 du Code Napoléon en disant que toute preuve est interdite contre et outre le contenu aux actes à moins de rapporter un écrit. Cet argument, qui avait séduit Merlin (3), est aujour-

(1) Fenet, t. XII, p. 331 à 332.

(2) Voir en ce sens Demolombe, Traité des Donations, t. II, 2^e édition, n^o 491 à 496, p. 636. Comparez, Vernet, quotité disponible, p. 420 et suiv.

(3) Répertoire de Merlin, V^o Simulation, § 6, n^o 3.

d'hui abandonné : En effet, il prouvait beaucoup trop, car s'il est interdit d'appeler des témoins contre un acte écrit de vente, on ne pourra même pas prouver qu'il renferme une donation déguisée, et la jurisprudence est cependant forcée d'admettre cette preuve pour appliquer sinon les règles de forme, du moins les règles de fond des donations. La vérité est qu'on peut prouver outre et contre le contenu aux actes même par témoins ou simples présomptions, lorsqu'il s'agit de démasquer un dol ou une fraude, art. 1353. Donc, étant donné un acte de vente portant quittance du prix, on peut démontrer de toute manière que ce prix n'a jamais été payé, mais à la condition de voir dans ce non-paiement une fraude à la loi sur les formes des donations. Si, comme la jurisprudence on décide que ce n'est pas là une fraude, que c'est licite, l'art. 1311 met obstacle à toute espèce de preuve et nous pouvons poser le dilemme suivant aux partisans de la validité : ou vous voyez dans la simulation une fraude à la loi, et alors l'acte est nul comme vente et comme donation, et toute preuve est admissible contre lui ; ou vous n'y voyez pas de fraude et alors l'acte vaut comme vente et on ne pourra prouver par témoins qu'il est au fond une donation, il faudra un commencement de preuve par écrit ou l'aveu du défendeur. La jurisprudence n'est donc pas d'accord avec elle-même lorsqu'elle admet le donateur à prouver par témoins ou présomptions la simulation, pour soumettre l'acte aux règles de fond des donations (1).

Si maintenant nous ajoutons qu'il y a eu quelques hésitation dans la jurisprudence, que la chambre des Requetes et la chambre Civile de la cour de Cassation ont été un moment divisées, à cet égard, nous aurons rapporté à peu

(1) Voir Nîmes, 26 novembre 1828; Montpellier, 12 juin 1834; Douai 7 juin 1850; Cass., Requetes, 25 février 1836.

près ce qu'il y a de plus saillant dans cette célèbre question (1).

En somme nous nous retrouvons maintenant comme au point de départ, en présence de cette affirmation, qu'on peut faire indirectement tout ce qu'on pourrait faire directement. En admettant la vérité de cette proposition (2) elle ne serait encore ici qu'une pétition de principe, car il faudrait savoir si la loi a permis de faire indirectement sans formes ce qu'elle n'a permis de faire directement, que moyennant l'observation de certaines formes. La thèse contraire à la validité nous paraît demeurer victorieuse avec son raisonnement inébranlé. Ou l'acte est une vente, ou tout autre opération à titre onéreux, et il est nul comme manquant d'un des éléments essentiels; ou il est une donation et il est encore nul comme manquant des formes voulues par la loi, *ob defectum forme*.

Mais, puisque la doctrine de la validité est si facile à combattre dans ses arguments tirés de l'histoire et des textes; il faut penser que son succès tient à d'autres considérations, et qu'ici, comme dans d'autres matières, la jurisprudence a créé sciemment, et sous des prétextes plus ou moins spécieux, toute une théorie à côté de celle du législateur (3). En effet, on invoque les nécessités de la pratique, nos mœurs qui répugnent de plus en plus aux solennités des contrats; on invoque même nos lois fiscales qui établissent un droit plus fort pour les transmissions à

(1) Voir Merlin, Répertoire, V^o Donation, § 5 et Questions de Droit, V^o Donation, § 6.

(2) On l'appuie sur certaines paroles du président Favre, *Contractus simulatus valet secundum id quod actum est si hoc eo modo valere possit*; et de Dumoulin: *Non presumitur fraus nec simulatio in eo quod alià via obtineri potest*. — Cass., 6 pluviôse an XI, voir Dalloz, Donation, n^o 1660, note 1.

(3) On peut citer la théorie de l'inaliénabilité de la dot mobilière et aussi celle des reprises de la femme abandonnée du reste depuis 1838.

titre gratuit que pour les transmissions à titre onéreux. C'est un éminent magistrat, M. Troplong, parlant comme rapporteur devant la cour de Cassation qui s'arme ainsi d'une loi pour excuser la violation d'une autre loi (1). Spectacle étrange ! tandis que la jurisprudence abandonne ainsi et laisse tomber en désuétude les conditions de forme, le législateur redouble au contraire de sévérités, et la loi de 1843 exige la présence réelle des deux témoins et ne croit pas l'indépendance du donateur suffisamment assurée par la seule assistance du notaire (2). Ainsi, ces deux autorités qui d'habitude marchent et doivent marcher d'accord, vont au contraire ici au rebours l'une de l'autre, et se tournent le dos parce que l'art. 931 a dit : tous actes portant donation, au lieu de tous actes desquels résulte donation.

Si, en présence des avantages de cette jurisprudence, secret plus grand, économies de frais, etc... nous cherchons à énumérer ses inconvénients, combien ceux-ci vont nous apparaître, et plus nombreux, et plus graves. Celui qui obéit à la loi a toute sa défaveur, acte notarié, présence réelle des témoins, enregistrement fort lourd sans parler des règles de fond ; celui qui désobéit s'affranchit de toutes ces gênes, et de plus, le donataire a cette chance que le caractère gratuit de l'acte ne puisse pas être démontré, qu'il conserve son étiquette d'opération à titre onéreux, et alors il aura éludé tout aussi bien les règles de fond sur la révocation, le rapport, la réserve, etc... que les règles de pure forme ! L'immoralité de ce résultat a été depuis longtemps signalée par M. Delvincourt (3). En ou-

(1) Voir, *Journal du Palais*, t. II, 1843, p. 197.

(2) Rapport de M. Philippe Dupin à la chambre des députés, et de M. Franck Carré à la chambre des Pairs ; collection des lois de Duvergier, t. 43.

(3) Delvincourt sur 893, t. I, p. 703 et 706.

tre, tout système préventif se trouve abandonné. Depuis Constantin, le législateur avait exigé des formes extérieures pour les donations afin de prévenir celles qui ne seraient pas dues à la libre impulsion du donateur, et de n'avoir pas à les annuler. Aujourd'hui, faut-il y voir l'influence de l'école économique? le système répressif l'emporte encore ici grâce à la jurisprudence. On n'empêche plus aucune donation; elles peuvent se faire, si captées qu'elles soient, dans le secret et dans l'ombre; l'usufruit des choses données sera le plus souvent réservé au donateur, et, après la mort de celui-ci, les héritiers lésés se trouveront dans l'alternative de subir une libéralité qu'ils sentent moralement viciée, ou d'intenter un procès sans preuves (1)!

Nous avons donc bien raison, en commençant ce travail, de faire observer que, si nous passons très rapidement sur les formalités des art. 931 et suivants, c'est parce qu'elles sont aujourd'hui lettre morte, excepté pour les partages anticipés d'ascendants. Si on pouvait personnifier la donation régulière, en face de sa rivale heureuse, la donation déguisée, elle pourrait dire comme Junon :

*Et quisquam nomen Junonis adoret
Præterea; aut supplex aris imponat honorem (2).*

Et, quant à ceux qui obéiraient encore à la loi et s'astreindraient à l'observation des formes qu'elle requiert, nous ne voulons pas les qualifier nous-mêmes, nous préférons laisser ce soin à l'empereur Justinien : « Celui, dit-il, qui

(1) Nous n'avons pas parlé de la nécessité de la transcription évitée avant 1855 par le déguisement de la donation, car la loi du 23 mars 1855 a fait cesser cet avantage à la fois matériel, vu les frais, et touchant au fond des choses, vu la publicité qu'elle procurait aux donations régulières.

(2) Virgile, *Énéide*, livre I.

» a contracté avec un esclave sur l'ordre de son maître a
» le choix entre l'action *quod jussu* et l'action de *peculio*
» et de *in rem verso*, mais s'il se lance dans les difficultés
» de preuves de cette dernière au lieu de choisir l'action
» *quod jussu* qui est toute simple, *erit stultissimus* (1). »
Autant en dirons-nous du donateur et du donataire qui se lanceront dans les complications et les nullités d'une donation légale, au lieu de faire en toute sûreté une libéralité illégale par le moyen de n'importe quel contrat à titre onéreux (2).

En présence d'une telle situation, on ne peut que se prendre à souhaiter l'intervention du législateur: il devrait, ce nous semble, et telle nous paraît être aussi l'opinion de M. Demante (3), apporter ici cet esprit de transaction qui a présidé à l'élaboration générale du Code. Il concéderait quelque chose aux mœurs, à l'abandon chaque jour plus marqué des solennités et du système préventif en général. Il diminuerait donc les conditions de forme que nous avons étudiées et pourrait, d'autre part, se montrer d'autant plus sévère; ainsi, de l'excès même du mal serait né le remède. Mais nous ne savons pas quand aura lieu cette intervention et d'une manière générale la révision de certaines parties de notre Code Napoléon. Le rapport adressé à l'Empereur le 12 mai 1870 (4) par M. le Garde des sceaux, ouvre une série de réformes législatives qui doivent être poursuivies « avec méthode et suivant un plan d'ensemble. »

• Depuis que nos Codes ont été rédigés, des modifications nombreuses se sont produites dans les idées et dans

(1) Inst. de Just. liv. IV, tit. 7, § 5.

(2) Dans cette longue discussion, nous nous sommes souvent aidé d'un remarquable travail de M. Gabriel Demante, inséré dans le Recueil de l'Académie de Législation, t. IV, p. 6.

(3) Loco citato, p. 27.

(4) Voir le Journal officiel du 14 mai 1870.

» les rapports sociaux; la jurisprudence a promulgué
» comme une législation nouvelle à côté de la législation
» écrite; des lois nombreuses se sont juxtaposées aux tex-
» tes primitifs, et certes l'encombrement, dans le domaine
» législatif, n'est pas moindre qu'à l'époque où Napo-
» léon I^{er} donna à Portalis et à Tronchet la mission de
» rédiger en un corps des lois, *quasi per profundum*
» *euntes.* »

Dans l'ordre de cette refonte générale, les lois civiles viennent au cinquième rang, il pourra donc s'écouler bien du temps avant que notre question s'impose aux préoccupations des hommes chargés de cette haute mission; aussi devons-nous, en attendant, examiner les principaux cas d'application de cette jurisprudence, qui valide les donations déguisées. Ils nous en révéleront tous les dangers, mieux encore que nous n'avons pu le faire, dans les observations qui précèdent.

La Jurisprudence admet donc que les formes du contrat, à titre onéreux, seront suffisantes pour soutenir une donation dès que les parties auront soigneusement évité de prononcer le nom de cette dernière. Ainsi l'acte qui la constatera, pourra être sous-seing privé; l'acceptation s'induirait des circonstances; la transcription sera réglée par la loi du 23 mars 1855, et non par les art. 939 et suivants. S'il s'agit d'une vente, on devra se conformer aux prescriptions de l'art. 1325, sur la formalité des doubles.

Ce qui est vrai pour les contrats synallagmatiques à titre onéreux, doit l'être également des opérations juridiques unilatérales, et alors, les actes portant quittance, quoiqu'il n'y ait pas eu paiement ou obligation, quoiqu'il n'y ait pas eu prêt, pourront aussi couvrir les donations.

Examinons avec soin cette dernière hypothèse. Une personne, voulant faire une donation, souscrit à une autre un billet ordinaire ou un effet de commerce causé valeur reçue. Ainsi, un prêt est simulé, le donateur joue fictivement le rôle d'emprunteur. Que devons-nous penser de la

validité d'une semblable donation ? Plusieurs auteurs, même partisans de la jurisprudence, avaient pensé qu'elle n'irait pas jusqu'à la proclamer valable (1), et cela, pour des raisons spéciales. Le *mutuum* est un contrat réel qui n'existe pas par la seule convention des parties et sans la numération des espèces. Il semble donc qu'il répugne à toute idée de fiction. De plus, tant que nos lois prohibent l'usure, permettre que le prêt d'argent soit plus ou moins mêlé de donation, c'est s'engager dans des questions de fait très difficiles à résoudre pour les juges, puisque deux faits juridiques si différents, la donation et le prêt usuraire, offriront la même apparence. En outre, le législateur, n'a exigé, dans le Code de Commerce, la mention de la valeur fournie pour les lettres de change et les billets à ordre que pour éviter l'usure; de plus, l'art. 1131, du Code Napoléon, déclare que l'obligation sans cause ou sous une fausse cause, ne peut avoir aucun effet. Enfin, nous avons vu, en expliquant la loi Cincia et en recueillant le témoignage de Pothier et Savigny, que de toutes les donations, la plus dangereuse est celle qui se produit sous la forme d'une obligation, d'un prêt simulé; c'est la plus dangereuse, parce que c'est la plus facile, la plus rapidement faite et celle qui ne coûte rien actuellement au donateur, puisqu'elle ne le prive ni d'aucune propriété, ni d'aucune jouissance, et qu'elle ne l'expose qu'à un paiement lointain ou à une action que le donataire n'intentera sans doute qu'après la mort de son bienfaiteur.

Malgré d'aussi puissants motifs, la jurisprudence, poussée par la logique, a validé de semblables donations. « On a vu, dit M. Demante, dans une cause féconde en péripéties judiciaires, un créancier prétendu pour cause de prêt, avouer la non numération des deniers, obtenir cependant condamnation en paiement d'un billet sous-seing privé,

(1) Duranton, t. VIII, p. 402, et t. X, n° 355.

qui avait pour cause véritable la libéralité du souscripteur, et cela, par le seul motif qu'il était capable de recevoir une donation du soi-disant emprunteur (1). »

En traitant du don manuel, nous nous sommes expliqué, par anticipation, sur la transmission à titre gratuit des rentes sur l'État par la voie de l'inscription au Grand-livre du nom du donataire, et aussi sur celle des actions nominatives des sociétés anonymes, par une déclaration de transfert, signée du donateur et inscrite sur les registres de la compagnie, et enfin sur la transmission des effets de commerce par des endossements réguliers, mais mensongers, ou des endossements en blanc, ou bien autrement irréguliers.

Nous n'avons, pas du reste, à nous occuper des conditions de validité, quand au fond, des donations déguisées; elles sont absolument les mêmes que celles des donations ordinaires, sauf pourtant entre époux, à cause de la révocabilité et la disposition de l'art. 1099. Nous nous contenterons de faire observer que ces conditions de fond pourront, comme nous l'avons déjà vu, donner au juge des questions d'intention bien difficiles à trancher. Ainsi, dans un prêt constaté par un titre portant une somme supérieure à la somme comptée, y a-t-il usure prohibée par la loi du 3 septembre 1807, ou donation déguisée?

Voici encore une vente d'immeubles avec lésion de plus des sept douzièmes au préjudice du vendeur et déclaration qu'il entend donner la plus-value; faut-il voir dans cette clause une donation déguisée valable, ou bien une preuve de plus que le vendeur a été victime d'une lésion suffisante pour faire rescinder le contrat? Dans ces cas et autres semblables il tient à l'intention des parties, et les

(1) Demante Gabriel, loc. cit., p. 25. — Cass., 25 février 1836; 22 mars 1848; 18 novembre 1861.

tribunaux apprécieront souverainement suivant les circonstances (1).

CHAPITRE XII.

Des contrats à titre onéreux déguisés sous l'apparence d'une donation.

Si nous avons trouvé tout à l'heure de grandes difficultés pour la question inverse, tout le monde est d'accord au contraire, auteurs et jurisprudence, pour admettre, comme disent MM. Aubry et Rau « qu'une convention » quoique qualifiée de donation par les parties, n'est pas » moins soumise aux formes prescrites pour les donations » entre-vifs, si, au fond, cette convention est plutôt un » acte à titre onéreux qu'un acte à titre gratuit (2). »

A plus forte raison le contrat à titre onéreux serait-il valable quoiqu'on eût observé les formes des donations.

Il peut être quelque fois très-important, en dehors même des règles de forme des donations, de savoir si une opération juridique est un contrat à titre onéreux commutatif, dissimulé sous l'apparence d'une donation. Cela paraît bizarre puisque les règles de fond des donations sont beaucoup plus sévères que celles des contrats à titre onéreux. Voici cependant une hypothèse que la pratique a fourni : un tuteur, après l'accomplissement des formalités de l'art. 172, n'a pas rendu à l'ex-mineur un compte régulier de tutelle, mais il lui a fait une donation sous la condition que l'ex-mineur renoncera à critiquer le compte de tutelle.

(1) Voir Cassation, 9 mars 1837.

(2) Aubry et Rau, tome V, p. 482, § 659, texte et note 28.

L'ex-mineur demande ensuite ce même compte sous prétexte que le tuteur a imposé à sa libéralité une de ces conditions illicites que l'art. 900 répute non écrites. Mais l'ex-tuteur réplique que sous le nom de donation il a fait un véritable traité à titre onéreux avec son ancien pupille et que, dès-lors, la condition n'est plus illicite puisqu'elle est le prix des obligations contractées par l'autre partie. Et c'est ainsi qu'a statué la jurisprudence (1).

CHAPITRE XIII.

Les substitutions Fidéicommissaires permises sont-elles dispensées des formes des donations?

Les fidéicommiss sont permis dans notre droit toutes les fois que la charge de rendre n'est pas imposée au fiduciaire au moment de sa mort, art. 1040, et, même dans ce cas, la loi les autorise entre certaines personnes, art. 1018 et suiv. Ces dispositions peuvent être faites par donation entre-vifs ou par testament, et nous avons à nous demander lorsqu'on a employé la voie de la donation, si la clause de substitution est soumise elle aussi à l'accomplissement des formalités des art. 731 et suiv. Comme cette substitution est elle-même une libéralité, il semble tout naturel de la soumettre aux règles ordinaires. Ainsi lorsque la charge de conserver et rendre n'aura été imposée au donataire

(1) Cass. 15 juillet 1807, 12 novembre 1867, 21 décembre 1869, Journal du Palais, 1870, page 297.

que verbalement, ou même par un écrit sous seing-privé, elle n'obligera pas civilement, et le fidéicommissaire n'aura pas d'action pour réclamer la remise des biens donnés. Il faudra s'en rapporter à sa conscience, comme il faut le faire dans le cas d'un legs imposé verbalement à l'héritier par le testateur.

La raison de douter, qui nous a fait adopter pour ce chapitre une rubrique formulée en question, c'est que la substitution peut être prouvée par toute sorte de moyens, témoins ou présomptions, lorsque la restitution doit être faite à un incapable.

Ainsi, une personne fait à une autre une donation, et il est entendu que la chose donnée doit être remise à un incapable ; les intéressés pourront évidemment montrer par la correspondance, par l'intention bien connue du donateur, que le donataire n'a joué qu'un rôle apparent, et que le véritable gratifié est l'incapable. Mais, en y réfléchissant, on voit bien que ceci n'inflrme en rien la décision précédente ; car il n'y a pas ici de substitution, à proprement parler, il n'y a pas la double disposition qu'elle suppose au profit du grevé d'abord, de l'appelé ensuite. Il y a une donation unique dont les parties ont frauduleusement dissimulé la véritable destination, et la fraude peut toujours se prouver par tout moyen.

Puisque nous considérons la substitution, faite par donation, comme soumise aux formalités ordinaires, nous devons lui appliquer toutes les hypothèses de dispense de formes qui sont compatibles avec elle. Cela résulte du reste suffisamment de l'art. 1121, qui permet évidemment de faire un fidéicommis dans un contrat à titre onéreux, que l'on fait pour soi-même. Ainsi encore le don manuel pourra être fait avec charge de remettre à un tiers au bout d'un certain temps, etc...

Nous avons à peine besoin de faire remarquer que notre sujet ne comporte pas la question de savoir si on peut prouver de toute manière l'existence d'une substitution

prohibée. Nous serions porté à la résoudre par la négative et à exiger encore l'accomplissement des formes, car, sans elles, la substitution prohibée n'a aucune force obligatoire, ne confère aucun droit au fidéicommissaire, et ne présente dès lors aucun danger pour la société. Mais c'est plutôt là une question touchant à la matière des preuves qu'à celle des formes des donations ; car il semble paradoxal de dire que la loi exige l'accomplissement de certaines formalités pour une libéralité qu'elle réproouve. Seulement, si elles n'ont pas été observées, la preuve manque, et il faut dire encore : « *non jus deficit sed probatio* (1). »

APPENDICE

Des donations faites en pays étranger.

L'art. 999 prévoit le cas où un français se trouvant en pays étranger voudrait faire son testament. Il le pourra suivant la forme olographe ou « par acte authentique avec » les formes usitées dans les lieux où cet acte sera passé. Nous ne trouvons pas une disposition pareille quant aux donations, mais les principes généraux suffisent, et nous pouvons appliquer la règle : *locus regit actum*. Ainsi, le français pourra faire une donation suivant les formes de la loi étrangère, ou sans aucune forme si elle n'en exige pas. Il pourra encore faire un don manuel, ou déguiser sa libéralité sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux. Enfin, il pourra suivre les formes de la loi Française devant les agents diplomatiques français (2).

(1) Voir en ce sens Aubry et Rau, t. VI, p. 93, § 694, texte, n° 4 et note 64.

(2) Demolombe, Donations, t. III, p. 120, n° 113.

Si, à l'inverse, les étrangers voulaient faire en France des donations entre-vifs, par application du même principe, ils devraient se conformer aux règles de forme de la loi Française.

POSITIONS

DROIT ROMAIN.

- I. Il paraît peu vraisemblable que la fiducia fût un *pactum adjectum in continenti* à la mancipation, malgré la découverte récente d'une inscription.
- II. La donation pouvait se faire par le contrat *litteris*.
- III. La loi Cincia n'édicte pas la nécessité de formes pour les donations.
- IV. La condition de l'erreur pour la *condictio indebiti* est toujours exigée, même quand il s'agit de revenir sur une donation contraire à la loi Cincia.
- V. La donation a pu se faire par stipulation même depuis la loi Cincia.
- VI. Cette phrase des Institutes est *aliud genus acquisitionis donatio*, ne peut être convenablement expliquée.
- VII. Les lois 21, § 1, D..., de *donationibus* (39, 5) et 5, § 5, D. de *doli et metus exceptione* (41, 4) sont probablement interpolées.

VIII. On peut concilier la constitution relative à l'innovation d'Antonin-le-Pieux, C. 4, C. th., *de donattonibus* (8, 12), avec les §§ 314, 297, 205 des *Fragmenta Vaticana*.

ANCIEN DROIT ROMAIN.

- I. L'Institution contractuelle a son origine dans les lois barbares, notamment la loi Salique.
- II. L'insinuation depuis l'Ordonnance de Moulins (art. 58), n'était plus une condition nécessaire à la validité des donations.

CODE NAPOLÉON.

- I. La procuration pour faire un acte de donation ou pour accepter pour autrui, doit être reçue en minute.
- II. Le mot *accepter* n'est pas sacramentel.
- III. Avant la notification de l'acceptation la donation est parfaite pour le donataire; mais elle ne l'est pas à l'égard du donateur.
- IV. La transcription des donations doit être expliquée plutôt par les dispositions de la loi du 11 brumaire an VII que par celles de l'Ordonnance de 1731 sur l'insinuation.
- V. L'état estimatif de l'art. 918 est nécessaire, même lorsque la tradition des meubles donnés est immédiate.
- VI. L'article 780 ne permet pas de faire, sans couleur de renonciation, une donation dispensée de formes; il statue seulement sur l'intention d'accepter.

VII. La remise de la dette exige le consentement du débiteur.

VIII. La validité du don manuel ne résulte nécessairement d'aucune disposition du Code Napoléon.

IX. L'endossement irrégulier ne peut transmettre à titre gratuit la propriété d'une lettre de change ou d'un billet à ordre.

X. Les donations faites sous le couvert de contrat à titre onéreux, sont nulles pour vices de formes.

XI. Les fidéicommiss permis ne sont pas dispensés des formes des donations.

PROCEDURE CIVILE

I. Le Préliminaire de conciliation n'est pas d'ordre public.

II. L'art. 174 du C. de Procéd. et l'art. 800 du C. N., ne font pas exception aux règles générales sur l'autorité relative de la chose jugée.

III. L'art. 548 du C. de Procéd., combiné avec les règles des jugements par défaut, renferme une lacune, quant aux jugements par défaut faute de comparaître, exécutoires par les tiers.

DROIT CRIMINEL

I. La question de nullité du premier mariage doit être renvoyée devant les tribunaux civils dans les procès de bigamie.

II. Il en est de même de la nullité alléguée du mariage dans les procès d'adultère.

III. Il est difficile de concilier la jurisprudence qui déclare épuisées toutes les causes de crime résultant du même fait, par l'Ordonnance d'acquiescement, avec celle, qui permet, au contraire, de poursuivre encore au correctionnel les délits résultant des mêmes faits matériels.

DROIT COMMERCIAL

I. Le privilège du vendeur ne peut plus être inscrit après le jugement déclaratif de la faillite de l'acheteur.

II. Mais l'action résolutoire subsiste contre la masse, malgré l'extinction du privilège.

III. L'adjudication des immeubles d'un failli à la requête des syndics ne purge pas les hypothèques inscrites.

DROIT ADMINISTRATIF

I. Le droit de préemption, consacré par les art. 60 et 61 de la loi du 3 mai 1841, s'ouvre, lorsque l'expropriant confère sur la chose une servitude d'intérêt privé à un particulier, quoique en ayant l'air d'affecter cette chose à un service public.

II. La loi du 23 mars 1855 est applicable au jugement d'expropriation pour cause d'utilité publique.

III. Le lit des petites rivières appartient aux propriétaires riverains.

Cette Thèse sera soutenue en séance publique, dans une des salles
de la Faculté de Droit de Toulouse le

Vu par le Président de la Thèse,

HUMBERT.

Le Doyen,

DUFOUR.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur,

ROUSTAN.

« Les visa exigés par les règlements sont une garantie des principes et
» des opinions relatifs à la religion, à l'ordre public et aux bonnes mœurs
» (Statut du 9 avril 1825, article 41), mais non des opinions purement
» juridiques, dont la responsabilité est laissée aux candidats.

» Le candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites
» sur les autres matières de l'enseignement. »



TABLE DES MATIÈRES

DROIT ROMAIN.

DE LA FORME DES DONATIONS ENTRE-VIFS, ET DE LA LOI CINCIA.

	Pages
INTRODUCTION.....	6
CHAPITRE I ^{er} . Caractères de la donation entre-vifs.	9
CHAPITRE II. De la forme des donations entre-vifs avant la Cincia.....	15
CHAPITRE III. De la forme de la donation entre-vifs sous l'empire de la loi Cincia.....	26
§ 1. La donation s'est effectuée <i>dando</i>	30
§ 2. La donation est faite <i>obligando</i>	35
§ 3. La donation a lieu <i>liberando</i>	49
§ 4. Conclusion.....	53
CHAPITRE IV. De l'innovation de l'Empereur Anto- nin-le-Pieux.....	58
CHAPITRE V. De la forme des donations entre-vifs depuis Constantin.....	63
§ 1. Rédaction d'un acte écrit.....	65
§ 2. Présence des témoins à la confection de l'acte.....	66
§ 3. Tradition réelle de la chose.....	66
§ 4. Présence des témoins à la tradition de la chose.....	69
§ 5. De l'Insinuation.....	70
CHAPITRE VI. De la forme des donations sous Jus- tinien et spécialement de l'insinuation....	75

	Pages
CHAPITRE VII. Explication de ces mots des Institu- tes : <i>Est et aliud genus acquisitionis</i> • <i>donatio</i>	81

ANCIEN DROIT FRANÇAIS.

DE LA FORME DE LA DONATION DANS NOTRE ANCIEN DROIT.

I. Époque celtique.....	84
II. Époque gallo-romaine.....	85
III. Époque du droit germanique.....	85
IV. Époque féodale du x ^e à la fin du xiii ^e siècle...	91
V. Époque du droit coutumier.....	92
1 ^{re} Période. Droit coutumier avant l'Ordon- nance de 1731.....	92
§ 1. De l'acte de donation.....	92
§ 2. Formes de l'acceptation.....	94
§ 3. De la tradition.....	96
§ 4. Insinuation.....	101
2 ^e Période. Droit coutumier depuis l'Ordonnance de 1731.....	102
§ 1. De l'acte de donation.....	102
§ 2. Formes de l'acceptation.....	104
§ 3. Tradition.....	104
§ 4. Insinuation.....	105
VI. Époque du droit intermédiaire.....	106
§ 1. De l'acte de donation.....	106
§ 2. Formes de l'acceptation.....	107
§ 3. De la tradition.....	107
§ 4. Insinuation et transcription.....	108

CODE NAPOLEON.

DE LA FORME DES DONATIONS ENTRE-VIFS.

INTRODUCTION.....	111
-------------------	-----

PREMIÈRE PARTIE.

	Pages
<i>Des formalités extrinsèques exigées par la loi pour les donations entre-vifs en général.....</i>	115
CHAPITRE I ^{er} . Des formalités exigées pour l'acte proprement dit de donation.....	116
CHAPITRE II. Des formes requises pour l'acceptation	120
§ 1. Formes de l'acceptation lorsqu'elle intervient dans l'acte même de donation.....	121
§ 2. Formes de l'acceptation lorsqu'elle intervient dans un acte séparé, et notification de l'acceptation.....	124
§ 3. Effets de l'acceptation régulière.....	127
§ 4. Sanction de l'inobservation des solennités requises pour l'acceptation.....	130
CHAPITRE III. De la question de savoir si la transcription des donations immobilières est une formalité nécessaire à leur validité.....	131
CHAPITRE IV. De la formalité particulière aux donations de meubles.....	134

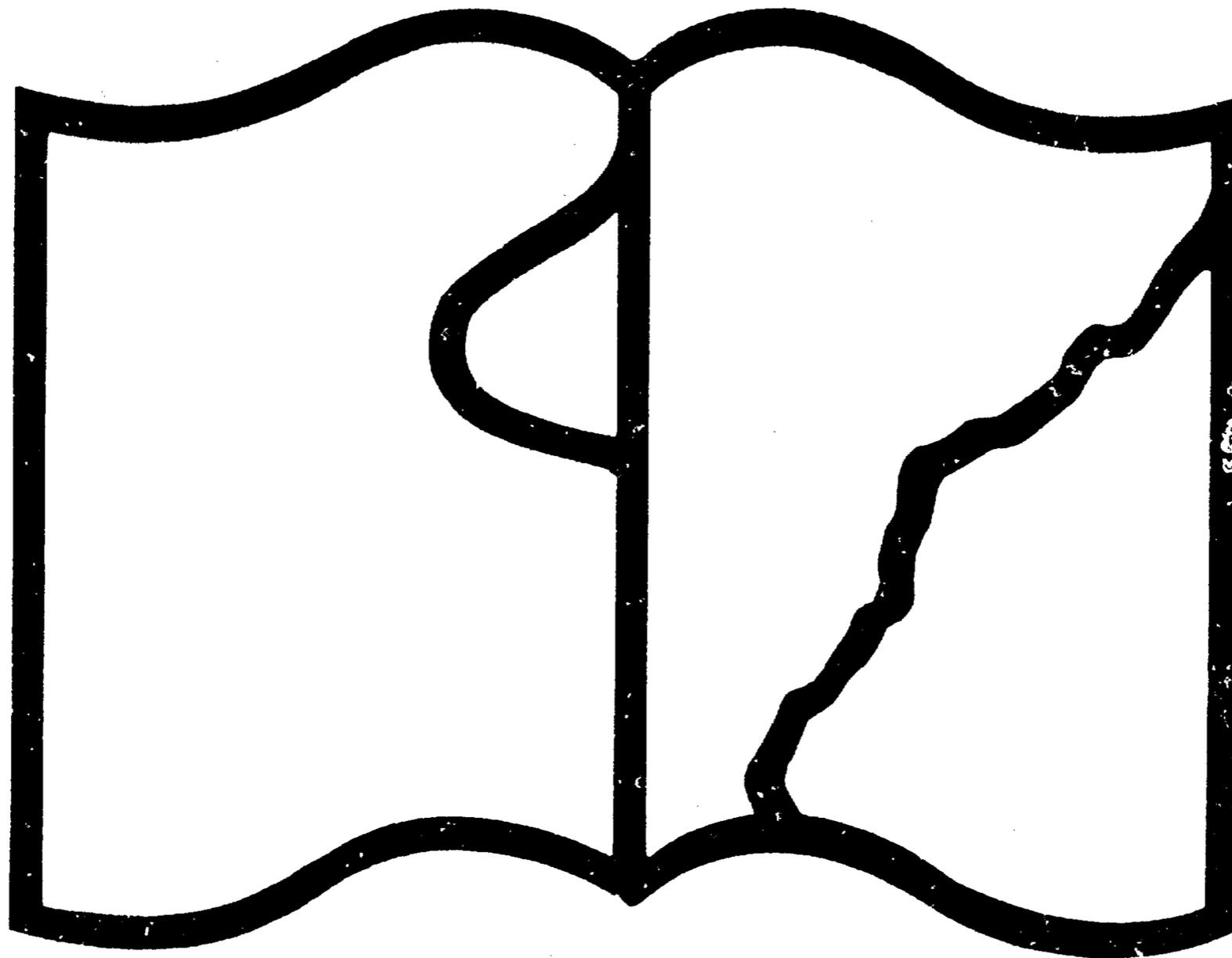
SECONDE PARTIE

<i>Des donations affranchies de la nécessité des formes ci-dessus étudiées.....</i>	133
CHAPITRE I ^{er} . Des donations faites par contrat de mariage.....	139
CHAPITRE II. Des donations annexées à d'autres actes, art. 1121.....	141
CHAPITRE III. De la dispense des formes quand la donation consiste dans une libération....	142
CHAPITRE IV. Des renonciations en général au point de vue de la forme.....	148

	Pages
CHAPITRE V. L'art. 780 permet-il de faire une donation dispensée de forme.....	150
CHAPITRE VI. Des libéralités qui consistent dans la création d'une obligation.....	153
CHAPITRE VII. De la libéralité qui consiste à empêcher la naissance d'une obligation.....	155
CHAPITRE VIII. De la donation manuelle.....	157
CHAPITRE IX. Des libéralités appelées par la loi : avantages indirects.....	167
CHAPITRE X. Des libéralités qui sont tantôt traitées comme telles par la loi, tantôt considérées comme avantages à titre onéreux..	171
CHAPITRE XI. Des libéralités déguisées sous l'apparence de contrats à titre onéreux.....	173
CHAPITRE XII. Des contrats à titre onéreux déguisés sous l'apparence des donations.....	187
CHAPITRE XIII. Les substitutions fidéicommissaires autorisées par la loi sont-elles dispensées des formes?.....	188
APPENDICE. De la forme des donations faites à l'étranger.....	190

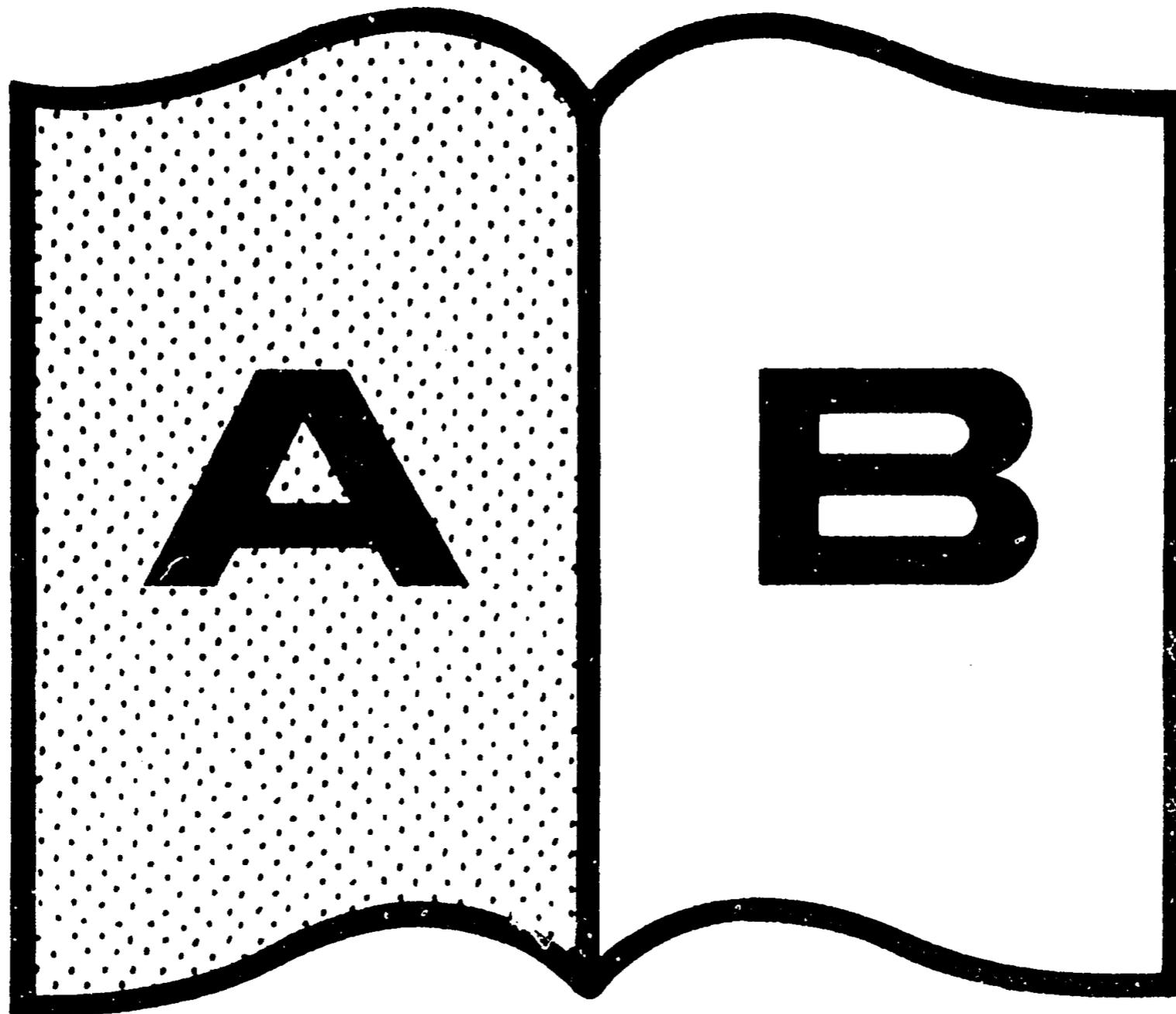






Texte détérioré — reliure défectueuse

NF Z 43-120-11



Contraste insuffisant

NF Z 43-120-14

DROIT ROMAIN. DE LA FORME DES DONATIONS ENTRE-VIFS, ET DE LA LOI CINCIA.

INTRODUCTION

CHAPITRE I^{er}. Caractères de la donation entre-vifs.

CHAPITRE II. De la forme des donations entre-vifs avant la Cincia

CHAPITRE III. De la forme de la donation entre-vifs sous l'empire de la loi Cincia

§ 1. La donation s'est effectuée *dando*

§ 2. La donation est faite *obligando*

§ 3. La donation a lieu *liberando*

§ 4. Conclusion

CHAPITRE IV. De l'innovation de l'Empereur Antonin-le-Pieux

CHAPITRE V. De la forme des donations entre-vifs depuis Constantin

§ 1. Rédaction d'un acte écrit

§ 2. Présence des témoins à la confection de l'acte

§ 3. Tradition réelle de la chose

§ 4. Présence des témoins à la tradition de la chose

§ 5. De l'Insinuation

CHAPITRE VI. De la forme des donations sous Justinien et spécialement de l'insinuation

CHAPITRE VII. Explication de ces mots des Institutes: *Est et aliud genus acquisitionis donatio*

ANCIEN DROIT FRANCAIS. DE LA FORME DE LA DONATION DANS NOTRE ANCIEN DROIT.

I. Epoque celtique

II. Epoque gallo-romaine

III. Epoque du droit germanique

IV. Epoque féodale du X^e à la fin du XIII^e siècle

V. Epoque du droit coutumier

1^{re} Période. Droit coutumier avant l'Ordonnance de 1731

§ 1. De l'acte de donation

§ 2. Formes de l'acceptation

§ 3. De la tradition

§ 4. Insinuation

2^e Période. Droit coutumier depuis l'Ordonnance de 1731

§ 1. De l'acte de donation

§ 2. Formes de l'acceptation

§ 3. Tradition

§ 4. Insinuation

VI. Epoque du droit intermédiaire

§ 1. De l'acte de donation

§ 2. Formes de l'acceptation

§ 3. De la tradition

§ 4. Insinuation et transcription

CODE NAPOLEON. DE LA FORME DES DONATIONS ENTRE-VIFS.

INTRODUCTION

PREMIERE PARTIE.

Des formalités extrinsèques exigées par la loi pour les donations entre-vifs en général

CHAPITRE I^{er}. Des formalités exigées pour l'acte proprement dit de donation

CHAPITRE II. Des formes requises pour l'acceptation

§ 1. Formes de l'acceptation lorsqu'elle intervient dans l'acte même de donation

§ 2. Formes de l'acceptation lorsqu'elle intervient dans un acte séparé, et notification de l'acceptation

§ 3. Effets de l'acceptation régulière

§ 4. Sanction de l'inobservation des solennités requises pour l'acceptation

CHAPITRE III. De la question de savoir si la transcription des donations immobilières est une formalité nécessaire à leur validité

CHAPITRE IV. De la formalité particulière aux donations de meubles

SECONDE PARTIE

Des donations affranchies de la nécessité des formes ci-dessus étudiées

CHAPITRE I^{er}. Des donations faites par contrat de mariage

CHAPITRE II. Des donations annexées à d'autres actes, art. 1121

CHAPITRE III. De la dispense des formes quand la donation consiste dans une libération

CHAPITRE IV. Des renonciations en général au point de vue de la forme

CHAPITRE V. L'art. 780 permet-il de faire une donation dispensée de forme

CHAPITRE VI. Des libéralités qui consistent dans la création d'une obligation

CHAPITRE VII. De la libéralité qui consiste à empêcher la naissance d'une obligation

CHAPITRE VIII. De la donation manuelle

CHAPITRE IX. Des libéralités appelées par la loi: avantages indirects

CHAPITRE X. Des libéralités qui sont tantôt traitées comme telles par la loi, tantôt considérées comme avantages à titre onéreux

CHAPITRE XI. Des libéralités déguisées sous l'apparence de contrats à titre onéreux

CHAPITRE XII. Des contrats à titre onéreux déguisés sous l'apparence des donations

CHAPITRE XIII. Les substitutions fidéicommissaires autorisées par la loi sont-elles dispensées des formes?

APPENDICE. De la forme des donations faites à l'étranger