

OEUVRES  
COMPLÈTES  
DE POTHIER.

~~~~~  
TOME VINGT-TROISIÈME.

DE L'IMPRIMERIE DE P. DIDOT, L'AINÉ,  
CHEVALIER DE L'ORDRE ROYAL DE SAINT-MICHEL,  
IMPRIMEUR DU ROI.

OEUVRES  
COMPLÈTES  
**DE POTHIER.**

NOUVELLE ÉDITION.

---

TRAITÉS

DES DONATIONS ENTRE-VIFS,  
DES PERSONNES ET DES CHOSES.



A PARIS,  
CHEZ THOMINE ET FORTIC, LIBRAIRES,  
RUE SAINT-ANDRÉ-DES-ARTS, N<sup>o</sup> 59.  
M. DCCCXXI.

# TRAITÉ

DES

## DONATIONS ENTRE-VIFS.

---

---

### ARTICLE PRÉLIMINAIRE.

Nous n'admettons dans le droit françois que deux formes de disposer de nos biens à titre gratuit : la donation entre-vifs et la testamentaire. Ordonnance de 1731, art. 3.

La donation entre-vifs est une convention par laquelle une personne, par libéralité, se dessaisit irrévocablement de quelque chose au profit d'une autre personne qui l'accepte.

Les donations entre-vifs sont ou directes ou fidéicommissaires ; elles sont directes, lorsqu'elles se font sans l'interposition d'une personne tierce ; elles sont fidéicommissaires, lorsqu'elles sont faites par l'interposition d'un premier donataire, qui est chargé de restituer les choses données au second. Nous avons parlé de cette dernière espèce au *traité des Substitutions*.

La donation entre-vifs est du droit des gens ; nos lois civiles l'ont assujettie à certaines formes. Nous traiterons d'abord :

1<sup>o</sup> Des personnes qui peuvent donner ; à qui on peut donner, et des choses qui peuvent être données ;

*Traité des Donations entre-vifs.*



2 TRAITÉ DES DONATIONS ENTRE-VIFS,

2° Des formes des donations entre-vifs, et par quels actes elles doivent être faites ;

3° De l'effet des donations entre-vifs, et des cas auxquels elles peuvent être révoquées, ou souffrir un retranchement.

### SECTION PREMIÈRE.

*Des personnes qui peuvent donner, à qui on peut donner, et des choses qui peuvent être données.*

#### ARTICLE PREMIER.

*Des personnes qui peuvent donner entre-vifs.*

La donation entre-vifs étant du droit des gens, il s'ensuit que les personnes qui jouissent du droit des gens, quoiqu'elles ne jouissent pas du droit civil, peuvent donner entre-vifs. C'est pourquoi les aubains peuvent donner entre-vifs, quoiqu'ils ne puissent pas le faire par testament. La raison de différence est que le testament appartient en entier au droit civil : le droit de tester ne peut, par conséquent, appartenir qu'aux citoyens pour qui la loi civile est faite ; au lieu que la donation entre-vifs étant une convention, elle est, comme nous l'avons dit, du droit des gens auxquels les aubains participent.

Si les religieux ne peuvent donner, ce n'est pas parce qu'ils sont privés des droits civils ; mais c'est que, ne pouvant rien avoir, ils n'ont rien qu'ils puissent donner.

Ceux qui, étant hors du cloître, ont un pécule, peuvent disposer par donation entre-vifs des effets de leur pécule.

Les femmes mariées étant inhabiles à faire quoi que ce soit, si elles ne sont autorisées par leurs maris, elles ne peuvent, sans autorisation de leurs maris, donner entre-vifs; mais elles le peuvent avec son autorisation.

Les mineurs de vingt-cinq ans ne peuvent donner entre-vifs, parceque la loi civile les prive, à cause de l'infirmité de leur âge, de la disposition de leurs biens.

S'ils étoient émancipés, soit par le mariage, soit par lettres, ils pourroient donner entre-vifs des effets mobiliers, l'émancipation leur donnant le droit de disposer de ces sortes de choses; mais ils ne pourroient donner aucun immeuble, toute aliénation de leurs immeubles leur étant interdite.

Il est évident que les insensés ne peuvent donner, puisque la donation renferme un consentement dont ils ne sont pas capables. Cela a lieu, quoique l'insensé ne fût pas interdit par sentence lors de la donation qu'il auroit faite; mais, en ce cas, c'est à ceux qui l'attaqueroient à justifier qu'au temps de la donation, le donateur n'avoit pas l'usage de la raison.

Il en est autrement du prodigue; il n'est pas par lui-même incapable de donner, puisque ayant l'usage de la raison, il est capable de consentement. Ce n'est que par la sentence du juge qui, en le privant de l'administration et de l'aliénation de son bien, le rend incapable de donner; d'où il suit que les donations qu'il auroit faites avant cette sentence, quoiqu'il méritât lors l'interdiction, sont valables.

Si un interdit, pour cause de démence, avoit recouvré la raison, et qu'il eût fait depuis une donation, avant néanmoins que d'avoir été relevé par sentence,

la donation seroit-elle valable? Ricard dit que oui. La loi première, ff. *de curat. furioso*, semble autoriser son sentiment; car, en parlant des fous et des furieux, elle dit: *Tamdiu erunt ambo in curatione quamdiu vel furiosus sanitatem, vel ille sanos mores receperit. Quod si evenerit ipso jure desinunt esse in potestate curatorum.*

Cet auteur conclut de ces mots, *ipso jure*, que l'interdit qui a recouvré la raison recouvre de plein droit, et sans qu'il soit besoin d'une sentence du juge qui le relève, la faculté de disposer de ses biens; et, en conséquence, il pense que le donataire peut défendre la donation qui lui a été faite, en justifiant que le donataire, lors de la donation, avoit recouvré la raison. Je pense qu'il seroit dangereux d'admettre, en ce cas, un donataire à la preuve d'un pareil fait; et que le donateur, qu'on prétend avoir recouvré la raison, doit demeurer sous l'interdiction jusqu'à ce qu'il se soit fait relever. En cela il ne souffre aucun tort, puisque ne tenant qu'à lui de faire constater au juge du recouvrement de sa raison, il doit s'imputer s'il ne l'a pas fait. Quant à la loi première, ff. *de curat. furios.*, où il est dit: *Ipsa jure desinunt esse in curatione.* Wissembach, *ad hunc titulum*, remarque que cela doit s'entendre avec cette limitation; *ita tamen ut prius judici de recepta mentis sanitate aut sanis moribus constare fecerint.*

Un sourd et muet qui ne sait pas écrire ne peut donner des signes certains de sa volonté; d'où il suit qu'il est dans le cas de l'interdiction, et, par conséquent, qu'il ne peut donner entre-vifs. Il en est autrement de celui qui est seulement sourd ou muet.

Un malade de la maladie dont il meurt par la suite cesse d'être capable de donner entre-vifs, dès que sa maladie se déclare avoir un trait prochain à la mort. Les coutumes de Paris, art. 277, et d'Orléans, art. 297, en ont des dispositions. Elles disent que « toutes donations, encore qu'elles soient conçues entre-vifs, faites par personnes gisant au lit, malades de la maladie dont elles décèdent, sont réputées faites à cause de mort, et testamentaires, et non entre-vifs. »

La raison de ces dispositions est que les donations faites par personnes qui sont en cet état ne peuvent plus avoir le caractère de libéralité propre aux donations entre-vifs; lequel consiste à préférer, pour les choses données, le donataire à soi-même; *qui inter vivos donat, mavult donatarium habere quàm se*: elles n'ont que celui des donations pour cause de mort, qui consiste à préférer le donataire, non pas à soi, mais à tout autre; *qui donat mortis causâ, mavult se habere quàm donatarium, donatarium autem magis quàm suum hæredem*. En effet on ne peut pas dire, à proprement parler, qu'un donateur, qui se voit toucher à sa fin, préfère le donataire à lui-même, lorsqu'il lui donne une chose qu'il ne peut plus conserver, et que la mort lui va enlever.

Ces dispositions de coutumes auroient-elles lieu, si le donateur avoit expressément déclaré, par l'acte de donation, que son intention étoit que la donation eût le même effet que s'il eût donné en pleine santé, et qu'il avoit volonté de donner, quand même il pourroit compter sur une longue vie? Il faut dire que la donation n'en seroit pas moins pour cause de mort, parce-

qu'une personne s'abuse elle-même quand elle est dans cet état; et quoiqu'elle pense alors qu'elle donneroit également, si elle étoit en santé, il ne s'ensuit nullement qu'elle auroit la même volonté, si elle y étoit effectivement. Quelques protestations que fasse alors le donateur, il ne peut plus être censé préférer le donataire à lui-même dans une chose qu'il ne peut plus conserver, et, par conséquent, sa donation ne peut plus avoir le caractère de donation entre-vifs, et être une vraie donation entre-vifs, en quelques termes qu'elle soit conçue. Tel paroît être l'esprit de nos coutumes, qui est en cela différent du droit romain, suivant lequel un mourant ne laissoit pas de donner entre-vifs; *ita ut moriens magis quàm mortis causâ donasse videretur.*

Il suit de ces principes que, pour que les dispositions des coutumes aient lieu, il faut que deux choses concourent touchant la maladie, et le temps auquel la donation a été faite.

1° Il faut que dans le temps auquel la donation a été faite la maladie fût dès-lors déclarée mortelle.

Que si la donation a été faite dans le commencement d'une maladie qui paroissoit peu dangereuse, quoique depuis, ayant empiré, elle ait conduit le donateur au tombeau, la donation ne sera pas réputée faite pour cause de mort, puisqu'elle a été faite dans un temps où le donateur ne croyoit pas mourir.

2° Il ne suffit pas que la maladie fût, lors de la donation, une maladie déclarée mortelle, il faut encore qu'elle eût trait à une mort prochaine. Que si la maladie, lors de la donation, étoit mortelle de sa nature,



mais qu'elle n'eût trait qu'à une mort éloignée, et n'empêchât pas le donateur de pouvoir encore espérer plusieurs années de vie, tel qu'est, par exemple, une pulmonie qui n'est pas encore parvenue à un certain période; en ce cas, la donation ne sera pas réputée pour cause de mort; car on ne peut pas dire, en ce cas, que le donateur n'a donné la chose que parcequ'il ne pouvoit plus la conserver.

Quelques coutumes déterminent un temps dans lequel il faut que la mort soit arrivée, pour que la maladie soit censée avoir eu un trait prochain à la mort, et pour que la donation soit, par conséquent, réputée pour cause de mort. Par exemple, dans la coutume de Normandie, il faut que le donateur soit mort dans les quarante jours; à Montargis, il faut qu'il soit mort dans les trente jours. Ces coutumes doivent être renfermées dans leur territoire; mais dans celles qui n'ont pas déterminé le temps, comme sont celles de Paris et la nôtre, il est laissé à l'arbitrage du juge qui doit juger par les circonstances autant que par le temps que le donateur a vécu depuis sa donation, si la maladie avoit un trait prochain à la mort.

Dans cette variété de coutumes, dont les unes fixent le temps à trente, les autres à quarante jours, les autres le laissent à l'arbitrage du juge, c'est celle où les biens sont situés qui doit décider; car les statuts qui n'ont pas pour objet l'état des personnes, mais le droit ou la manière de disposer des choses, sont des statuts réels qui exercent leur empire sur toutes les choses situées en leur territoire, et non sur aucune autre, selon la nature des statuts réels.



Si les choses données étoient des effets mobiliers ou des rentes constituées, comme ces choses n'ont pas de situation, c'est pour lors la coutume qui régit la personne du donateur, c'est-à-dire celle de son domicile, qui doit décider.

Les coutumes de Paris et d'Orléans parlent de *personnes gisantes au lit*: la donation en seroit-elle moins réputée pour cause de mort, parceque le donateur, lors de sa donation, auroit été dans son fauteuil, si d'ailleurs, dès ce temps, la maladie avoit un trait prochain à la mort? Sans doute qu'elle n'en seroit pas moins réputée pour cause de mort; car c'est sur le trait prochain à la mort qu'est fondée la raison de la coutume, et non sur la circonstance, si le donateur étoit gissant au lit ou non; cette circonstance étant par elle-même fort indifférente à la raison de la loi. Si la coutume l'a exprimée, elle ne l'a fait que pour exprimer la grièveté de la maladie qu'elle exigeoit, et non comme une condition de sa disposition qui dût être littéralement observée. Il y a de certaines maladies qui ne permettent pas au malade de garder le lit, comme, par exemple, l'hydropisie. Certainement la donation faite par un hydropique, dans les derniers périodes de sa maladie, et peu de jours avant sa mort, n'en sera pas moins réputée pour cause de mort, parcequ'il étoit dans son fauteuil.

Il y a plus de difficulté sur la question de savoir si la coutume ayant parlé de la maladie dont le donateur décède, une donation entre-vifs, et faite par un malade, dans un temps où on désespéroit de sa vie, et qui néanmoins, contre toute attente, a été guéri,

doit être réputée pour cause de mort, et si, en conséquence, le donateur revenu en santé la peut révoquer. La lettre de la coutume paroît décider pour la négative; mais je pense avec Duplessis que, si on prend bien son esprit, on doit, au contraire, décider pour l'affirmative. En effet, une donation faite par un malade qui est mort par la suite de sa maladie, étoit, dès ce temps, et avant que la mort fût survenue, non une donation entre-vifs, mais une donation pour cause de mort. Si elle n'eût pas été telle dès-lors, la mort qui est survenue depuis n'auroit pu la rendre telle et changer sa nature; car la nature d'un acte se forme lorsque l'acte se contracte, et ne peut pas dépendre de ce qui arrive par la suite. Si on admet, comme on ne peut refuser de l'admettre, que la donation étoit pour cause de mort, dès avant que la mort fût survenue, je demande qui est-ce qui la rendroit telle? Ce ne pouvoit être la mort qui la rendoit telle, puisqu'elle n'étoit pas encore arrivée; mais c'étoit la persuasion de la proximité de cette mort; qui faisoit regarder au donateur les choses qu'il donnoit, comme des choses qu'il ne pouvoit plus conserver. Si, dans l'hypothèse où le donateur est mort, ce n'est pas précisément la mort qui depuis est survenue, mais plutôt la persuasion de la proximité de cette mort qui a donné à la donation pour cause de mort ce caractère, on doit décider pareillement dans l'hypothèse présente que la donation est pour cause de mort, quoique le donateur, contre toute attente, ne soit pas mort; puisque ce n'est pas précisément la mort qui donne à la donation ce caractère, mais la persuasion de la mort, qui s'est

trouvée également dans cette hypothèse comme dans la précédente.

Les termes des coutumes de Paris et d'Orléans : *De la maladie dont ils décèdent*, ne doivent pas être pris littéralement, et doivent être entendus d'une maladie qui ne laisse pas d'espérance de guérison. La coutume de Nivernois l'exprime bien plus exactement; elle porte : « de la maladie dont il meurt après, ou de maladie vraisemblablement dangereuse de mort. »

Quoiqu'une donation faite dans une maladie dangereuse soit réputée pour cause de mort, et qu'en conséquence, le donateur revenu en convalescence puisse la révoquer; néanmoins si, depuis la convalescence, il l'a laissé subsister pendant un temps très considérable, ce long silence peut la faire présumer entre-vifs. Il y a lieu de dire que le donateur, quoique dangereusement malade, étoit dans la disposition de donner la chose à son donataire, quand même il pourroit la garder, et que la circonstance de sa maladie n'a pas été le motif principal de sa donation, l'événement ayant justifié cette disposition, puisqu'il ne l'a pas révoquée, quand il a eu recouvré la santé.

Il reste à observer que ces donations que les coutumes réputent pour cause de mort, sont absolument nulles, et ne sont même pas valables pour ce dont il est permis de disposer pour cause de mort. Il n'y a plus lieu d'en douter depuis l'ordonnance de 1731 qui porte, art. 4, « que toute donation entre-vifs qui ne seroit pas valable en cette qualité, ne pourra valoir comme donation à cause de mort ou testa-

« mentaire, de quelque formalité qu'elle soit revêtue. » En effet, étant essentiel aux dispositions testamentaires d'être l'acte pur de la volonté du testateur, toute donation conçue entre-vifs, et faite par forme de convention entre le donateur et le donataire, manque de ce qu'il y a de plus essentiel à la forme des dispositions testamentaires; et, par conséquent, de quelques autres formalités qu'elle soit revêtue, elle ne peut valoir comme disposition testamentaire; et, comme par l'article précédent, l'ordonnance n'admet aucune autre disposition pour cause de mort, il s'ensuit que ces donations, qui ne peuvent valoir ni comme donations entre-vifs, ni comme testamentaires, sont absolument nulles. Ce sentiment, suivi par l'ordonnance, étoit dès avant elle le plus autorisé. Ricard en rapporte deux arrêts; c'étoit le sentiment de Lalande et de plusieurs autres jurisconsultes.

La jurisprudence a étendu, suivant l'avis de Dumoulin et Coquille, la disposition de ces coutumes aux donations faites par un novice, et les répute pareillement pour cause de mort, quoique conçues entre-vifs, et elles sont, par conséquent, nulles. Il y en a un arrêt dans Soefve, §. 449.

Il y a même raison, on peut même dire qu'il y a une plus forte raison de décider ainsi dans le cas présent; car l'amour de la vie fait souvent que le malade espère la guérison contre toute espérance; au lieu que le novice qui souhaite faire profession ne doute pas qu'il va quitter le siècle, et, par conséquent, que les biens qu'il donne sont des biens qu'il ne peut plus

conserver, ce qui donne à sa donation le caractère de donation pour cause de mort, encore plus qu'à celle faite par un malade.

De même que la donation faite par un malade, de la vie duquel on désespéroit, ne laisse pas, suivant l'opinion que nous avons embrassée, d'être réputée pour cause de mort, quoique, contre toute attente, il ait recouvré la santé; de même on peut dire que la donation faite par un novice ne laisse pas d'être réputée donation pour cause de mort, quoique depuis il ait quitté l'habit. Car il suffit que, lors de la donation il ait donné dans la persuasion qu'il devoit faire profession, quoique des accidens imprévus l'aient fait depuis changer de volonté.

On a demandé si la donation faite par un accusé de crime capital, pendant l'accusation, doit être réputée faite pour cause de mort, lorsque le donateur est mort avant le jugement? Il faut dire que non; car si l'innocence doit se présumer plutôt que le crime, le donateur qui est mort depuis, pendant l'accusation, doit être présumé innocent: s'il est présumé innocent, on ne doit pas croire qu'il a fait sa donation dans la persuasion qu'il seroit condamné, et qu'il ne pourroit plus long-temps conserver les choses par lui données; car, une personne qu'on suppose innocente doit être, par le témoignage que lui rend sa conscience, plutôt persuadée de son absolution que de sa condamnation. Il y auroit plus de difficulté, si la donation avoit été faite depuis une condamnation capitale, et que le donateur fût mort pendant l'appel. Néanmoins on devroit encore, en ce cas, le présumer innocent; et ses héritiers



qui attaqueroient la donation auroient mauvaise grace et ne seroient pas recevables à le supposer coupable. Mais en le supposant innocent, ne pourroit-on pas présumer que l'erreur des témoins qui auroient déposé contre lui, et la sentence intervenue sur cette erreur, l'auroient tellement découragé, quoique innocent, qu'il désespérât de son absolution, et qu'en conséquence, un homme, dans ces circonstances, ait donné ses biens, dans la persuasion qu'il ne pourroit les conserver, et qu'il seroit condamné, ignorant qu'il n'étoit pas permis d'en disposer en fraude de la confiscation ; cela doit beaucoup dépendre des circonstances. Il y auroit d'autant plus lieu de le présumer, si la donation étoit considérable et faite sans réserve d'usufruit. On ne devroit pas, au contraire, présumer cette intention, si la donation étoit modique ou faite avec réserve d'usufruit.

Si le donateur, depuis la donation, a été absous, on présumera encore plus difficilement qu'il ait donné, dans la persuasion qu'il seroit condamné, et, par conséquent, la donation sera encore plus difficilement réputée pour cause de mort. Néanmoins, s'il avoit donné tout son bien ou la plus grande partie, sans la réserve d'usufruit, il y auroit lieu de présumer que le trouble, la frayeur, le découragement dans lequel même un innocent peut tomber, auroient donné lieu à la donation, et sa cause seroit très favorable, s'il demandoit, sous ce prétexte, la révocation de sa donation.

Si le donateur a été depuis condamné, la donation ne sera pas valable par une autre raison, qui est,



qu'un accusé ne peut donner en fraude de la confiscation.

On a agité la question, si la disposition des coutumes devoit être étendue aux donations faites à la veille d'un grand danger, comme par un homme qui est sur le point de se faire tailler? Je pense que non; car ce n'est pas la crainte seule du danger de la mort, mais c'est la persuasion qu'on n'en échappera point qui, selon l'esprit des coutumes, ôte aux donations le caractère des donations entre-vifs, en empêchant qu'on ne puisse dire que le donateur préfère le donataire à soi-même; à l'égard des choses qu'il sait ne pouvoir plus conserver. Or, une personne qui va se faire tailler n'est pas dans ces circonstances; elle est, au contraire, présumée prendre ce parti dans l'espérance de la guérison, et non pas par le motif de finir une vie douloureuse; car ce motif étant contraire au droit naturel qui nous ordonne la conservation de notre vie, on ne doit pas le présumer.

On doit décider, par la même raison, qu'une femme dans sa grossesse, quelque voisine qu'elle soit du terme, n'est pas incapable de donner entre-vifs; car quoiqu'elle coure un danger notable de mort, elle conserve une parfaite santé, et espère une heureuse délivrance, et, par conséquent, elle ne regarde pas les choses qu'elle donne comme des choses qu'elle ne pouvoit plus conserver; il en seroit autrement, si, lors de la donation, la grossesse se trouvoit accompagnée d'accidents extraordinaires qui conduisissent la femme au tombeau.

Un homme, quelque âgé qu'il soit, fût-il centenaire,

n'est pas incapable de donner, tant qu'il n'est pas malade; car quoiqu'il ne puisse pas espérer une vie longue, il espère toujours au moins quelques années de vie, et est souvent autant et plus attaché à ses biens, qu'il espère conserver pendant le reste de sa carrière, que ne le seroit un jeune homme. C'est pourquoi il est vrai de dire que, lorsqu'il donne, il préfère le donataire à soi-même, et, par conséquent, il peut faire des donations qui aient le caractère de donations entre-vifs.

## ARTICLE II.

*Des personnes qui sont capables ou incapables de recevoir des donations entre-vifs.*

## §. I. Des étrangers.

Non seulement les François, mais les étrangers, sont capables de recevoir des donations entre vifs; et en cela, les donations diffèrent des legs, et la différence est fondée sur ce que les donations entre-vifs sont du droit des gens auquel les étrangers participent; au lieu que les legs sont du droit civil, qui n'est fait que pour les citoyens.

## §. II. Des mineurs et interdits.

Les mineurs et interdits, quoiqu'ils ne puissent faire de donations, sont néanmoins capables d'en recevoir, et ils n'ont pas besoin pour cela de l'autorité de leurs tuteurs et curateurs; car, l'interdiction sous laquelle ils sont, et la nécessité de l'autorisation de leurs tuteurs et curateurs n'étant requise que pour

n'est pas incapable de donner, tant qu'il n'est pas malade; car quoiqu'il ne puisse pas espérer une vie longue, il espère toujours au moins quelques années de vie, et est souvent autant et plus attaché à ses biens, qu'il espère conserver pendant le reste de sa carrière, que ne le seroit un jeune homme. C'est pourquoi il est vrai de dire que, lorsqu'il donne, il préfère le donataire à soi-même, et, par conséquent, il peut faire des donations qui aient le caractère de donations entre-vifs.

## ARTICLE II.

*Des personnes qui sont capables ou incapables de recevoir des donations entre-vifs.*

## §. I. Des étrangers.

Non seulement les François, mais les étrangers, sont capables de recevoir des donations entre vifs; et en cela, les donations diffèrent des legs, et la différence est fondée sur ce que les donations entre-vifs sont du droit des gens auquel les étrangers participent; au lieu que les legs sont du droit civil, qui n'est fait que pour les citoyens.

## §. II. Des mineurs et interdits.

Les mineurs et interdits, quoiqu'ils ne puissent faire de donations, sont néanmoins capables d'en recevoir, et ils n'ont pas besoin pour cela de l'autorité de leurs tuteurs et curateurs; car, l'interdiction sous laquelle ils sont, et la nécessité de l'autorisation de leurs tuteurs et curateurs n'étant requise que pour

leur subvenir, et empêcher qu'ils ne dissipent ce qui leur appartient, cette interdiction et le défaut de cette autorisation ne doivent pas les empêcher d'acquiescer et de faire leur condition meilleure, en acceptant les donations qui leur sont faites. Delà la maxime de droit: *Pupillus sine tutoris auctoritate meliorem suam conditionem facere potest.*

Il y a plus de difficulté à l'égard des fous et des enfants, parceque la donation entre-vifs étant une convention, demande le consentement du donataire; or, ces personnes n'ayant pas l'usage de la raison, ne sont pas capables de donner leur consentement.

Il ne faut pourtant pas en conclure que ces personnes sont incapables de recevoir des donations entre-vifs, mais seulement qu'elles ne peuvent les accepter par elles-mêmes; mais elles peuvent être acceptées par les personnes de leurs tuteurs ou curateurs, dont l'acceptation tient lieu de la leur, ainsi que nous le verrons en la section suivante, à l'article de l'acceptation.

A l'égard des femmes mariées, elles ne sont pas plus capables de recevoir des donations sans l'acceptation et l'autorisation de leurs maris, que d'en faire, n'étant habiles à rien sans cela, en quoi elles diffèrent des mineurs; et la raison de différence est que le mineur n'a besoin de l'autorisation de son tuteur que pour son intérêt, au lieu que l'autorisation du mari n'est pas requise pour l'intérêt de la femme, mais pour une raison toute différente, parceque la dépendance où elle est de son mari, la rend inhabile à quelque acte que ce soit, si elle n'est autorisée.

## §. III. Des religieux.

Les religieux étant par leur vœu de pauvreté incapables de rien posséder, sont, par conséquent, incapables de recevoir par donation. Néanmoins, ceux qui sont hors du cloître, étant dans la nécessité d'avoir un pécule pour leur subsistance, peuvent recevoir des donations de choses mobilières; mais leur vœu de pauvreté qui subsiste, les rend incapables de posséder des immeubles, et, par conséquent, de recevoir des donations d'immeubles.

## §. IV. Des communautés.

Les communautés et établissements, qui ne sont pas érigés par lettres patentes du roi enregistrées au parlement, dans le ressort duquel est l'établissement, sont défendus, suivant l'article 1<sup>er</sup> de la déclaration de 1749, qui n'a fait, en cela, que confirmer les anciennes lois du royaume, et par conséquent, sont incapables d'aucune donation; et les biens qui leur auroient été donnés peuvent être revendiqués par les enfants et héritiers présomptifs des donateurs, suivant les articles 9 et 10 de ladite déclaration; et même, à défaut d'héritiers qui les revendiquent, par les seigneurs dont lesdits biens dépendent, qui en demeureront propriétaires incommutables, si les héritiers ne les réclament dans l'an du jour que les seigneurs en auront été mis en possession, article 11.

Il y a néanmoins quelques établissements, tels que les écoles de charité, et autres mentionnés en l'article 3,



qui n'ont pas besoin de lettres patentes, et qui sont capables de recevoir des donations. Au reste, ces sortes d'établissements, ainsi que ceux qui sont confirmés par lettres patentes, et généralement tous gens de main-morte, sont bien capables de recevoir des donations, mais seulement de choses qu'il leur est permis d'acquérir. Mais leur étant défendu d'acquérir aucun héritage et rentes constituées, il s'ensuit qu'ils sont incapables de recevoir des donations de pareilles choses; ils peuvent seulement acquérir des rentes sur le roi et sur les communautés.

Il y a certains couvents, tels que ceux des Capucins et Récollets, etc., qui sont incapables d'acquérir et de recevoir par donation, même ces sortes de choses, à cause d'une profession de pauvreté particulière; ils peuvent néanmoins recevoir des donations de choses mobilières, et de sommes d'argent modiques.

§. V. Des maris et femmes, et des héritiers présomptifs.

Les maris sont incapables de recevoir, durant le mariage, aucune donation entre-vifs de leurs femmes, et les femmes de leurs maris. Les lois en rapportent plusieurs raisons, et notamment les lois 1 et 2, ff. *de donat. inter vir. et uxor.*, dont voici les termes : *Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent. Hoc autem receptum est, ne mutuo amore invicem spoliarentur, donationibus non temperantes, sed profusâ erga se facilitate. Nec esset eis studium, liberos potiùs educendi. Sextus Cæcilius et illam causam adjiciebat: Quia sæpè futurum esset, ut discuterentur matrimonia, si non donaret is, qui posset: at-*



*que ed ratione eventurum, ut venalitia essent matrimonia; add., l. 3, ff. eod.*

Il faut excepter de cette règle les donations mutuelles dans le cas auquel les coutumes les permettent.

Avant le mariage un homme est capable, ainsi que toute autre personne, de recevoir, par le contrat de mariage, des donations entre-vifs de sa future femme, et la femme est capable d'en recevoir de son futur mari.

L'édit des secondes nocés a néanmoins apporté quelques limitations à cette règle.

Non seulement un mari est incapable de recevoir aucunes donations entre-vifs de sa femme, durant le mariage, et la femme de son mari; mais les enfants que l'un d'eux a d'un précédent mariage sont pareillement incapables de recevoir, durant le mariage, aucunes donations de l'autre conjoint. Il y en a un arrêt de règlement de la grand'chambre, du 15 février 1729, rendu en la coutume de Senlis. La raison est que les coutumes défendent aux conjoints de s'avantager directement ni indirectement. Or, on peut dire que ma femme m'avantage en quelque façon indirectement, lorsqu'elle donne à mes enfants; car, comme nous ne travaillons et n'acquérons que dans la vue de transmettre nos biens à nos enfants, ce qu'on leur donne est censé donné à nous-mêmes. D'ailleurs, les raisons qu'a eues le roi de défendre les donations entre maris et femmes, se trouveroient éludées, s'il étoit permis de donner aux enfants de son mari, ou aux enfants de sa femme; car, ne pouvant marquer mon amour pour ma femme en lui donnant à elle-même, je le lui

pourrois marquer en donnant à ses enfants; ce qu'elle ne pourroit demander pour elle-même elle le demanderoit pour ses enfants; et ainsi il arriveroit également, *ut mutuo amore se spoliarent, ut pretio emeretur maritalis concordia*: ce que les lois ont voulu empêcher.

Au reste, les arrêts de règlement n'ont décidé la question que pour les coutumes qui n'ont pas à ce sujet de disposition; mais, dans la coutume de Paris, qui porte, « Ne peuvent les conjoints donner aux enfants de l'un l'autre d'un premier mariage, au cas qu'ils, ou l'un d'eux, aient des enfants, » il n'est défendu qu'au conjoint qui a des enfants de donner aux enfants d'un précédent mariage de l'autre. Celui qui n'en a point peut leur donner. C'est l'interprétation suivie par les commentateurs.

Laurière a tenté néanmoins d'en donner une autre, et il pense qu'il est défendu, par cet article, indistinctement de donner aux enfants d'un précédent lit de l'autre conjoint.

La prohibition de donner aux enfants de l'autre conjoint ne s'étend pas aux collatéraux, quoique héritiers présomptifs du donateur.

Il y en a un arrêt dans Soefve, qui a confirmé une donation faite par un mari au frère de sa femme.

Dans les coutumes d'égalité, les héritiers présomptifs ne peuvent recevoir des donations au préjudice des parts de ceux qui sont appelés avec eux à la succession du donateur.

Nous renvoyons ceci au *traité des Successions*, au chapitre du rapport.

## §. VI. Des concubines et des bâtards.

Les concubines sont incapables de recevoir des donations. Quelques coutumes en ont des dispositions, comme Tours, le Grand-Perche. Ce qui doit être pareillement observé ailleurs, et on l'a ainsi jugé.

La raison en est que le concubinage est contraire aux bonnes mœurs. Il est bien différent parmi nous de celui des Romains, qui étoit un vrai mariage, et qui ne différoit du mariage civil qu'en ce qu'il n'avoit pas certains effets civils; mais qui d'ailleurs étoit un vrai mariage, sinon autorisé, au moins permis expressément par les lois : *Concubinatus à lege nomen assumpsit*. Mais nos lois n'admettant d'autres mariages que ceux faits avec les solennités requises pour ce contrat, il s'ensuit que le concubinage, n'étant pas parmi nous un mariage, ne peut être regardé que comme une union contraire aux bonnes mœurs; d'où il suit que tout ce qui sert à fomentier et entretenir cette union, comme sont les donations entre concubinaires, doit être réputé comme contraire aux bonnes mœurs, et par conséquent non valable.

Ajoutez que la raison qui a fait défendre les donations entre personnes mariées, *ne mutuo amore se spoliarent*, milite en plus forts termes à l'égard de ces sortes de personnes; l'amour qui naît des unions illégitimes étant ordinairement plus violent que celui qui naît d'une union légitime. On peut encore ici appliquer les raisons sur lesquelles est fondée la prohibition de donner à certaines personnes, à cause de l'empire qu'elles ont sur l'esprit du donateur. Car, qui a plus

d'empire sur l'esprit d'un homme qu'une concubine? Les histoires en fournissent une infinité d'exemples, tels que celui de Dalila à l'égard de Samson, et celui des concubines du roi Salomon.

Les héritiers du donateur doivent être admis après sa mort à la preuve de ce concubinage avec la donataire; car, en vain ces donations seroient-elles défendues, si la preuve du concubinage n'étoit pas admise. Il y a un arrêt dans Soefve qui les y admet. Le juge néanmoins doit, à cet égard, user de circonspection.

Les concubines ne sont pas néanmoins tellement incapables de donations qu'elles ne puissent en recevoir de modiques pour cause d'aliments, et même lorsqu'on leur en a fait de considérables, l'usage est de ne les pas déclarer entièrement nulles, mais de les réduire à des sommes modiques, ou à des pensions alimentaires.

Les bâtards adultérins et incestueux étoient, par le droit romain, incapables de toutes donations et legs, et même d'aliments. Par notre droit, ils sont capables de donations et legs d'aliments, mais incapables de toute autre donation. A l'égard des autres bâtards, ils sont incapables seulement de donations universelles; mais ils sont capables de donations de choses particulières, quoique considérables. Ricard pense que l'incapacité des bâtards adultérins et incestueux doit être étendue aux enfants de ces bâtards, tant parcequ'ils sortent d'une source infecte que parceque ce seroit indirectement donner à leurs pères que de leur donner. Cette dernière raison n'a d'application que lorsque leur père vit.

## §. VII. Des juges, officiers et ministres de justice.

Suivant les lois romaines, il étoit défendu aux magistrats romains, qui gouvernoient les provinces, de recevoir aucunes donations, si ce n'est des choses qui se mangent et se boivent, et encore il falloit que la quantité ne fût pas au-delà de ce qui peut se consommer en peu de temps. *Plebiscito continetur, ut ne quis præsidum munus, donum caperet; nisi esculentum, poculentumve, quod intra dies proximos prodigatur*; l. 18, ff. de offic. præsid.

Par l'ordonnance de Philippe-le-Long, de l'an 1320, il est défendu aux baillifs et sénéchaux, à leurs femmes, leurs parents, et leurs commensaux, de recevoir dans leurs provinces, pendant le temps de leur administration, aucunes donations, si ce n'est des choses qui se mangent et se boivent; en sorte que la valeur de ces sortes de choses, pour ce qu'ils en recevront, n'excède pas dans une semaine la valeur de dix sols parisis.

Cette incapacité n'a eu lieu que dans les temps où les officiers n'étoient envoyés que pour un temps dans les provinces. Depuis que les offices ont été rendus perpétuels, il auroit été trop dur qu'un officier eût été perpétuellement privé du droit qu'ont les citoyens de recevoir des donations. C'est pourquoi leur incapacité a été limitée à ne pouvoir recevoir des donations seulement des personnes qui ont des procès devant eux. C'est ce que porte l'ordonnance d'Orléans, art. 43, qui défend aux juges, avocats, et procureurs du roi, de recevoir des parties plaidantes aucun présent, tel petit qu'il soit, même des vivres, à l'exception seulement



du gibier pris dans les terres des princes et seigneurs qui le donnent.

La même ordonnance, article suivant, défend aux mêmes personnes d'accepter gages ou pensions des seigneurs et dames du royaume, ni de prendre bénéfices des évêques, abbés, et autres collateurs, étant dans leur ressort, ni pour eux, ni pour leurs enfants, parents, et domestiques.

Les mêmes défenses sont faites par l'ordonnance de Moulins, art. 19 et 20. Celle d'Orléans ne parle que des juges royaux; celle de Moulins fait ces défenses indéfiniment à tous les juges.

L'art. 114 de l'ordonnance de Blois défend en général à tous officiers de recevoir de ceux qui auroient affaire à eux aucuns dons et présents sous peine de concussion.

Duret, en ses remarques sur cet article, prétend qu'il déroge tacitement à l'exception faite par l'ordonnance d'Orléans, qui permettoit aux juges de recevoir des princes et seigneurs du gibier pris dans leurs forêts. Je ne pense pas néanmoins qu'on puisse regarder comme concussionnaire un juge qui auroit reçu un pareil présent, qui ne coûte rien à celui qui le donne, et qui n'enrichit pas celui qui le reçoit; ce n'est pas, à proprement parler, un don, mais une politesse que ce prince ou ce seigneur fait; et le juge qui l'accepte doit être présumé l'accepter, non par cupidité, mais par respect pour celui qui le donne.

Il est défendu pareillement aux clerks des greffes de recevoir des parties aucunes choses, quand elles leur seroient volontairement offertes, à peine de punition



exemplaire à leur égard, et de privation d'office pour le greffier qui l'auroit souffert; ordonnance d'Orléans, art. 77.

La même ordonnance, art. 79, fait de pareilles défenses aux substituts du procureur du roi.

Il est aussi défendu, par la même ordonnance, aux élus, receveurs, et autres officiers des tailles, de recevoir des sujets du roi aucun don, soit en argent, gibier, volaille, etc.

§. VIII. Des tuteurs, administrateurs, et autres qui sont incapables de recevoir des donations des personnes sur l'esprit desquelles on présume qu'ils ont trop de pouvoir.

L'ordonnance de 1539, art. 131, déclare nulles toutes les donations entre-vifs et testamentaires, faites au profit des tuteurs et autres administrateurs.

L'ordonnance de 1549 ajoute, ou à toutes personnes par eux interposées.

La coutume de Paris, conformément à ces dispositions, dit, article 276, que les mineurs et autres, sous la puissance d'autrui, ne peuvent donner ni tester directement ni indirectement au profit de leurs tuteurs, curateurs, pédagogues, ou autres administrateurs, ou aux enfants desdits administrateurs, pendant le temps de leur administration, et jusqu'à ce qu'ils aient rendu leur compte.

Elle en excepte néanmoins les ascendants qui auroient eu la tutèle de leurs enfants, pourvu qu'ils ne soient pas remariés.

Il suit de cet article de la coutume de Paris qui doit

être regardé comme la véritable interprétation de l'ordonnance :

1° Que les administrateurs que l'ordonnance rend incapables de recevoir des donations et legs, ne sont que ceux qui ont quelque puissance sur la personne, ou les biens des donateurs, ce qui résulte des termes de cette coutume, *et autres personnes étant sous la puissance d'autrui*. Un maître peut donc donner à son intendant, quoiqu'il soit administrateur de ses biens; car cet intendant n'a pas autorité sur son maître; c'est plutôt son maître qui a autorité sur lui.

Il en est de même de toutes les autres personnes qui administrent nos biens en vertu d'une procuration que nous leur avons donnée, et que nous pouvons révoquer quand il nous plaît.

2° Un conseil de tutèle, un subrogé tuteur, ou tuteur aux actions contraires, un curateur aux causes, n'ayant pas l'administration de la personne ni des biens du mineur, ne sont pas compris dans la prohibition de l'ordonnance, qui ne parle que des tuteurs ou curateurs, qui sont administrateurs de la personne ou des biens du mineur, ainsi qu'il résulte des termes ci-dessus cités de la coutume de Paris, interprète en ce point de l'ordonnance.

Si néanmoins l'objet de la commission du subrogé tuteur étoit de nature à lui donner un pouvoir considérable sur les mineurs, il pourroit être compris dans la prohibition.

Je ne pense pas qu'il en soit de même d'un tuteur honoraire, qui, quoiqu'il n'administre pas les biens qui sont administrés par un tuteur onéraire, a néan-

moins le gouvernement de la personne du mineur. Car, c'est principalement à cause du gouvernement sur la personne du mineur, plutôt encore que de celui des biens du mineur, qu'un tuteur est incapable de recevoir des donations entre-vifs, ou par testament.

Au reste, comme il n'a aucun compte à rendre, le mineur, qui ne peut pas tester à son profit, peut, aussitôt qu'il est devenu majeur, lui donner entre-vifs.

3° Quoique l'ordonnance ait parlé indistinctement des tuteurs et administrateurs, sans en excepter aucun, néanmoins la coutume de Paris, par une interprétation tirée de l'esprit de l'ordonnance, quoiqu'en apparence contraire à la généralité de ces termes, en a excepté les ascendants qui ont la tutèle et administration de leurs enfants. La raison sur laquelle est fondée cette interprétation, qui n'a pas été reçue d'abord, mais qui enfin a prévalu, même dans les coutumes qui n'en ont pas des dispositions, est que la piété paternelle exclut, dans ces personnes, tout soupçon qu'elles aient voulu gêner la volonté de leurs enfants, en extorquant d'eux des donations ou legs, le vœu naturel des pères étant plutôt de transmettre et faire passer leurs biens à leurs enfants, que de chercher à se faire passer les biens de leurs enfants.

D'ailleurs, comme l'observe Ricard, si l'autorité qu'un père a sur ses enfants le rendoit incapable de recevoir des donations de ses enfants, cette autorité n'étant pas bornée à un certain temps, comme celle d'un tuteur, et durant toujours, il s'ensuivroit qu'un père seroit perpétuellement incapable de recevoir des donations de ses enfants.

Néanmoins, comme les seconds mariages ont coutume de diminuer l'affection paternelle, la coutume n'excepte que les parents qui ne sont pas remariés.

Cette exception, en faveur des ascendants, ne doit pas être étendue aux collatéraux qui seroient héritiers présomptifs de ceux dont ils auroient le gouvernement et l'administration.

4° La coutume donne encore une interprétation favorable à l'ordonnance, en décidant que cette incapacité des tuteurs et administateurs dure même après la majorité, et la tutèle finie, jusqu'à ce que le compte ait été rendu, parceque le tuteur, qui n'a pas encore rendu compte, tenant en sa possession le bien du mineur, le tient par là encore indistinctement sous sa puissance.

Cette interprétation est conforme aux lois romaines, qui, ayant défendu le mariage entre le tuteur, le curateur et sa mineure, à cause de la puissance qu'ils ont sur elle, décident que cette prohibition a lieu même après la majorité, jusqu'à ce que le tuteur ou curateur soit entièrement quitte du compte qu'il doit rendre de son administration.

L'incapacité cesse-t-elle lorsque le tuteur a rendu compte, s'il n'en a pas payé le reliquat? On peut alléguer contre le tuteur plusieurs textes de droit au titre *de conditionib. et demonstr.*, qui décident que la condition de rendre compte renferme celle de payer le reliquat. Je ne pense pas néanmoins que le paiement du reliquat soit absolument nécessaire pour faire cesser l'incapacité. Car le mineur, étant pleinement instruit de tous ses droits par le compte qui lui a été rendu, et

demeurant seulement créancier d'une somme liquide de son tuteur, qu'il peut exiger de lui comme d'un autre débiteur, il cesse dès-lors d'être dans la dépendance de son tuteur; ce qui suffit pour faire cesser l'incapacité du ci-devant tuteur qui n'étoit fondée que sur cette raison. Autrement il faudroit dire que tous créanciers sont dans la dépendance de leurs débiteurs, et que tous débiteurs sont incapables de recevoir des donations de leurs créanciers; ce qui est tout-à-fait absurde.

Il y en a pourtant qui pensent que l'incapacité subsiste jusqu'au paiement de ce reliquat et de la remise des pièces, par argument de l'ordonnance de 1667, à moins que le ci-devant mineur ne lui ait donné terme.

5° Ce que la coutume décide qu'on ne peut donner aux enfants des administrateurs est encore une interprétation de l'ordonnance; car l'affection que les pères ont pour leurs enfants, fait que ce qui est donné aux enfants est censé donné aux pères; *quod donatur filio videtur donatum patri*; et il n'y auroit pas moins à craindre que l'administrateur, ne pouvant se faire donner à lui-même, extorquât des donations pour ses enfants, qu'il y auroit à craindre qu'il en extorquât pour lui-même, si la liberté lui en étoit laissée, les pères ayant ordinairement plus de passion pour enrichir leurs enfants, que pour s'enrichir eux-mêmes.

Cette incapacité des enfants de l'administrateur ne venant pas de leur propre personne, mais de celle de leur père, à qui ce qui leur seroit donné paroîtroit indirectement donné, il s'ensuit que si leur père vient à mourir, quoique le compte ne soit pas encore rendu, cette incapacité doit cesser; *quasi remoto impedimento*.



Les donations faites aux enfants des tuteurs ou administrateurs étant réproovées, lorsqu'elles sont faites du vivant de ce tuteur ou administrateur, par la raison qu'elles sont censées faites indirectement au tuteur ou administrateur lui-même; il s'ensuit que celles faites à la femme ou au mari, ou aux ascendants du tuteur ou administrateur, doivent, par la même raison, être réproovées; car elles sont aussi en quelque façon faites au tuteur lui-même.

6° C'est encore par une interprétation de l'ordonnance que la coutume a compris les pédagogues sous le terme général d'autres administrateurs, dont l'ordonnance s'étoit servie; car les pédagogues ont l'administration ou gouvernement, non à la vérité des biens, mais de la personne des élèves et disciples; ayant sur eux un droit de correction, ils ne doivent pas avoir sur leur esprit un moindre empire qu'en ont les tuteurs et curateurs, et, par conséquent, ils ne doivent pas moins être incapables qu'eux de recevoir des legs de leurs élèves et disciples.

On doit entendre par pédagogue un précepteur ou gouverneur préposé à la conduite ou éducation d'un jeune homme, un régent de collège; on y doit comprendre aussi les collèges où les jeunes gens sont pensionnaires, les communautés de filles, où l'on met les jeunes filles pour les instruire et les élever.

On ne doit pas penser la même chose à l'égard des personnes majeures qui sont volontairement pensionnaires dans une communauté. Les supérieurs ou supérieures d'une communauté n'exercent pas d'empire sur ces personnes qui ne sont pas dans leur dépendance,

et qui ont la liberté de quitter la communauté, si elles le jugent à propos. Néanmoins la cour ne laisse pas de réduire les donations faites par ces personnes à la communauté où elles sont pensionnaires, lorsqu'elles paroissent trop considérables; arrêt du 11 juillet 1713, rapporté au sixième tome du *Journal*.

Des maîtres ou maîtresses sont aussi, à l'égard de leurs apprentis, des espèces de pédagogues, à cause du droit de correction qu'ils ont sur eux. Ricard en rapporte un arrêt à l'égard d'un apprenti apothicaire. Il en est autrement des professeurs publics, tels que sont ceux du collège royal de Paris et ceux des facultés supérieures de théologie, de droit, et de médecine; l'état de ces professeurs ne consistant qu'à faire des leçons publiques à qui veut les entendre, et ne leur donnant aucun gouvernement, ni aucune inspection sur les personnes de leurs élèves, il est clair qu'ils ne peuvent être compris sous le terme de pédagogue, ni être renfermés sous la prohibition de la coutume.

7° La jurisprudence a encore étendu les dispositions de l'ordonnance et de la coutume à plusieurs autres espèces de personnes, savoir:

1° Aux directeurs, confesseurs. L'empire que ces personnes acquièrent ordinairement sur l'esprit de leurs pénitents et beaucoup plus sur l'esprit de leurs pénitentes, a servi de motif à cette extension.

Lorsque le confesseur est un religieux ou membre de quelque communauté, le couvent ou la communauté dont il est membre, et celles du même ordre, sont incapables de recevoir des donations des pénitents de ce confesseur; car il y a également à craindre

qu'il n'abuse de l'empire qu'il a sur l'esprit de son pénitent pour extorquer quelque donation au profit de cette communauté, comme il y a lieu de craindre qu'un confesseur n'en extorque pour lui-même, les religieux étant ordinairement aussi portés pour les intérêts de leur communauté, que les séculiers le sont pour leur propres intérêts.

2° Un semblable motif a fait étendre la disposition de l'ordonnance aux médecins, chirurgiens, apothicaires, empiriques, opérateurs, qui ont entrepris une cure. Toutes ces personnes sont incapables de recevoir aucunes donations ni legs de leurs malades, lesquels, pour avoir la guérison, n'osent rien refuser à ces personnes, desquelles ils s'imaginent pouvoir l'obtenir. La jurisprudence est en cela conforme aux lois romaines. l. 9, *cod. de prof. et Med.*

3° Par un semblable motif, on a étendu la disposition de l'ordonnance aux procureurs, et on les a jugés incapables de recevoir aucunes donations ni legs de leurs clients. Au reste, pour que ce motif reçoive application, je pense qu'il faut, pour qu'un procureur soit incapable de recevoir des dons et legs de son client, que l'affaire qu'il a entre les mains soit une affaire embarrassée, et dans laquelle il s'agisse de toute la fortune ou d'une partie considérable de la fortune du client; ce qui met dans ce cas le client dans sa dépendance, qui, pour sortir d'une affaire importante, qui est entre les mains de son procureur, n'oserait rien lui refuser. Si l'affaire étoit de peu d'importance et très simple par elle-même, alors le motif de l'ordonnance ne paroîtroit pas recevoir d'application.

A l'égard des avocats, il y en a qui pensent que la noblesse de leur profession doit écarter d'eux tout soupçon de vue intéressée, et, par conséquent, qu'ils ne doivent pas être incapables de recevoir des donations de leurs clients. Néanmoins Ricard pense que les avocats doivent être incapables de recevoir des donations de leurs clients aussi bien que les procureurs. Mais il ajoute que les uns et les autres ne sont pas incapables d'en recevoir par testament, parceque le temps de la maladie, auquel se font ordinairement les testaments, est un temps auquel l'empire que pourroient avoir l'avocat et le procureur cesse, pour céder la place à celui du médecin.

L'incapacité des confesseurs, médecins, procureurs, et autres semblables personnes, n'étant établie par aucune loi, comme l'est celle des tuteurs et administrateurs, mais seulement sur la jurisprudence des arrêts, il s'ensuit que cette incapacité ne doit pas être si strictement interprétée.

C'est pourquoi, lorsque les donations et legs faits à ces sortes de personnes sont modiques, et n'excèdent pas les bornes d'une juste reconnoissance, ils doivent subsister.

Lors même qu'ils sont plus considérables, s'il paroît des motifs probables qui aient pu porter le donateur à les faire, ils doivent subsister, comme si cette personne étoit le proche parent; par exemple, si ce confesseur, ce médecin, etc., étoit un petit-neveu du défunt que le défunt ait rappelé à sa succession. Ceci doit néanmoins dépendre des circonstances.

Au reste, ces personnes sont incapables, ainsi que celles énoncées dans la loi, non seulement des avantages indirects qui leur seroient faits à elles-mêmes; mais même de ceux qui, de leur vivant, seroient faits à leurs femmes, enfants, ou ascendants.

§. IX. En quel temps se considère la capacité pour recevoir la donation, et si l'on peut donner à ceux qui ne sont pas conçus.

Les donations entre-vifs recevant toute leur perfection dans le temps du contrat, il s'ensuit que c'est en ce temps qu'est nécessaire et la capacité de donner dans la personne du donateur, et la capacité de recevoir dans celle du donataire.

De là il suit que le néant n'étant capable de rien, et étant avant toute chose nécessaire d'exister pour être capable de quelque chose, on ne peut faire aucune donation à celui qui, lors de la donation, ne seroit pas encore conçu; car, puisque lors de la donation il n'existoit pas, il ne pouvoit pas alors être capable de recevoir la donation.

La faveur des contrats de mariage susceptibles de toute convention a fait excepter de la règle les donations qui s'y font. C'est pourquoi, si on donne par contrat de mariage aux enfants qui naîtront de ce mariage, la donation sera valable lorsque ces enfants viendront à naître, quoique, lors du contrat, ces enfants, qui n'existoient pas encore, ne pussent être pour lors capables de donations.

Il faut aussi observer que lorsqu'une donation contient une substitution, il n'est pas nécessaire que le



substitué existe lors de la donation ; il suffit qu'il existe et soit capable lors de l'ouverture de la substitution.

La capacité est tellement nécessaire lors de la donation, et dans le temps même de la donation, que si j'ai donné à une personne à qui les lois défendoient de donner pour lors, quoique l'empêchement ait cessé, et que depuis que l'empêchement a cessé j'aie ratifié la donation, elle ne sera pas valable, parceque ce qui est nul ne peut être confirmé par une ratification. Cela a été ainsi jugé à l'égard d'une donation faite par une femme à la mère de son mari, dans une coutume qui défend de donner à son mari, et aux parents du mari, quoiqu'elle eût été ratifiée depuis la mort du mari, et, par conséquent, dans un temps auquel la donataire avoit cessé d'être incapable, elle fut déclarée nulle. Cet arrêt est dans *Soëfve*, chap. 11, 39.

Que si la ratification étoit revêtue des formes nécessaires pour une donation, elle vaudroit, non comme une ratification, mais comme une nouvelle donation.

### ARTICLE III.

Des choses qui peuvent être données entre-vifs.

C'est un droit général qu'on peut donner tous ses meubles et acquêts. Les coutumes sont différentes à l'égard des propres. Celles de Paris et d'Orléans permettent aux majeurs de donner entre-vifs, non seulement tous les meubles et acquêts, mais encore tous les propres, sauf la légitime des enfants, si le donateur en a.

D'autres coutumes permettent seulement de dispo-

substitué existe lors de la donation ; il suffit qu'il existe et soit capable lors de l'ouverture de la substitution.

La capacité est tellement nécessaire lors de la donation, et dans le temps même de la donation, que si j'ai donné à une personne à qui les lois défendoient de donner pour lors, quoique l'empêchement ait cessé, et que depuis que l'empêchement a cessé j'aie ratifié la donation, elle ne sera pas valable, parceque ce qui est nul ne peut être confirmé par une ratification. Cela a été ainsi jugé à l'égard d'une donation faite par une femme à la mère de son mari, dans une coutume qui défend de donner à son mari, et aux parents du mari, quoiqu'elle eût été ratifiée depuis la mort du mari, et, par conséquent, dans un temps auquel la donataire avoit cessé d'être incapable, elle fut déclarée nulle. Cet arrêt est dans *Soëfve*, chap. 11, 39.

Que si la ratification étoit revêtue des formes nécessaires pour une donation, elle vaudroit, non comme une ratification, mais comme une nouvelle donation.

### ARTICLE III.

Des choses qui peuvent être données entre-vifs.

C'est un droit général qu'on peut donner tous ses meubles et acquêts. Les coutumes sont différentes à l'égard des propres. Celles de Paris et d'Orléans permettent aux majeurs de donner entre-vifs, non seulement tous les meubles et acquêts, mais encore tous les propres, sauf la légitime des enfants, si le donateur en a.

D'autres coutumes permettent seulement de dispo-

ser par donation entre-vifs d'une partie des héritages propres. Par exemple, la coutume de Blois ne permet de donner entre-vifs que la moitié des propres.

Dans cette variété de coutumes, c'est celle du lieu où les héritages propres sont situés qui doit décider; car les lois qui défendent l'aliénation des choses ayant pour objet les choses sont des statuts réels, qui n'ont d'empire que sur les choses situées dans leur territoire.

Cette disposition des coutumes, qui défend de donner entre-vifs une certaine portion des propres, étant faite en faveur des héritiers présomptifs du donateur, qui sont de la ligne d'où ces propres procèdent, il s'ensuit que la donation qui auroit été faite du total desdits propres, ou d'une partie plus grande que celle dont il est permis de disposer, n'est nulle, pour l'excédant, qu'en faveur desdits héritiers de la ligne, et que, par conséquent, il n'y a qu'eux qui puissent en demander le retranchement et en opposer la nullité. Nous parlerons ailleurs de ce retranchement.

## SECTION II.

Des formes des donations entre-vifs, et par quels actes doivent-elles être faites.

Les formes que nos lois exigent pour la validité des donations entre-vifs d'immeubles, sont:

- 1° La solennité de l'acceptation;
- 2° La tradition;
- 3° L'irrévocabilité;
- 4° L'insinuation;

5° Il est encore de la forme des donations qu'elles ne puissent être faites que par actes devant notaires.

## ARTICLE PREMIER.

## De la solennité de l'acceptation.

Il faut distinguer entre l'acceptation et la solennité de l'acceptation.

L'acceptation, qui n'est autre chose que le consentement donné par le donataire à la donation, n'est pas une simple forme requise par le droit civil pour la validité de la donation. Cette acceptation constitue l'essence même de la donation, qui, étant une convention entre le donateur et le donataire, renferme nécessairement le consentement des deux parties : *Conventio (enim) est duorum in idem placitum consensus.*

La solennité d'acceptation est l'expression qui doit être faite par l'acte de donation, de l'acceptation du donataire. Cette exception est une pure solennité requise par nos lois, et qui ne le seroit pas, si les donations eussent été laissées dans le pur droit naturel, suivant lequel l'acceptation, quoique non exprimée, quoique tacite et désignée de quelque manière que ce fût, auroit été valable.

Il suit de cette distinction que, quoique dans toutes les autres conventions l'acceptation soit suffisamment signifiée par la présence des parties à l'acte, ou par leur signature; néanmoins, dans les donations où cette acceptation doit être expresse et est requise comme une formalité, la présence du donataire, la

signature à l'acte de donation, ne seroient pas une acceptation suffisante. C'est la disposition de l'art. 6 de l'ordonnance de 1731.

Il en est de même de toutes les autres circonstances dont on voudroit induire l'acceptation; quand même le donataire seroit, en conséquence de la donation, entré en possession de la chose donnée, cela ne suppléeroit pas à la solennité de l'acceptation.

Il n'est pas nécessaire au reste que l'acte qui contient l'acceptation du donataire soit le même acte par lequel le donateur a déclaré qu'il donnoit. Quoique ces deux actes n'en contiennent proprement qu'un, néanmoins ils peuvent être faits par chartes différentes, et à différents temps l'un de l'autre.

Il falloit pourtant, par l'ordonnance de 1539, art. 133, que l'acte contenant l'acceptation fût fait en la présence des donateurs et notaires. Mais par la déclaration de 1549, l'acceptation peut être faite, même hors la présence du donateur; ce qui peut se faire, ou au pied de l'acte de donation, ou même par chartes tout-à-fait séparées. Mais, en ce cas, il faut, suivant ladite déclaration, que l'instrument de la donation soit inséré dans l'acte qui contient l'acceptation.

De ce que la donation et l'acceptation peuvent être faites par différentes chartes, et à différents temps, naît la question de savoir si une donation, ayant été faite ainsi, sera censée valable du jour de l'acte de donation, ou seulement du jour de l'acceptation. Il faut dire qu'elle ne sera valable que du jour de l'acceptation. L'ordonnance de 1539 le dit en termes exprès: « Celles qui seront faites en l'absence des do-



« nataires , les notaires stipulants pour eux , com-  
« menceront leur effet du temps qu'elles seront ac-  
« ceptées. »

La raison en est évidente. La donation ne reçoit sa perfection que par l'acceptation ; elle ne peut être valable que de ce jour-là. La donation , avant qu'elle soit acceptée , n'est encore qu'un projet , et n'est pas encore donation , puisque qui dit donation entre-vifs dit convention , et qu'il ne peut y avoir de convention sans acceptation.

De là il suit que le donateur peut , avant l'acceptation , changer de volonté ; car , n'y ayant jusque-là proprement qu'un projet qui n'est pas effectué , et dont il n'est encore né aucun droit , ni formé , ni informe , au profit du donataire , qui ne peut résulter que de son acceptation ; il s'ensuit qu'il peut changer de volonté ; car on ne peut pas lui opposer que : *Nemo mutare potest consilium in alterius injuriam* ; car il répondra que , *mutando consilium nemini facit injuriam , cum ex ipsius proposito nemini fuerit jus acquisitum*.

L'ordonnance , art. 14 , décide donc avec raison que les mineurs et autres privilégiés ne peuvent être restituables , même sous prétexte de l'insolvabilité de leurs tuteurs , contre le défaut d'acceptation d'une donation qui leur auroit été faite par quelqu'un qui seroit mort depuis , ou auroit changé de volonté. Car ces personnes , n'ayant pu acquérir aucun droit que par l'acceptation qui n'est pas intervenue , il n'y a aucun droit que la restitution puisse leur rendre : le donateur , en changeant de volonté , n'ayant fait que retenir ce qui n'avoit pas cessé d'être à lui , et user de la

liberté naturelle qu'ont tous les hommes de changer de volonté, ne leur a fait aucun tort qui leur donne lieu de pouvoir se pourvoir contre lui par la restitution. Mais, en ce cas, le mineur peut prétendre contre son tuteur l'estimation de ce qu'il a manqué d'acquérir par la négligence qu'a eue son tuteur d'accepter la donation, avant que le donateur eût changé de volonté. Car, quoique le mineur n'ait jamais eu aucun droit qui résultât de cette donation, et qu'il n'ait, en conséquence, rien perdu, il suffit qu'il ait manqué d'acquérir par la négligence de son tuteur, pour qu'il en soit tenu envers lui.

Il suit de là que, si le tuteur avoit lui-même fait la donation à son mineur, il ne pourroit opposer le défaut d'acceptation: car, si la donation est nulle, faute d'acceptation, il est en sa qualité de tuteur responsable de n'avoir pas fait créer un curateur à son mineur pour l'accepter.

De ce que la donation n'a d'effet que du jour de l'acceptation, il suit que par l'acceptation de la donation la chose donnée ne passe au donataire qu'avec la charge des hypothèques que le donateur a contractées dans le temps intermédiaire de la donation et de l'acceptation, et avec toutes les autres charges qu'il y auroit imposées.

Il n'est pas douteux que la donation ne puisse avoir d'effet avant l'acceptation au préjudice des tiers qui auroient acquis quelque droit dans la chose donnée; mais lorsqu'il ne s'agit pas de l'intérêt de ces tiers, on demande si l'acceptation peut avoir un effet rétroactif au temps de la donation; par exemple, à l'effet que,

si on m'a donné un héritage avant mon mariage, et que je n'aie accepté la donation que depuis, l'héritage me soit propre de communauté? On dira pour l'affirmative que l'acceptation que je fais est une ratification de celle que le notaire, en stipulant pour moi, avoit déjà faite en recevant l'acte qui contient la donation. Or, dira-t-on, c'est le propre des ratifications d'avoir un effet rétroactif au temps de l'acte ratifié. Au contraire, pour la négative, on dira que la ratification d'un acte qui auroit toutes ses formes, et auquel il ne manqueroit que le consentement de la personne qui le ratifie, peut avoir un effet rétroactif; mais il n'en est pas de même lorsque cette acceptation est une formalité requise pour la validité de l'acte. On peut bien donner au consentement d'une personne qui ratifie un effet rétroactif, en supposant que dès le temps de l'acte elle a voulu et consenti à tout ce qui a été fait en son nom; mais on ne peut pas donner un effet rétroactif à une formalité requise, ni la supposer intervenue avant qu'elle l'ait été effectivement. En vain diroit-on que le donataire, en acceptant depuis, est censé, dès le temps de la donation, avoir voulu et avoir accepté ce que le notaire a stipulé pour lui: car on répondroit qu'en vain on suppose qu'il a voulu dès ce temps accepter, puisque la volonté n'est pas seule suffisante pour la perfection de la donation, qui requiert, outre cela, que cette volonté soit expresse, et qu'ainsi l'acte ne peut être regardé comme parfait que du jour que son acceptation est intervenue.

C'est pour cela que l'ordonnance, art. 5, déclare de nul effet les acceptations de notaires stipulants pour

les absents, et défend aux notaires de faire ces stipulations dans les donations.

De ce que la donation ne commence à avoir son effet que du jour de l'acceptation, il suit aussi que l'ordonnance a bien décidé en ordonnant qu'elle devoit l'être du vivant du donateur : car la donation n'ayant d'effet que du jour qu'elle est acceptée, ce n'est que de ce jour que le donateur est réputé avoir donné et consommé sa donation; d'où il suit qu'il faut qu'il soit vivant, car on ne peut plus rien faire après qu'on est mort. La donation étant une convention, elle se forme par le concours des volontés du donateur et du donataire. L'acceptation qui se fait du vivant du donateur forme ce concours, parceque le donateur, qui n'a pas témoigné avoir changé de volonté, est présumé persévérer toujours dans la volonté de donner, qu'il avoit déclarée auparavant; mais l'acceptation qui se fait après la mort du donateur ne peut plus former ce concours, puisqu'un mort n'a plus de volonté.

Il suit de ces principes que l'acceptation ne peut se faire, non seulement après la mort du donateur, mais même après qu'il a perdu l'usage de la raison, ou que, sans l'avoir perdu, il est devenu d'ailleurs incapable de donner; car on ne peut plus supposer, lors de l'acceptation, le concours des volontés du donateur et du donataire nécessaire pour former la donation, si, dans ce temps, le donateur est incapable de volonté. En vain, lors de l'acceptation, seroit-il supposé persévérer dans la volonté de donner, si, dans ce temps, il étoit incapable de donner. Par exemple, s'il

étoit lors interdit, s'il étoit lors marié à la personne du donataire : car, comme c'est dans ce temps que se forme la donation, et qu'elle reçoit sa perfection, il est clair que c'est dans ce temps que la capacité de donner est requise.

C'est encore une suite de nos principes que, de même que l'acceptation ne peut se faire que du vivant du donateur, elle ne peut se faire que du vivant du donataire, par lui-même ou par son procureur, et que son héritier ne peut pas, après sa mort, accepter la donation, comme l'a mal-à-propos avancé Lalande. Cela suit évidemment de nos principes.

Pour que le concours des deux volontés qui forme la donation ait lieu, il faut que ce soit la même personne à qui le donateur veut donner qui veuille accepter la donation. Lorsque c'est l'héritier qui accepte la donation, ce n'est pas la personne à qui le donateur veut donner, puisque le donateur n'a pensé qu'au défunt et non pas à son héritier. Le concours nécessaire des deux volontés, pour former la donation, ne se trouve donc pas. En vain diroit-on que l'héritier représente le défunt, et est censé la même personne que lui : car cela n'est vrai qu'autant que l'héritier a succédé aux droits du défunt ; mais le défunt, étant mort avant l'acceptation, n'avoit aucun droit résultant de la donation, puisque ce n'est que par l'acceptation qu'il pouvoit en acquérir. Il n'a donc pu en transmettre aucun à son héritier à cet égard, et, par conséquent, son héritier ne peut pas, à cet égard, le représenter ni accepter la donation.

Il suit encore de nos principes que le donateur doit



être capable de recevoir des donations lors de l'acceptation ; car, puisque c'est proprement dans ce temps que la donation se forme, c'est aussi dans ce temps que le donataire doit en avoir la capacité.

Doit-on toujours conclure de là que si le donataire, dans le temps intermédiaire de la donation et de l'acceptation, devenoit le médecin ou le procureur du donateur, la donation ne seroit pas valable ? Je pense que non : car l'incapacité du médecin, des procureurs, et des personnes semblables, n'étant pas une incapacité absolue et prononcée par la loi, mais une incapacité improprement dite, et qui ne résulte que de la présomption qui naît de la qualité de ces personnes, que cette donation a été extorquée par leur empire sur l'esprit du donateur, cette incapacité ne doit plus être considérée lorsque cette présomption cesse, et qu'il paroît que le donateur s'étoit porté à la donation, avant que le donataire eût eu cette qualité qui pouvoit lui donner de l'ascendant sur l'esprit du donateur.

Nous avons à présent à voir par qui l'acceptation peut être faite. Elle peut se faire, ou par le donataire lui-même, ou par son procureur, soit spécial, soit général ; ordonnance de 1731, art. 5 ; par son tuteur, par son curateur, ou autre administrateur.

Une acceptation faite par toute autre personne qui n'auroit pas de mandat, et qui déclareroit se porter fort pour le donataire absent, ne seroit pas valable, et la donation ne vaudroit que du jour de la ratification expresse qu'en feroit le donataire par un acte devant notaire, dont il doit rester minute ; ordonnance de 1731, art. 5.

L'acceptation contenant un consentement, il s'ensuit que les enfants et les fous à qui une donation est faite, ne peuvent pas l'accepter par eux-mêmes; mais leurs tuteurs ou curateurs peuvent l'accepter pour eux; ordonnance de 1731, art. 7.

Il est même permis, par ledit article, au père et à la mère du donataire mineur ou interdit, quand même ils n'auroient pas la qualité de tuteurs ou curateurs, et même aux autres ascendants, quoique du vivant du père et de la mère du donataire, d'accepter pour le donataire mineur ou interdit la donation qui lui est faite, ainsi que le pourroit faire un tuteur.

L'ordonnance en permettant à ces personnes d'accepter les donations faites aux mineurs et interdits, n'exclut pas les mineurs et interdits qui ont l'usage de la raison, tels que sont les interdits pour cause de prodigalité, et les mineurs *pubères* ou voisins de la puberté, d'accepter par eux-mêmes les donations qui leur sont faites.

Il est évident aussi que les communautés, ne pouvant consentir par elles-mêmes l'acceptation des donations qui leur sont faites, cette acceptation doit être faite par les personnes préposées à la gestion des affaires de ces communautés, comme, par exemple, par un syndic. Si la donation est faite à un hôpital, elle sera acceptée par les administrateurs; si elle est faite pour la fondation de quelque service divin dans une paroisse, ou pour la subsistance des pauvres, l'acceptation sera faite par les curés et les marguilliers de ladite paroisse; ordonnance de 1731, art. 8.

Il nous reste à observer, touchant l'acceptation,

qu'elle n'est nécessaire que pour les donations directes. Les donations fidéicommissaires, quoique faites par un acte de donation entre-vifs, n'ont pas besoin d'être acceptées par les personnes à qui elles sont faites, qui sont souvent, lors de l'acte, incertaines. C'est pourquoi l'ordonnance de 1731, art. 11, dit qu'elles vaudront, en vertu de l'acceptation du premier donataire à qui la donation directe a été faite; à la charge de leur restituer, sans qu'il soit besoin d'aucune acceptation de leur part.

Lorsqu'une donation est faite à quelqu'un et à ses enfants à naître, elle est censée faite directement à lui, et contenir un fidéicommis au profit de ses enfants, et, par conséquent, son acceptation suffit, et rend la donation valable, même à l'égard des enfants à naître.

Il en est de même lorsqu'une donation est faite aux enfants nés et à naître de quelqu'un. Les enfants nés sont les seuls donataires directs, et leur acceptation suffit. Ceux à naître sont censés appelés par forme de fidéicommis, à mesure qu'ils naîtront, à une portion virile des choses données.

Les institutions contractuelles n'ont point besoin non plus d'acceptation.

Les donations entre-vifs, quoique directes, lorsqu'elles sont faites par contrat de mariage ne sont pas sujettes à la solennité d'acceptation; ordonnance de 1731, art. 10; parceque la faveur des contrats de mariage fait dispenser de toute formalité les dispositions qui y sont contenues.

Enfin, les donations de meubles corporels, lorsqu'il y a tradition réelle, ne sont pas sujettes à aucune for-

malité, puisqu'on peut même n'en passer aucun acte.

Les lois romaines reconnoissoient une espèce de libéralité qui obligeoit en certain cas le donateur, sans aucune convention avec le donataire, et, par conséquent sans acceptation. C'est ce que les lois appeloient *pollicitation*, qu'on définit *solius offerentis promissum*. Ces pollicitations, lorsqu'elles étoient de quelque chose qui contînt quelque utilité publique, ou qui contribuât à la décoration d'une ville, étoient obligatoires, ou lorsqu'elles avoient eu un commencement d'exécution, ou même, sans cela, lorsqu'elles avoient été faites en conséquence de quelque honneur ou magistrature déférés à celui qui avoit fait la pollicitation. Voyez notre titre *de pollicitationibus*, dans nos pandectes.

Ricard rapporte quelques arrêts, par lesquels il paroît que ces pollicitations avoient été admises dans notre jurisprudence; mais elles paroissent aujourd'hui rejetées par l'ordonnance de 1731, art. 5, qui dit en termes formels que même les donations faites en faveur de l'Église, ou pour causes pies, ne pourront engager le donateur que du jour qu'elles auront été acceptées. Car de ce que l'ordonnance a déclaré qu'elle n'exceptoit pas de la nécessité de l'acceptation même la cause pie, on peut conclure que son esprit est de n'en excepter aucunes; et, par conséquent, de ne pas même en excepter celles qui auroient pour cause la décoration des villes, ou quelque utilité publique.

## ARTICLE II.

## De la tradition et de l'irrévocabilité.

Il est de principe dans notre droit françois, sur la matière des donations entre-vifs, que *donner et retenir ne vaut*. Cette maxime est insérée dans plusieurs coutumes; Paris, art. 273, Orléans, art. 283.

Ces mêmes coutumes donnent en même temps l'explication de cette maxime: « C'est donner et retenir « quand le donateur s'est réservé la puissance de dis- « poser librement de la chose par lui donnée, ou qu'il « demeure en possession jusqu'au jour de son décès. » Paris, art. 274, Orléans, art. 283. Deux choses sont donc requises, suivant cette maxime, pour la validité des donations; la tradition de la chose donnée, et l'irrévocabilité parfaite: 1° La coutume établit la nécessité de la tradition, lorsqu'elle dit que *c'est donner et retenir lorsque le donateur demeure en possession*.

La même coutume d'Orléans dit ailleurs, art. 276, que la donation est valable, pourvu que, dès le temps du don, les donateurs se dessaisissent.

La raison pour laquelle notre droit a requis, pour la validité des donations, la nécessité de cette tradition, ainsi que celle de l'irrévocabilité, se fait assez apercevoir. L'esprit de notre droit françois incline à ce que les biens demeurent dans les familles, et passent aux héritiers. Leurs dispositions sur les propres, sur les réserves coutumières, le font assez connoître.

Dans cette vue, comme on ne pouvoit justement dépouiller les particuliers du droit que chacun a naturel-



lement de disposer de ce qui est à lui, et, par conséquent, de donner entre-vifs, nos lois ont jugé à propos, en conservant aux particuliers ce droit, de mettre néanmoins un frein qui leur en rendît l'exercice plus difficile. C'est pour cela qu'elles ont ordonné qu'aucun ne pût valablement donner, qu'il ne se dessaisît dès le temps de la donation de la chose donnée, et qu'il ne se privât pour toujours de la faculté d'en disposer, afin que l'attache naturelle qu'on a à ce qu'on possède, et l'éloignement qu'on a pour le dépouillement, détournât les particuliers de donner.

D'ailleurs, la parfaite libéralité qui fait que le donateur préfère le donataire à lui-même pour la chose donnée est (comme nous l'avons dit) le caractère des donations entre-vifs; or, c'est une suite de cette préférence que le donateur se dépouille au profit de son donataire. Ce dépouillement est donc de la nature des donations entre-vifs.

#### §. I. De la tradition.

Les coutumes sont différentes sur la qualité de la tradition. Il y en a qui en demandent une solennelle sous différents noms.

D'autres demandent une tradition réelle, et ne reconnoissent point pour valables les donations dans lesquelles il n'est intervenu qu'une tradition feinte, telle que celle qu'on induit de la rétention d'usufruit. Dans les coutumes de Paris et d'Orléans les donations sont valables, soit que la tradition ait été réelle, soit qu'elle ait été seulement feinte.

On entend assez ce que c'est que tradition réelle ; c'est lorsque je fais passer une chose mobilière de ma main en celle d'un autre dans la vue de lui en abandonner la possession, ou que, dans la même vue, je délègue d'une maison, ou d'un héritage, en faveur d'un autre qui y entre en ma place.

On appelle tradition feinte toutes les manières de faire passer à quelqu'un la possession d'une chose, sans qu'il intervienne de tradition réelle.

Par exemple, lorsque donnant un héritage à quelqu'un je le retiens à titre de ferme ou de loyer, c'est une tradition feinte ; parceque restant dans l'héritage, et sans qu'il intervienne, par conséquent, de tradition réelle, je ne laisse pas de faire passer à ce donataire la possession de l'héritage. En effet, comme nous possédons, non seulement les choses que nous tenons par nous-mêmes, mais même celles que nous tenons par nos fermiers et locataires, et qu'un héritage n'est pas proprement possédé par celui qui le tient à ferme ou à loyer, mais par celui de qui il est tenu à ce titre, il s'ensuit que le donateur, en se rendant par une clause de la donation le fermier, ou le locataire du donataire pour raison de l'héritage qu'il lui donne, sans sortir de l'héritage, il cesse de le posséder, et en transfère véritablement la possession au donataire.

Il en est de même de la clause de rétention d'usufruit, soit dans un contrat de vente, soit dans un contrat de donation ; car, comme un usufruitier ne possède pas la chose dont il a l'usufruit comme chose à lui appartenante, mais comme la chose d'autrui, il ne la possède pas en quelque façon, et c'est celui de qui il

la tient à usufruit qui la possède par lui; d'où il suit que le vendeur ou donateur, en se rendant par cette clause l'usufruitier de la chose qu'il vend ou qu'il donne, en transfère la possession à l'acquéreur de qui il se reconnoît la tenir à titre d'usufruit.

Ces manières, et autres semblables, de transférer la possession, sont appelées traditions feintes, parcequ'elles ne contiennent effectivement aucune tradition réelle. On la suppose seulement intervenue, parcequ'elles produisent le même effet de transférer la possession que si elle étoit effectivement intervenue.

Les coutumes de Paris et d'Orléans déclarent formellement qu'elles se contentent de ces traditions feintes pour la validité des donations, lorsqu'elles disent: « Ce n'est donner et retenir quand l'on donne la « propriété d'aucun héritage retenu à soi l'usufruit à « vie ou à temps, ou quand il y a clause de constitut « ou précaire, et vaut telle donation. » Orléans, 284; Paris, 275.

On appelle clause de constitut la clause par laquelle le donateur déclare tenir l'héritage du donataire, et n'en demeurer en possession que pour lui et en son nom, soit comme fermier, soit comme locataire, ou de quelque autre manière que ce soit.

La clause du précaire est celle par laquelle le donateur ne retient l'héritage que précairement du donataire, c'est-à-dire, par grace, de sa part, et à la charge de le lui remettre toutes fois et quantes il le demandera.

Quand même il ne seroit pas dit expressément que le donateur se retient l'usufruit de la chose donnée,

mais seulement que l'acquéreur n'entrera en jouissance que dans un certain temps, Ricard pense que c'est une rétention d'usufruit jusqu'à ce temps.

La coutume d'Orléans fait mention d'une autre espèce de tradition feinte. Elle dit, art. 278, que la clause de dessaisine saisine devant notaire de cour laye équipolle à la tradition de fait, sans qu'il soit requis autre appréhension.

Pour que cette tradition feinte ait lieu, il faut : 1° que celui qui se dessaisit par cette clause soit véritablement en possession de l'héritage qu'il aliène ; car on ne peut se dessaisir que de ce qu'on possède ; 2° il faut que les parties ne fassent par la suite rien de contraire à cette clause ; car, si, nonobstant cette clause, le donataire souffroit que le donateur restât par la suite en possession de la chose donnée, cette clause seroit de nul effet, et la donation seroit nulle, par la raison que *donner et retenir ne vaut*.

Cette espèce de tradition feinte, qui résulte de la simple clause de dessaisine saisine, est particulière à notre coutume d'Orléans. C'est pourquoi, pour qu'elle ait lieu, il faut, non seulement qu'il s'agisse d'héritages situés en la coutume d'Orléans, mais il faut encore, selon Dumoulin, que l'acte ait été passé, *dummodò sit facta Aureliæ* (dit-il en sa note sur l'art. 218 de l'ancienne coutume dont celui-ci est tiré), *secùs si de terris sitis Parisiis*.

Il faut donc aussi, dans les autres coutumes, à défaut de tradition réelle, quelque clause de rétention d'usufruit, de constitut, de précaire, et la seule clause de dessaisine saisine ne suffit pas.

Il faut observer que, suivant Dumoulin, la tradition, soit réelle, soit feinte, n'est nécessaire que dans les donations pures et simples, et non dans les donations qui sont suspendues par une condition, ni même dans celles dont, par la loi apposée au contrat, l'exécution est transférée à un certain temps.

Il pense que ces sortes de donations sont valables, et que le donateur n'est pas censé donner et retenir, quoiqu'il retienne la chose donnée jusqu'au temps marqué pour l'exécution; car, selon lui, ce n'est *donner et retenir* que lorsque le donateur retient la chose donnée contre la teneur de la donation, et non pas lorsqu'il la retient en exécution de la loi même apposée à la donation. Voici ces termes, en expliquant que donner et retenir ne vaut, il dit : *Hæc consuetudo intelligitur quandò fit contrarium donationis, ut quia proprietas datur de præsentii..... Secùs si datur post obitum, quia interim non potest peti, nec potest tradi, et sic non reiiinetur datum.* Ce sentiment de Dumoulin ne paroît pas pouvoir être suivi en notre coutume, qui porte expressément qu'il faut que, dès le temps du don, le donateur se dessaisisse.

Quoique les choses incorporelles ne soient susceptibles ni de possession, ni de tradition proprement dite, néanmoins la donation de ces sortes de choses n'est pas dispensée de la nécessité de la tradition, et ce qui équipolle à tradition, à l'égard de ces sortes de choses, doit intervenir pour que la donation soit valable. C'est pourquoi, comme à l'égard des créances, c'est la signification que fait le cessionnaire de son transport au débiteur de la créance qui le saisit, et équipolle à tradition,



suivant l'art. 108 de la coutume de Paris, qui est suivi par-tout; il s'ensuit que, pour que la donation d'une créance soit valable, il faut que le donataire signifie au débiteur la donation.

Il faut avoir recours à la même espèce de tradition, lorsque quelqu'un donne un héritage dont il n'a pas la possession; comme, en ce cas, il ne peut y avoir lieu ni à la tradition réelle, ni aux traditions feintes (dont il a été parlé ci-dessus) dont l'effet est de transférer la possession de l'héritage, puisque le donateur, qui ne l'a pas lui-même, ne peut pas le transférer, la signification faite au possesseur de l'héritage par le donataire, de la donation qui lui en est faite avec assignation pour le délaisser tient lieu de tradition du droit que le donateur avoit de le revendiquer, et rend valable la donation qu'il en a faite.

Si la donation est d'une somme ou d'une rente dont le donateur se constitue débiteur envers le donataire, une telle donation n'est susceptible d'aucune tradition, et l'obligation irrévocable de la payer, que le donateur contracte par la donation, suffit pour rendre sa donation valable.

Il nous reste à observer, sur la nécessité de la tradition, que, suivant Ricard, le défaut de tradition ne peut être opposé par le donateur lui-même qui peut toujours être contraint à faire la délivrance, et que ce défaut peut être opposé seulement par ses héritiers et par des tiers. Cela souffre difficulté en notre coutume, qui dit en termes très généraux que pour que la donation soit valable, il faut que, dès le temps du don, le donateur se dessaisisse. C'est pourquoi Lalande, sur

l'art. 283, dit formellement qu'à défaut de clause de tradition feinte le donataire ne peut pas agir personnellement contre le donateur, à ce qu'il soit condamné à la délivrance des meubles ou immeubles par lui promis. Et ailleurs il dit que, par notre coutume conforme en cela à l'ancien droit romain, la simple paction de donner n'est point obligatoire.

Il y a néanmoins des jurisconsultes qui pensent que, même dans la coutume d'Orléans, le défaut de tradition ne peut être opposé par le donateur, et que le donataire a action contre lui pour se faire livrer la chose qu'il lui a donnée; que ces termes: « Pourvu que, dès le temps du don, le donateur se dessaisisse », ne concernent que l'irrévocabilité essentielle aux donations; et qu'ils signifient seulement que, dès le temps du don, le donateur ne doit plus être le maître de se repentir de sa donation. Qu'au surplus il est censé s'être dessaisi suffisamment par l'action qu'il donne contre lui en s'obligeant à livrer la chose; et que de même qu'on dit en droit que, *is qui actionem habet ad rem, jam ipsam rem habere videtur*; de même on peut dire que celui qui a donné une action contre lui pour le contraindre à se dessaisir de la chose s'en est déjà comme dessaisi.

#### §. II. De l'irrévocabilité des donations entre-vifs.

C'est le caractère essentiel et distinctif de la donation entre-vifs d'être irrévocable; car c'est ce qui la distingue de la donation pour cause de mort: d'où il suit que tout ce qui blesse cette irrévocabilité, est un vice qui annule la donation entre-vifs, parcequ'il en détruit la cause.

Ce que nous disons ne doit pas être entendu absolument de toute irrévocabilité, mais, relativement au donateur, de celle qui consiste en ce qu'il ne soit pas laissé en sa liberté de détruire, ni même d'altérer le moins du monde l'effet de la donation. Au reste, il n'est pas contraire à la nature des donations entre-vifs qu'elles soient révocables sous quelque condition casuelle qui ne dépende pas de la volonté du donateur, et elles peuvent être valablement faites à la charge de révocation sous quelques unes de ces conditions

C'est en conséquence de l'irrévocabilité que nous disons être de l'essence des donations entre-vifs, que les coutumes, en expliquant la maxime *donner et retenir ne vaut*, disent que c'est donner et retenir, quand le donateur s'est réservé la puissance de disposer librement de la chose donnée; car cette faculté qu'il se réserve d'en disposer empêche que la donation ne soit irrévocable, et, par conséquent, détruit sa nature et la rend nulle.

§. III. Plusieurs conséquences tirées de la nécessité de la tradition et de l'irrévocabilité des donations entre-vifs.

Il suit de là, 1° qu'on ne peut donner ses biens à venir; car cette donation pèche et par le défaut de tradition, puisque le donateur ne peut pas se dessaisir de ce qu'il n'a pas encore; et par le défaut d'irrévocabilité, car, étant en la liberté du donateur d'acquérir ou de ne pas acquérir des biens, il demeureroit en sa liberté de donner ou de ne pas donner d'effet à la donation.

De là il suit, 2° qu'on ne peut donner sous une condition qui dépende de la volonté du donateur, même

ses biens présents, ni quelque chose particulière; car, cette donation pèche par le défaut d'irrévocabilité, le donateur étant le maître en faisant manquer la condition d'en anéantir l'effet.

De là il suit, 3<sup>o</sup> qu'on ne peut donner à la charge de payer les dettes que le donateur contractera par la suite; cette donation pèche par le défaut d'irrévocabilité, car le donateur ayant la liberté d'en contracter tant qu'il lui plaira, conserve la liberté de disposer des biens qu'il a donnés, et de détruire entièrement l'effet de sa donation en l'absorbant par les dettes qu'il contractera; ordonnance de 1731, art. 16.

De là il suit, 4<sup>o</sup> que si la donation étoit faite à la charge de payer les dettes que le donateur contractera jusqu'à concurrence néanmoins d'une certaine somme, la donation ne sera pas, à la vérité, entièrement nulle, mais elle le sera jusqu'à la concurrence de cette somme, quand même le donateur n'auroit pas usé de cette liberté et n'auroit contracté aucune dette; car le donateur ayant eu la liberté de diminuer l'effet de sa donation jusqu'à concurrence de cette somme, il s'ensuit qu'elle n'a pas été irrévocable jusqu'à la concurrence de cette somme, et, par conséquent, qu'elle est nulle jusqu'à cette concurrence; ordonnance de 1731, art. 16.

Par la même raison, si quelqu'un avoit donné tous ses biens présents à quelqu'un, en se réservant néanmoins la faculté de disposer ou de tester d'une certaine somme, quand bien même il seroit dit expressément par l'acte que la somme, au cas qu'il n'en eût pas disposé, demeureroit comprise en la donation, néanmoins la donation seroit nulle jusqu'à concurrence de

cette somme, parcequ'elle n'étoit pas irrévocable jusqu'à la concurrence de cette somme.

De là il suit, 5° que l'ordonnance de 1731, art. 15, a fort bien décidé que la donation des biens présents et à venir n'étoit pas valable, quand même le donataire auroit été mis en possession des biens présents; ordonnance de 1731, art. 15; parceque cette donation contenant en soi la charge de payer toutes les dettes que le donateur contractera, elle péche par le défaut d'irrévocabilité, puisque le donateur, en se réservant la liberté de charger son donataire des dettes qu'il contractera, se réserve par là indirectement la liberté d'anéantir la donation des biens, même présents, en contractant des dettes qui absorbent tant les biens qu'il acquerra que les présents.

La jurisprudence, avant l'ordonnance, étoit contraire à cette décision; et on jugeoit que la donation n'étoit nulle que pour les biens à venir, et que le donataire n'étoit pas chargé des dettes contractées depuis la donation, ces dettes étant une charge des biens à venir qu'il n'avoit pas, et non des biens présents. Arrêts des 24 mai 1718, janvier 1719, au septième tome du *Journal des Audiences*.

Mais le sentiment qu'a embrassé l'ordonnance, et qui est aussi celui de Ricard, paroît bien plus conforme aux principes; car le donateur qui avoit donné ses biens présents et à venir n'avoit pas entendu faire deux donations, l'une de ses biens présents, à la charge de ses dettes présentes, et l'autre de ses biens à venir, à la charge des dettes qu'il contracteroit. Mais il n'avoit entendu faire qu'une seule et même donation, et,



par conséquent, la charge de payer les dettes qu'il contracteroit, qui étoit inhérente à cette donation, étoit, dans l'intention du donateur, une charge de tout ce qu'il donnoit des biens présents comme des biens à venir.

La jurisprudence, qui avant l'ordonnance étoit contraire à cette décision, n'a été abrogée que pour l'avenir. C'est pourquoi on doit même encore aujourd'hui décider à l'égard des donations des biens présents et à venir faites avant la publication de l'ordonnance de 1731, qu'elles sont valables pour les biens que le donateur avoit lors de la donation.

Lorsque quelqu'un fait donation entre-vifs d'une rente d'une certaine somme dont il se constitue le débiteur, la clause apposée à cette donation, que le donateur n'en paiera pendant sa vie les arrérages que selon sa commodité, n'est pas contraire au caractère d'irrévocabilité que doivent avoir les donations pour être valables; car cette clause ne rend pas le donateur maître de n'être pas débiteur de la rente qu'il a donnée. Elle lui donne seulement une exception que tout donateur avoit par les lois romaines. *Ne ultra quàm facere potest exigatur.*

#### §. IV. Exception à l'égard des donations faites par contrat de mariage.

Les donations faites par contrat de mariage aux conjoints ou à ceux qui naîtront du mariage, par quelque personne que ce soit, ne sont pas sujettes aux règles établies dans les paragraphes précédents et ne

peuvent être attaquées de nullité, faute de tradition ou d'irrévocabilité.

C'est pourquoi, 1<sup>o</sup> l'ordonnance de 1731, art. 17, décide que ces donations peuvent comprendre les biens à venir; et que, lorsque la donation par contrat de mariage a été faite des biens présents et à venir, il est au choix du donataire, ou d'accepter tous les biens tels qu'ils se trouvent lors du décès du donateur, en se chargeant de toutes les dettes, même postérieures à la donation, ou de s'en tenir aux biens existants lors de la donation, en se chargeant seulement des dettes et charges qui existoient audit temps.

2<sup>o</sup> Elle décide que ces donations faites par contrat de mariage peuvent être faites sous des conditions qui dépendent de la volonté du donateur.

3<sup>o</sup> Qu'elles peuvent être faites à la charge de payer les dettes qu'il contractera.

4<sup>o</sup> Que le donateur peut dans ces donations se réserver la faculté de disposer de certaines choses ou de certaines sommes; et que, lorsqu'il meurt sans en avoir disposé, ces choses demeurent comprises en la donation; ordonnance de 1731, art. 18.

## ARTICLE III.

## De l'insinuation des donations.

On appelle insinuation la description qui est faite de l'acte de donation dans un registre public.

Par le droit romain, suivant les constitutions de Constantin et de Valentinien, les donations, pour être valables, devoient être insinuées lorsqu'elles excédoient une certaine somme. Voyez notre titre *des donations* dans nos pandectes.

Dans notre droit françois, la première loi qui les y a assujetties est l'ordonnance de 1539. Elle a été confirmée en ce point par l'ordonnance de Moulins, et enfin de nos jours par l'ordonnance de 1731.

Le motif de ces lois est, afin que ceux qui contracteroient par la suite avec le donateur, et ceux qui accepteroient sa succession, qu'ils croiroient opulente, ne fussent pas induits en erreur par l'ignorance où ils seroient des donations.

## §. I. Quelles donations sont sujettes à l'insinuation.

Toutes les donations entre-vifs, quelles qu'elles soient, sont sujettes à l'insinuation.

L'ordonnance de 1539 s'étant exprimée en termes généraux, on fit la question de savoir, si les donations rémunératoires étoient comprises dans la disposition de la loi. La raison de douter étoit que ces donations, que le devoir d'une juste reconnoissance engage le donateur à faire, ne sont pas proprement des donations; car, suivant Julien, une donation n'est proprement

une donation, que lorsque quelqu'un donne sans avoir aucun sujet de donner, que celui d'exercer sa libéralité. *Dat aliquis eâ mente, ut statim velit accipientis fieri, nec ullo casu ad se reverti: et propter nullam aliam causam facit, quàm ut liberalitatem et munificentiam exercent. Hæc propriè donatio appellatur; l. 1, ff. de donationib.*

Cette question fut décidée par la déclaration rendue en interprétation de l'ordonnance de 1539, qui porte que toutes les donations, encore bien qu'elles soient simples, ains rémunératoires, ou autrement causées, sont sujettes à l'insinuation.

L'ordonnance de 1731, art. 20, porte aussi, que même les donations rémunératoires doivent être insinuées.

Il y avoit peu lieu de douter que les donations rémunératoires, qui contiennent une énonciation vague de services incertains, dussent être sujettes à l'insinuation; autrement il auroit été au pouvoir du notaire et des contractants d'é luder quand ils voudroient la disposition de l'ordonnance, en insérant dans l'acte cette clause, qui, par la suite, seroit devenue de style, et auroit rendu la loi sans effet.

Il y auroit plus de difficulté à l'égard des donations qui seroient faites pour récompense de services certains et désignés par l'acte de donation. Néanmoins celles-ci sont aussi sujettes à l'insinuation, si les services, en récompense desquels la donation a été faite, quoique constants, sont des services qui ne sont pas appréciables à prix d'argent, et pour lesquels le donataire n'auroit aucune action contre le donateur pour en être

récompensé; car, quoiqu'une donation faite pour récompense de tels services ne soit pas si parfaite que la donation simple, néanmoins c'est toujours vraiment une donation, puisque le donateur donne, sans qu'il soit besoin de donner. C'est ici, *liberalitas nullo jure cogente facta*.

Que si les services en récompense desquels la donation a été faite étoient, et constants, et appréciables à prix d'argent, mais que le prix desdits services fût inférieur en valeur à la chose donnée, ce seroit encore une donation, qui, faute d'insinuation, seroit nulle, sauf au donataire d'exercer ses actions pour se faire payer du juste prix des services par lui rendus.

Que si le prix de ces services est égal à la valeur de la chose donnée, en ce cas, cette donation rémunératoire n'en a que le nom; et, quoique le notaire l'ait qualifiée telle, elle n'est pas en effet une donation rémunératoire, mais une donation en paiement, une vente de la chose donnée pour la somme due à l'acquéreur pour le prix de ses services, et, par conséquent, un tel acte n'est pas sujet à l'insinuation.

On a fait la même question à l'égard des donations onéreuses qu'à l'égard des donations rémunératoires; c'étoit la même raison de douter. On disoit que ces donations onéreuses ne sont pas proprement et parfaitement des donations, étant du caractère de la donation parfaite de n'avoir d'autre cause que celle d'exercer une libéralité. Néanmoins l'ordonnance de Moulins assujettit en termes formels à l'insinuation les *donations onéreuses*.

Cela doit s'entendre des donations dont les charges



ne sont pas appréciables à prix d'argent, telles que sont celles faites à la charge de services et fondations, que l'ordonnance de 1731, art. 20, déclare par cette raison être de vraies donations sujettes à l'insinuation.

Quand même les charges seroient appréciables à prix d'argent, si le prix est de beaucoup inférieur à celui de la chose donnée, c'est encore, en ce cas, une donation qui pourra être annulée faute d'insinuation, réservant au donataire son action pour se faire payer, s'il a accompli ces charges.

Que si les charges que le donateur a stipulées à son profit, sont charges appréciables, et dont le prix égale à-peu-près l'héritage donné, ce n'est pas une donation, et, par conséquent, il n'est pas besoin d'insinuation. Cela a été jugé par arrêt du 3 avril 1716, au sixième tome du *Journal des Audiences*, dans l'espèce d'une donation faite à la charge de nourrir le donateur, la valeur des choses données n'excédant pas le prix de cette charge.

On a douté si les donations mutuelles avoient besoin d'insinuation. La raison de douter étoit que ces donations n'en avoient que le nom, et étoient plutôt des contrats intéressés.

L'ordonnance de Moulins a décidé qu'elles y étoient sujettes. Malgré le texte formel de cette ordonnance, Ricard a soutenu que les donations mutuelles, lorsqu'il y avoit parfaite égalité, et dans ce qui étoit donné de part et d'autre, et par rapport aux personnes des donateurs qui étoient l'une et l'autre en santé, n'étoient pas sujettes à insinuation; ces donations n'ayant de la donation que le nom, puisque, dans ce contrat, cha-

cun reçoit autant qu'il donne. Ce sentiment de Ricard est manifestement contraire au texte de l'ordonnance de Moulins. En vain Ricard dit que l'ordonnance de Moulins n'a entendu parler que des donations mutuelles inégales; c'est donner un sens ridicule à cette ordonnance, que de dire qu'en assujettissant les donations mutuelles à l'insinuation, elle n'y assujettit que celles qui ne sont pas parfaitement mutuelles, mais qui ne le sont que *aliquatenus*. Aussi le sentiment de Ricard n'a pas été suivi, et il est aussi réprouvé par l'ordonnance de 1731, qui dit que les donations mutuelles sont sujettes à l'insinuation, quand même elles seroient parfaitement égales. La raison en est que, quoique les donations mutuelles ne soient pas proprement des donations, et ne contiennent pas une vraie libéralité, néanmoins il suffit que le donateur se soit dépouillé de ses biens, sans avoir reçu à la place qu'une espérance qui n'a pas eu d'effet, pour que le motif de l'ordonnance, qui a assujetti les donations à l'insinuation, s'y rencontre. Car, ce motif tendant à la fin de ne pas induire en erreur les héritiers qui accepteroient la succession, et les tiers qui contracteroient avec lui, dans l'ignorance où ils seroient les uns les autres qu'il s'est dépouillé de ses biens par des donations; peu importe, pour remplir cette vue, qu'il s'en soit dépouillé par une parfaite libéralité ou par un don mutuel, pourvu qu'il s'en soit dépouillé.

On a demandé si les donations par contrat de mariage sont sujettes à l'insinuation? Quoiqu'elles soient dispensées des autres formalités des donations, elles ne sont pas dispensées de l'insinuation. Néanmoins il

faut à cet égard distinguer celles qui sont faites à l'un des conjoints par quelqu'un des ascendants, et celles qui leur sont faites par d'autres personnes, et celles que les conjoints se font entre eux.

L'ordonnance de 1731, art. 19, excepte les premières de la nécessité de l'insinuation. Ricard avoit été aussi de cet avis. La raison en est que l'obligation de doter les enfants, étant de la part des ascendants une obligation naturelle, ces donations ne sont pas tant des donations que l'acquiescement d'une dette naturelle. D'ailleurs les mariages étant publics, et les ascendants qui marient leurs enfants, étant présumés les doter lorsqu'ils les marient, ces donations ne peuvent être ignorées, et, par conséquent, n'ont pas besoin de l'insinuation pour être rendues publiques.

Ricard avoit limité son sentiment aux donations qui seroient faites, *intra legitimum modum*; mais cette limitation trop scrupuleuse n'a pas été suivie par l'ordonnance.

Les donations, quoique faites par des ascendants, ailleurs que par contrat de mariage, sont sujettes à l'insinuation, l'ordonnance n'ayant excepté que celles faites par contrat de mariage.

On pourroit peut-être néanmoins étendre la disposition de l'ordonnance aux donations faites par un ascendant pour le titre clérical du donataire, lorsqu'elle n'exécède pas la somme réglée pour le titre clérical, y ayant une très grande parité de raison.

Il en est de même de la donation faite par un ascendant pour la profession religieuse du donataire, dans un couvent où il est permis de recevoir des dots,

lorsque la donation n'excède pas ce qu'il est permis de donner pour ces dots.

Par la même raison, les donations de la seconde espèce, faites par contrat de mariage, c'est-à-dire celles faites aux conjoints par autres personnes que par les ascendants, sont sujettes à l'insinuation, puisque l'ordonnance n'a excepté que celles faites par les ascendants, et que d'ailleurs la même raison ne s'y rencontre pas, n'y ayant aucune obligation naturelle de doter de la part des collatéraux et étrangers.

Enfin, les donations par contrat de mariage, de la troisième espèce, c'est-à-dire celles faites par les conjoints entre eux, sont sujettes à l'insinuation.

Mais on n'y doit pas comprendre les conventions ordinaires des contrats de mariage, quoiqu'elles contiennent un titre lucratif. Tel est l'augment dans le pays de droit écrit; et, dans le pays coutumier, le douaire, le préciput d'une certaine somme, soit en argent, soit en effets mobiliers; ordonnance de 1731, art. 21.

La convention que les biens de communauté demeureroient en entier au survivant, à la charge de payer une somme modique aux héritiers du prédécédé, doit passer pour une simple convention et une loi de contrat de communauté, plutôt que pour une donation; et elle n'est pas, en conséquence, sujette à l'insinuation.

On a jugé aussi que la convention que le conjoint jouiroit en usufruit des biens du prédécédé étoit une convention matrimoniale plutôt qu'une donation, et, par conséquent, non sujette à l'insinuation; arrêt du 8 août 1719.

Il faut observer que, quoique les donations faites par le mari à la femme, par le contrat de mariage, soient sujettes à l'insinuation, néanmoins les héritiers du mari ne peuvent lui en opposer le défaut; ordonnance de 1731, art. 30. La raison en est que le mari, comme administrateur des biens de sa femme, ayant été obligé à la faire faire, il est responsable envers sa femme de ce défaut. D'où il suit que les héritiers du mari ne sont pas recevables à opposer un défaut dont, en leur qualité d'héritiers, ils se trouvent responsables.

Néanmoins, si, dans le pays de droit écrit, la donation eût été faite à la femme, pour lui tenir lieu de biens paraphernaux; comme le mari n'a pas l'administration de ces sortes de biens que la femme a droit d'administrer elle-même sans son mari, il ne peut être à cet égard responsable du défaut d'insinuation, et, par conséquent, le défaut en peut être opposé par les héritiers du mari; ordonnance de 1731, art. 30.

Les donations sont sujettes à l'insinuation, quelles que soient les choses qui en soient l'objet. Néanmoins les donations des choses mobilières en sont dispensées en deux cas.

Le premier est lorsqu'il y a tradition réelle. La raison en est que les meubles n'ont pas de suite, et que leur fréquent commerce, et leur nature à passer successivement dans beaucoup de mains, oblige à dispenser de toutes formalités les dispositions qui se font de ces sortes de choses, lorsqu'elles sont suivies de tradition réelle.

Le second cas auquel les donations de meubles sont dispensées de l'insinuation, c'est lorsqu'il n'y a pas, à



la vérité, de tradition réelle, mais que leur valeur n'exécède pas la somme de mille livres. La modicité, en ce cas, les a fait dispenser de la nécessité de l'insinuation.

On a demandé si la donation des biens à venir, faite par contrat de mariage, par d'autres que par les ascendants, étoit sujette à l'insinuation? Il semble qu'elle ne devrait pas l'être; car les motifs qui ont fait établir l'insinuation ne se rencontrent pas à l'égard de ces donations, puisque ces donations n'étant pas des choses qui ne restent au donataire que lors du décès du donateur, à la charge de toutes les dettes que devra lors ce donateur, il n'y a aucun lieu de craindre qu'elles puissent induire en erreur préjudiciable, ni ceux qui contracteront par la suite avec le donateur, ni ses héritiers. Néanmoins la jurisprudence a assujéti ces sortes de donations, et même les institutions contractuelles, à l'insinuation. Lemaître en apporte une raison assez mauvaise, qui est de dire qu'il est toujours nécessaire que ces donations soient publiques, si ce n'est pour ceux qui contracteront avec le donateur, au moins pour ceux qui contracteront avec ses héritiers présomptifs, comptant sur l'espérance de la succession qu'ils ignorent leur être ôtée par les donations. Il valoit mieux ne pas dire de raison que d'en dire une si pitoyable. Il faut plutôt dire que les héritiers du donateur ne laissent pas d'avoir intérêt de connoître ces donations, afin de ne pas accepter la succession du donateur; car, quoiqu'en l'acceptant ils eussent un recours pour les dettes contre le donataire, jusqu'à concurrence des choses données, ils ont néanmoins grand intérêt de ne pas accepter, ce recours ne les mettant pas à couvert des

poursuites des créanciers, étant souvent mauvais, ou accompagné de discussions.

Les donations sont sujettes à l'insinuation, quelles que soient les personnes entre qui elles sont faites. Il faut en excepter néanmoins celles faites au roi. La raison en est que les lois n'obligent que les sujets, et non le souverain. Il ne peut donc être assujetti à la loi de l'insinuation.

*Vice versâ.* Celles faites par le roi n'y sont pas assujetties. La première ordonnance qui a établi les insinuations, et qui est celle de 1539, y est formelle.

Au reste, il ne faut pas conclure de ces termes que les donations faites, soit par un étranger à un François, soit par un François à un étranger, ne soient pas sujettes à l'insinuation : car, comme l'observe Ricard, les lois exercent leur empire sur tous les biens du royaume. L'étranger, par rapport à la disposition, ou à l'acquisition qu'il fait de ces biens, y est sujet, et peut, à cet égard, être compris sous le terme de *nos sujets*.

#### §. II. Où l'insinuation doit-elle être faite.

Suivant les anciennes ordonnances, l'insinuation devoit se faire dans les greffes des juridictions royales du domicile du donateur, et des lieux où les choses données étoient situées. Le roi, par édit de 1703, ayant établi des greffes des insinuations dans chaque juridiction royale, les insinuations ont cessé de pouvoir se faire dans les greffes ordinaires des juridictions royales, et ont dû se faire dans ces nouveaux greffes.

Depuis, ayant été permis aux greffiers des insinua-

tions d'établir des bureaux d'arrondissement dans les justices des seigneurs, il s'éleva la question de savoir si les insinuations étoient valablement faites dans ces bureaux d'arrondissement. Cette question fut décidée par la déclaration du roi, du 10 novembre 1717, qui décida que les insinuations qui avoient été faites, et qui seroient faites par la suite dans ces bureaux, seroient aussi valables que si elles eussent été faites aux greffes des insinuations des juridictions royales.

Depuis, par la déclaration du 7 février 1731, le roi a voulu que les insinuations ne pussent se faire qu'aux greffes des insinuations, établis près les juges royaux ressortissants nuement aux cours, et qui ont la connaissance des cas royaux.

Les lois touchant les lieux où l'insinuation doit se faire ayant été différentes, selon les différents temps, est-ce la loi du temps où la donation a été faite, ou celle du temps où l'insinuation se fait, qui doit décider? C'est la loi qui a lieu au temps où l'insinuation se fait. La déclaration de 1731 déclare nulles toutes les insinuations qui se feront à l'avenir; elle dit indistinctement: Les insinuations des donations qui se feront à l'avenir. Le bureau, qui étoit compétent lors de la donation, ayant cessé de l'être, on ne peut plus faire l'insinuation dans un bureau devenu incompétent.

L'insinuation devant se faire dans la juridiction du domicile du donateur; s'il en a changé, est-ce dans le lieu du domicile qu'il avoit lors de la donation, ou dans celui du domicile qu'il avoit lors de l'insinuation, qu'elle doit être faite? Ricard fait à cet égard une distinction qui est que, si l'insinuation est faite dans

le temps porté par l'ordonnance, comme, en ce cas, l'insinuation a un effet rétroactif au temps de la donation, et qu'elle vaut dès ce temps, elle doit être faite dans le lieu du domicile que le donataire avoit lors de la donation; si elle ne se fait qu'après le temps porté par l'ordonnance, comme, en ce cas, cette insinuation ne vaut que du jour qu'elle est faite, elle doit se faire au lieu du domicile qu'a le donateur lorsqu'elle est faite.

A l'égard de la disposition des ordonnances qui portent que les donations seront aussi insinuées dans les lieux où les choses données sont situées, il est évident qu'elle ne peut avoir lieu pour les choses qui, par leur nature, n'ont pas de situation, tels que sont les meubles. Les donations des meubles ne sont donc sujettes qu'à l'insinuation du lieu du domicile.

Les choses incorporelles n'ont pas aussi de situation, n'y ayant que les corps qui en soient susceptibles; or, tous les droits, toutes les choses *quæ in jure consistunt*, sont comprises parmi les choses incorporelles; d'où il semble suivre que les donations de toutes ces choses ne sont sujettes qu'à l'insinuation du domicile.

Néanmoins, comme les droits qu'on a dans quelque héritage, *jura in re*, tels que les droits d'usufruit, de rente foncière, de champart, sont, en quelque façon, comme une partie de l'héritage, la donation de ces sortes de droits est sujette à l'insinuation dans la juridiction du lieu où est situé l'héritage.

En est-il de même des droits *ad rem*? Par exemple, si quelqu'un avoit donné à un autre le droit qu'il avoit de se faire livrer un héritage, la donation devoit-elle

être insinuée au lieu de la situation de l'héritage? Je le pense; car donner un droit qui se termine et se résout dans l'héritage, c'est comme si on donnoit l'héritage même.

A l'égard des autres droits et créances qui ne se terminent qu'à quelque chose de mobilier, comme aussi à l'égard des rentes constituées, soit perpétuelles, soit viagères, la donation de ces sortes de choses n'est sujette qu'à l'insinuation au lieu du domicile du donateur, ces sortes de choses n'ayant pas de situation.

Il y a néanmoins certaines rentes qui, à cause du bureau de paiement qu'elles ont dans un certain lieu, sont censées avoir leur assiette et situation au lieu où est ce bureau; comme sont celles sur l'Hôtel-de-Ville de Paris, etc. D'où il suit que les donations de ces rentes doivent être insinuées en la juridiction de ce lieu, comme lieu de la situation des choses données.

Les offices, quoique êtres incorporels, sont censés avoir une insinuation au lieu où s'en fait l'exercice, et, par conséquent, la donation d'un office doit être insinuée en ce lieu.

On a demandé si la donation des droits successifs appartenants au donateur, ou des biens présents du donateur, doit être située au lieu où étoient situés les héritages compris dans la succession, ou dans les biens donnés. La raison de douter est que, dans des droits successifs, une universalité de biens est considérée comme une universalité des corps qui la composent. Néanmoins, comme les corps qui y sont compris sont réellement et effectivement donnés par la donation de l'universalité qui les comprend, il faut



dire que l'insinuation doit être faite au lieu où ils sont situés.

Il en est autrement de la donation des biens qui se trouveront lors du décès du donateur. Comme cette donation ne comprend aucun corps certain, l'insinuation du domicile suffit.

Lorsque d'une terre et seigneurie qui a été donnée, dépendent plusieurs corps ou pièces d'héritages situés en différentes juridictions, Ricard et Lalande sont d'avis qu'il suffit de faire l'insinuation en la juridiction du lieu où est situé le chef-lieu. Ce sentiment est fort plausible; car le chef-lieu est représentatif de tout ce qui en dépend; il est néanmoins plus sûr de faire l'insinuation dans les différents lieux. On pourroit peut-être user ici de la distinction que l'édit des criées met entre les fiefs et les héritages censuels, et dire qu'à l'égard des fiefs, il suffit de faire l'insinuation en la justice royale, et qu'à l'égard des héritages censuels, il faut la faire dans les différents lieux.

### §. III. Comment et quand doit-on faire l'insinuation.

L'insinuation se fait en transcrivant dans les registres publics, destinés pour cet effet, l'acte de donation. Il faut que ce soit l'acte même de donation qui soit ainsi transcrit; il ne suffiroit pas d'en transcrire un qui la confirmeroit, à moins que l'acte de donation ne s'y trouvât inséré en entier.

Au reste, il n'importe par qui se fasse cette insinuation. Tout porteur de l'acte le peut, quand même il n'auroit pas de mandat pour cela; car la loi, en ordonnant l'insinuation, n'a eu autre chose en vue que

de rendre la donation publique. La fin est remplie, lorsqu'elle est transcrite dans les registres publics; et il est indifférent pour cette fin par qui l'insinuation soit faite, pourvu qu'elle soit faite.

L'insinuation doit être faite dans les quatre mois du jour de la date de la donation, pour le regard des personnes et biens qui sont dans le royaume, et dans six pour ceux qui sont hors du royaume.

Lorsque la donation a été acceptée *ex intervallo*, par un acte différent, le temps des quatre mois ne court que du jour de l'acceptation; car la donation n'est parfaite, et n'est donation que de ce jour, et l'insinuation n'auroit pu se faire auparavant, puisque l'insinuation suppose nécessairement une donation, et qu'il n'y a proprement pas de donation avant l'acceptation, mais un simple projet.

Que si une donation a été faite sous une condition suspensive, le temps courroit du jour de la donation, et non pas seulement du jour de l'échéance de la condition; la raison en est, qu'encore que la donation soit en suspens jusqu'à l'échéance de la condition, néanmoins, lorsque la condition vient à exister, elle a un effet rétroactif, et la donation vaut du jour du contrat, suivant le principe de droit commun à tous les actes entre-vifs, que les conditions de ces actes ont un effet rétroactif au temps du contrat.

Que si la donation conditionnelle est donation, dès le temps de sa date, il s'ensuit que le temps de l'insinuation doit courir du jour de la date, et non pas seulement du jour que la condition a existé; autrement on ne satisferoit pas aux ordonnances.

Lorsque le donateur a confirmé sa donation par un acte subséquent, si le premier acte étoit valable, le temps court du jour de la donation, et non pas du jour de la confirmation, qui est un acte inutile, le donateur ne pouvant plus donner ce qui a cessé d'être à lui ; c'est pourquoi on ne doit pas distinguer avec Ricard si cet acte étoit revêtu des formes de la donation.

Lorsque l'insinuation se fait dans le temps de l'ordonnance, elle a un effet rétroactif au temps du contrat, c'est-à-dire qu'elle est également valable comme si elle eût été faite dès l'instant du contrat.

D'où il suit, 1<sup>o</sup> que lorsqu'elle se fait dans le temps de l'ordonnance, il n'importe qu'elle se fasse du vivant ou après la mort du donateur.

2<sup>o</sup> Il suit que, lorsqu'elle se fait dans le temps de l'ordonnance, elle est valable, même à l'égard des tiers qui auroient contracté avec le donateur dans le temps intermédiaire entre la donation et l'insinuation ; ces tiers, par exemple, ne pourront prétendre aucune hypothèque sur les choses données, parceque l'insinuation remontant au temps de la donation, ils n'en ont pu acquérir sur les choses données, qui, dès le temps de la donation, avoient cessé d'appartenir au donateur avec qui ils ont contracté.

L'insinuation qui ne se fait qu'après le temps de l'ordonnance n'est pas tout-à-fait inutile, pourvu qu'elle se fasse du vivant du donateur ; mais elle n'a d'effet que du jour de sa date, et en cela elle diffère de celle qui se fait dans le temps de l'ordonnance, dont l'effet remonte à la date de la donation.

De là il suit que la donation ne pourra être opposée aux créanciers qui auroient contracté avec le donateur dans le temps intermédiaire entre la donation et cette insinuation faite après le temps de l'ordonnance, lesquels pourront exercer leurs hypothèques sur les choses données; et de même tous les autres tiers au profit desquels le donateur auroit, depuis la donation, dans ledit temps, disposé des choses données, ou de quelque droit sur lesdites choses, pourront pareillement les demander contre le donataire qui ne pourra leur opposer sa donation. Mais le donataire n'aura rien à craindre de tous ceux avec lesquels le donateur contracteroit depuis l'insinuation, non plus que des héritiers du donateur.

A l'égard de l'insinuation qui ne se feroit qu'après le temps de l'ordonnance, et après la mort du donateur, elle seroit absolument nulle; car, les héritiers du donateur ayant une fois acquis, faute d'insinuation, dès l'instant de la mort du donateur, un droit aux choses données, ils ne peuvent plus en être dépouillés par l'insinuation qui se feroit depuis.

L'insinuation ne peut, à la vérité, se faire après la mort du donateur, lorsque le temps de l'ordonnance est passé; mais peu importe, lorsqu'elle se fait, que le donataire ait perdu la capacité de donner; et, en cela, l'insinuation est différente de l'acceptation. La raison de différence est que l'acceptation est nécessaire pour former la donation, qui ne peut sans cela exister. Or, il est évident qu'elle ne peut plus se former dans un temps où le donateur n'est plus capable de donner. Il n'en est pas de même de l'insinuation; elle n'est pas

requis pour former la donation, mais seulement pour sa publicité. La donation a toute sa forme intrinsèque, indépendamment de l'insinuation; elle est valable entre le donateur et le donataire. Il est donc indifférent que, lors de l'insinuation, le donateur ait conservé ou non la capacité de donner; il suffit qu'il l'ait eue lors de la donation.

Il importe aussi fort peu, pourvu que le donateur vive, que l'insinuation se fasse du vivant ou après la mort du donataire; ordonnance de 1731, art. 26.

§. IV. Par qui le défaut d'insinuation peut-il être opposé.

L'insinuation des donations n'ayant été requise par les ordonnances que pour les rendre publiques, et afin, comme nous l'avons déjà dit, de ne pas induire en erreur ceux qui par la suite contracteroient avec le donateur, et ceux qui seroient appelés à sa succession; il s'ensuit que le défaut d'insinuation ne peut être opposé par le donateur, puisque ce n'est pas par rapport à lui que l'insinuation a été ordonnée, et qu'il ne peut y avoir aucun intérêt. Cela est d'ailleurs formellement décidé par l'ordonnance de Moulins, art. 58, qui porte: « Faute de ladite (insinuation), seront nulles et de nul effet, tant en faveur des créanciers que de l'héritier du donnant; » et par l'art. 27 de l'ordonnance de 1731.

A l'exception du donateur lui-même, toutes les autres personnes ont intérêt à la nullité de la donation, et peuvent opposer le défaut d'insinuation, et la soutenir nulle par ce défaut.

Non seulement les créanciers et les acquéreurs à titre onéreux peuvent opposer ce défaut, les donatai-



res postérieurs à la donation et les légataires le peuvent aussi. L'ordonnance de 1731, art. 27, le décide en termes formels. Il est vrai que le défaut de publicité de la donation ne leur fait pas courir le même risque que courent des créanciers et des acquéreurs à titre onéreux qui contracteroient avec le donateur, et que courent les héritiers du donateur, puisque ceux-ci peuvent perdre leur propre bien en contractant avec le donateur que ces donations auroient rendu insolvable, ou en acceptant la succession devenue mauvaise: mais l'intérêt de ceux-ci ayant une fois fait établir la nécessité de l'insinuation, pour la validité des donations, tous les autres, quoiqu'ils aient un intérêt beaucoup moindre à la publicité des donations, et qui seul auroit été suffisant pour faire porter la loi, profitent de la loi portée, et sont reçus à opposer le défaut d'insinuation, pour l'intérêt qu'ils y ont, quel qu'il soit. Or, on ne peut nier que ce donataire postérieur n'eût un intérêt de connoître la première donation; car, la connoissance qu'il en auroit eue, en empêchant d'accepter la donation postérieure qui lui en auroit été faite, l'auroit préservé du regret qu'il auroit de n'avoir pas une chose qu'il auroit comptée à lui, regret qu'on n'a pas lorsqu'on n'a jamais compté que la chose nous appartînt.

On peut ajouter, à l'égard du donataire, que l'héritier étant débiteur envers le légataire de la chose léguée, le légataire peut exercer les droits de l'héritier son débiteur, et, par conséquent, exercer le droit qu'à l'héritier d'opposer le défaut d'insinuation pour retenir ou revendiquer les choses données.

Les héritiers du donateur peuvent aussi opposer le

défaut d'insinuation. La raison de douter étoit qu'un héritier est obligé d'entretenir tous les engagements contractés par le défunt; *cum succedat in omne jus defuncti*. Mais l'intérêt public a fait décider que les héritiers pourroient opposer ce défaut, pour que ce défaut de connoissance de la donation n'engageât pas des héritiers à accepter une succession onéreuse, dans laquelle ils croiroient être compris les biens que le défunt a donnés.

Par la même raison, lorsque le mari a donné entre-vifs un conquêt de sa communauté, et qu'il précède, sa veuve pourra, aussi-bien que les héritiers, opposer le défaut d'insinuation, pour la part qu'elle a droit de prétendre comme commune dans ce conquêt; car elle a intérêt d'en avoir connoissance, pour prendre son parti sur l'acceptation de la communauté.

Même du vivant du mari, la femme, en cas de séparation, ou les héritiers de la femme, en cas de prédécès de la femme, peuvent opposer ce défaut par la même raison.

Il est bon d'observer que Lebrun va trop loin, lorsqu'il dit que la femme ou ses héritiers pourroient opposer le défaut d'insinuation pour leur part dans le conquêt donné, même dans les quatre mois depuis la donation; parceque, dit-il, la communauté ayant été dissoute, quoique avant les quatre mois, le mari n'étant plus le maître de la communauté ne peut perfectionner, par l'insinuation, la donation qu'il a faite de ce conquêt. La réponse est que l'insinuation n'appartient pas proprement à la perfection, mais à la publicité de la donation. Elle a été parfaite par le contrat; mais

sujette à être annulée vis-à-vis du tiers, si le donataire ne satisfaisoit pas à la loi qui exige l'insinuation. Mais tant que les quatre mois ne sont pas expirés, il n'est pas en demeure et ne doit donc pas perdre l'effet de la donation, puisque l'insinuation qu'il fait avant l'expiration du terme a un effet rétroactif, comme nous l'avons vu ci-dessus.

Si le créancier ou l'héritier du donateur avoit eu connoissance de la donation; par exemple, s'ils eussent reçu l'acte comme notaires, s'ils l'eussent souscrit comme témoins, pourroient-ils opposer le défaut d'insinuation? Je le pense : car, quoique la raison qui a fait introduire la nécessité de l'insinuation ne se rencontre pas à leur égard, néanmoins il suffit que les ordonnances aient introduit ce moyen de rendre publiques les donations, pour qu'il ne puisse être accompli par équipollence, et pour que tous ceux qui ont intérêt à la publicité de la donation, quelque connoissance particulière qu'ils en aient, soient reçus à en prétendre cause d'ignorance tant qu'elle n'est pas publique par le moyen que la loi a introduit pour sa publicité. On peut encore dire que depuis que les ordonnances ont introduit l'insinuation, pour éviter qu'il ne se fît des donations simulées, il résulte du défaut d'insinuation une présomption que ces donations qu'on a voulu tenir cachées, en ne les faisant pas insinuer, sont des donations simulées, et ceux même qui en ont conuoissance ont droit d'en porter ce jugement, et, par conséquent, d'opposer le défaut d'insinuation.

§. V. Quelles exceptions peut-on opposer ou non contre le défaut d'insinuation.

La meilleure exception qu'on puisse opposer contre le défaut d'insinuation est que celui qui oppose le défaut d'insinuation se trouve responsable envers le donataire de ce défaut.

Cela arrive toutes les fois que celui qui oppose le défaut d'insinuation se trouve avoir été l'administrateur des biens du donataire, et, en cette qualité, tenu de faire faire l'insinuation; ou bien encore, lorsque celui qui oppose le défaut d'insinuation est l'héritier de cet administrateur: car, en cette qualité, il succède aux obligations de cet administrateur.

C'est par cette raison que l'ordonnance de 1731, art. 30, décide que les héritiers du mari ne pourront opposer le défaut d'insinuation des donations qu'il a faites à sa femme; car le mari, comme administrateur des biens de sa femme, étoit, en cette qualité, tenu de faire faire cette insinuation, et, faute de l'avoir faite, il est obligé envers sa femme aux dommages et intérêts qui en résultent, laquelle obligation passe à ses héritiers. Or, il seroit contradictoire qu'une personne opposât le défaut d'insinuation, lorsqu'elle est elle-même tenue des dommages-intérêts qui résultent de ce défaut.

Par la même raison, si un tuteur a fait une donation à son mineur, les héritiers de ce tuteur ne seront pas recevables à opposer le défaut d'insinuation; article 31.

Par la même raison, si Pierre m'a fait une donation,

mon-tuteur, mon curateur, mon mari, ou son héritier, qui deviendrait par la suite héritier de Pierre, ou qui deviendrait créancier de Pierre, ne pourroit pas, en ladite qualité d'héritier ou de créancier de Pierre, m'opposer ce défaut, parceque je répliquerois qu'en la qualité qu'il a eue de mon tuteur, curateur, ou mari, il est responsable envers moi de ce défaut.

Il paroîtroit suivre de là que si, par un contrat de donation, le donateur s'étoit, à peine de tous dépens ou dommages-intérêts, chargé de faire faire lui-même l'insinuation, son héritier ne pourroit en opposer le défaut au donataire. Néanmoins l'ordonnance, art 27, décide le contraire, et veut qu'une telle clause soit de nul effet. La raison est qu'une telle clause par laquelle le donateur, qui n'a aucune qualité pour défendre les intérêts du donataire, s'oblige à faire faire lui-même l'insinuation, paroît n'être faite que pour soustraire le donataire à la nécessité de l'insinuation, et pour rendre la donation secrète, et, par conséquent, faite en fraude des lois qui ordonnent l'insinuation. En effet, si cette clause étoit permise, il seroit toujours permis, par le moyen de cette clause, d'éluder l'ordonnance, au moins pour ce qui concerne l'intérêt des héritiers. Or, toute clause en fraude des lois est de nul effet.

La puissance de quelqu'un en laquelle le donataire a été lui donne bien une défense contre cette personne en la puissance de qui il a été, ou contre les héritiers de cette personne, qui lui opposeroient le défaut d'insinuation; mais elle ne lui donne aucune défense contre des tiers, quand même l'insolvabilité de la personne en la puissance de qui a été le donataire ne lui laisse-



roit aucun recours. C'est pourquoi les créanciers du mari peuvent opposer à la femme le défaut d'insinuation des donations qui lui auroient été faites par son mari, quoique la femme, pendant le temps qu'elle étoit en la puissance de son mari, n'ait pas eu la liberté de faire cette insinuation. La femme n'a d'autre ressource, en ce cas, qu'une action de recours contre les héritiers de son mari; et il en seroit de même quand elle n'auroit pas cette ressource, par l'insolvabilité de la succession de son mari. C'est ce qui est décidé par l'art. 28 de l'ordonnance de 1731. La raison en est que l'intérêt de la sûreté publique, qui milite en faveur des créanciers et des acquéreurs du donateur, ne permet pas que le donataire soit restituable, pour quelque cause que ce soit, contre l'omission de l'insinuation que cet intérêt de la sûreté publique demandoit.

Par la même raison, le défaut d'insinuation des donations faites à des mineurs ou à l'Église, peut leur être opposé, quand même l'insolvabilité de leurs tuteurs ou autres administrateurs ne laisseroit aucun recours. Ordonnance de 1731, art. 32.

C'est une exception légitime contre le défaut d'insinuation qu'opposeroit l'héritier du donateur, si le donataire a possédé pendant trente ans l'héritage depuis la mort du donateur : car le droit qu'a l'héritier d'opposer ce défaut consiste dans une action *utile in rem* et révocatoire, que la loi lui donne. Or, cette action est sujette à la prescription commune des actions; ainsi le décide Ricard.

En vain dit-on que personne ne peut prescrire contre son propre titre, qui est vicieux et imparfait,

et qu'ainsi le donataire ne peut prescrire contre le titre de sa donation, qui se trouve vicieux et imparfait par le défaut d'insinuation. La réponse est que la maxime qu'on ne peut prescrire contre son titre est ici mal appliquée par les auteurs qui ont traité cette question, et n'a lieu que lors de la prescription à l'effet d'acquérir. Par exemple, si une personne a commencé de posséder un héritage en vertu d'un bail à loyer, ou bien en vertu d'une vente faite par l'Église sans les formalités requises, elle ne pourra, par quelque temps que ce soit, prescrire contre son titre et acquérir l'héritage, parceque tels titres, étant vicieux, n'ont pu lui donner qu'une possession vicieuse, incapable d'acquérir, par la prescription, la propriété des choses; mais cette maxime, qu'on ne prescrit pas contre son titre, n'a pas lieu à l'égard de la prescription à l'effet de délibérer, qui n'a pas son fondement dans la possession de celui qui prescrit; car, à l'égard de cette prescription, on prescrit tous les jours contre son titre. Le débiteur, dont on n'exige pas la dette pendant trente ans, prescrit contre son titre, et est libéré.

Ces principes, qui sont certains, étant présupposés, il ne s'agit, pour résoudre la question supposée, que de savoir si la prescription dont nous venons de parler est à l'effet d'acquérir ou seulement à l'effet de libérer. Or, il est certain que c'est une prescription à l'effet de libérer; car l'acte de donation est intrinséquement valable, indépendamment de l'insinuation, et a transféré la propriété de la chose donnée au donataire.

Il est vrai que, faute d'insinuation, cette propriété n'étoit pas irrévocable, à cause de l'action révocatoire

*utilis in rem* que la loi donne aux héritiers du donateur et aux tiers, faute d'insinuation; la prescription contre ce défaut d'insinuation n'est donc pas une prescription qui a l'effet de faire acquérir au donataire la propriété de la chose donnée, puisqu'il l'avoit déjà acquise dès l'instant de la tradition qui a suivi la donation. C'est seulement une prescription à l'effet de le libérer des actions que la loi donne à l'héritier du donateur et aux créanciers. La maxime qu'on ne prescrit pas contre son propre titre ne reçoit pas ici d'application.

Des principes que nous avons établis, il suit encore que le temps de cette prescription ne court contre l'héritier du donateur que du jour de la mort du donateur; et contre les créanciers et les tiers-acquéreurs que du jour qu'ils ont contracté avec le donateur: car, suivant nos principes, la prescription contre le défaut d'insinuation, étant une prescription à l'effet de libérer le donataire des actions que la loi donne contre lui aux héritiers et créanciers du donateur, elle ne peut courir que du jour que naissent ces actions; car on ne peut prescrire contre une action avant qu'elle soit née. Or, il est évident qu'elles ne naissent que du jour que nous avons déjà dit.

La possession que le donataire a eue, soit avant la mort du donateur, soit avant le contrat du créancier qui a contracté avec le donateur, ne peut couvrir le défaut d'insinuation, quoique, s'il eût possédé ces choses sans titres, il les eût pu prescrire; et c'est ici le cas où ont lieu les maximes qu'on ne prescrit pas contre son titre, et qu'il vaut mieux n'avoir pas de titre que d'en avoir un qui soit vicieux; s'il les avoit

possédés sans titres, il les auroit possédés *simpliciter*; et une telle possession n'a rien qui la rende inhabile à produire la prescription. Mais comme la donation renferme la charge de l'insinuation, la possession que lui donne la donation est une possession qui contient la charge de l'insinuation, et qui par elle-même ne peut pas cesser de la contenir, parcequ'une possession, quelque temps qu'elle dure, continue toujours telle qu'elle a commencé; *cum nemo sibi causam suæ possessionis mutare possit*. La possession, quelque longue qu'elle soit, ne peut donc par elle-même décharger le donataire de la nécessité de l'insinuation. Il n'en peut être déchargé que par l'extinction des droits de ceux à qui la loi avoit donné le droit d'en opposer le défaut, lesquels droits s'éteignent par le non usage, c'est-à-dire faute par eux d'en avoir usé pendant le temps de trente ans depuis qu'ils ont commencé d'avoir ce droit.

## ARTICLE IV.

Par quels actes les donations entre-vifs doivent-elles être faites.

L'ordonnance de 1731, art. 1, veut que tous les actes portant donations soient passés par-devant notaires, et qu'il en reste minute, à peine de nullité.

Le motif de cette loi a été d'empêcher les fraudes, et qu'il ne fût pas permis au donateur et en son pouvoir de faire des donations qu'il soit le maître de révoquer pendant sa vie, quoique conçues entre-vifs, en retenant par-devers lui l'acte de donation, ou en le mettant entre les mains d'une personne affidée qui

possédés sans titres, il les auroit possédés *simpliciter*; et une telle possession n'a rien qui la rende inhabile à produire la prescription. Mais comme la donation renferme la charge de l'insinuation, la possession que lui donne la donation est une possession qui contient la charge de l'insinuation, et qui par elle-même ne peut pas cesser de la contenir, parcequ'une possession, quelque temps qu'elle dure, continue toujours telle qu'elle a commencé; *cum nemo sibi causam suæ possessionis mutare possit*. La possession, quelque longue qu'elle soit, ne peut donc par elle-même décharger le donataire de la nécessité de l'insinuation. Il n'en peut être déchargé que par l'extinction des droits de ceux à qui la loi avoit donné le droit d'en opposer le défaut, lesquels droits s'éteignent par le non usage, c'est-à-dire faute par eux d'en avoir usé pendant le temps de trente ans depuis qu'ils ont commencé d'avoir ce droit.

## ARTICLE IV.

Par quels actes les donations entre-vifs doivent-elles être faites.

L'ordonnance de 1731, art. 1, veut que tous les actes portant donations soient passés par-devant notaires, et qu'il en reste minute, à peine de nullité.

Le motif de cette loi a été d'empêcher les fraudes, et qu'il ne fût pas permis au donateur et en son pouvoir de faire des donations qu'il soit le maître de révoquer pendant sa vie, quoique conçues entre-vifs, en retenant par-devers lui l'acte de donation, ou en le mettant entre les mains d'une personne affidée qui



auroit ordre de ne le remettre au donataire qu'après la mort du donateur, ou lorsque le donateur le jugeroit à propos. C'est pour ôter ce moyen au donateur que l'ordonnance veut qu'il reste une minute de la donation entre les mains d'un notaire, personne publique dont le donateur ne puisse être le maître. Sans cela, les donations sont suspectes de n'avoir pas le caractère d'irrévocabilité requis par nos lois dans les donations entre-vifs, et, par la raison de cette suspicion, elles sont déclarées nulles.

Le donateur peut-il lui-même opposer ce défaut? On peut dire en faveur du donateur que la loi prononce indistinctement la peine de nullité : que nos lois ayant assujetti le contrat de donation à des formes à peine de nullité, dont une est qu'il soit passé par-devant notaires, la donation est nulle lorsqu'elle n'est pas revêtue de ces formalités ; que ce qui est nul ne peut produire aucun effet à tous égards ; et qu'ainsi une donation qui manque de cette formalité ne peut ni transférer la propriété des choses données ni engager le donateur.

D'un autre côté on peut dire, contre le donateur, que l'ordonnance prononçant cette nullité pour empêcher les fraudes, parceque ces actes sont suspects de la fraude faite à la loi, touchant l'irrévocabilité des donations ; il s'ensuit qu'il n'y a que ceux envers qui cette fraude pourroit avoir été commise, savoir les héritiers du donateur et les tiers, qui soient recevables à alléguer cette fraude. Il est vrai que l'ordonnance de 1731 prononce indistinctement la peine de nullité pour le défaut d'insinuation, et cependant on n'a pas

laissé de tenir que ce défaut ne pouvoit être opposé par le donateur.

Il faut pourtant convenir que l'argument n'est pas concluant. L'insinuation ne concerne que la publicité de la donation, qui a toute sa force sans cela. L'acte par-devant notaire est requis pour la forme même de l'acte; c'est pourquoi on ne peut guère se dispenser de regarder la donation comme entièrement nulle sans cela.

Il reste à observer que cette disposition de l'ordonnance n'a pas lieu pour la donation des choses mobilières, lorsqu'il y a tradition réelle; car, en ce cas, il n'est besoin d'aucun acte.

### SECTION III.

*De l'effet des donations entre-vifs, des cas auxquelles elles peuvent être révoquées, ou souffrir quelques retranchements.*

#### ARTICLE PREMIER.

*De l'effet de la donation entre-vifs.*

§. I. De l'effet de la donation par rapport au donateur.

L'effet de la donation entre-vifs par rapport au donateur est de le dépouiller de la propriété de la chose, et de la transférer au donataire par la tradition qui lui en est faite.

Mais la donation ne contient aucune obligation de garantie de la part du donateur, qui n'est censé donner

la chose qu'autant qu'elle est à lui. Et en cela la donation est différente du contrat de vente dans lequel le vendeur s'oblige, *præstare emptori rem habere licere*.

Lorsque le donataire est évincé de la chose qui lui a été donnée, soit que ce soit sur une action de revendication, soit que ce soit sur une action hypothécaire pour les dettes des auteurs du donateur, il n'y a, pour raison de cette éviction, aucun recours contre le donateur. Ne peut-il pas au moins demander que le donateur lui rembourse les dépenses qu'il auroit faites à l'occasion de la donation, comme du coût du contrat, centième denier, et des augmentations qu'il a faites à la chose, et qui, étant voluptueuses, ne lui sont pas remboursées par le propriétaire? La raison de douter est que le donateur a donné occasion à cette perte que souffre le donataire, en donnant imprudemment ce qui n'étoit pas à lui: c'est donc un tort qu'il a fait au donataire par son imprudence; néanmoins cette raison n'a pas été jugée suffisante pour y obliger le donateur, qui, dans un contrat qui ne se faisoit que pour l'avantage du donataire, ne doit pas être tenu envers lui *de culpâ*, mais seulement *de dolo*. Mais, s'il paroissoit que le donateur eût fait cette donation par malice pour constituer le donataire en frais, sachant qu'il seroit bientôt évincé, il en sera tenu. C'est la décision de la loi 18, §. 3, ff. *de donat*.

Que si l'action hypothécaire étoit pour les dettes du donateur, le donataire auroit le recours qu'ont tous ceux qui paient les dettes d'un autre, à moins que ce donataire ne fût un donataire universel, qui, en cette

qualité, fût tenu d'acquitter les dettes du donateur; ainsi que nous le verrons ci-après.

La donation de la chose d'autrui ne dépouillant le donateur d'aucun droit, puisqu'il n'en avoit aucun, et ne l'obligeant pas à la garantie de la chose, il s'ensuit qu'elle est à son égard sans effet, et c'est en ce sens que *res aliena vendi potest, donari non potest*; et ailleurs, *donari non potest nisi quod ejus fit cui donatum est*; l. 9, §. 3, de donat.

De ce que le donateur n'est pas tenu à la garantie, il s'ensuit que, lorsque quelqu'un a donné la chose d'autrui, le vrai propriétaire de la chose, quoiqu'il soit devenu l'héritier du donateur, ne laisse pas d'être recevable à la revendiquer de son chef: car sa qualité d'héritier du donateur ne l'oblige pas à faire cesser cette demande, puisque le donateur lui-même, s'il vivoit, ne seroit pas obligé à la faire cesser.

La donation de la chose d'autrui n'a-t-elle pas au moins cet effet à l'égard du donateur, qu'elle le rende non-recevable à revendiquer la chose, si, par la suite, il devenoit l'héritier du propriétaire de cette chose? Je le pense ainsi: car, si le donateur ne s'oblige pas à la garantie de la chose donnée, s'il ne s'oblige pas *præstare habere licere*, au moins il s'oblige *per se non fieri quominus habere liceat*. Il n'a pas pu, à la vérité, transférer au donataire un droit en la chose donnée, qu'il n'avoit pas encore; mais il a pu, et il doit être censé avoir voulu renoncer, en faveur du donataire, à tous les droits qui pourroient un jour lui appartenir dans cette chose.

Il reste à observer que, quoique le donateur ne soit

pas tenu, par la nature de la donation, de la garantie des choses données, il peut néanmoins, par une clause particulière, s'y obliger.

§. I. De l'effet de la donation par rapport au donataire.

L'effet de la donation entre-vifs, par rapport au donataire, est de lui transférer par la tradition le droit de propriété que le donateur avoit en la chose donnée.

Si le donateur n'en est pas propriétaire, le donataire ne peut, à la vérité, acquérir d'abord, par la tradition, la propriété que le donateur n'avoit pas; *cùm nemo plus juris in alium transferre possit, quàm ipse habet*. Mais, au moins, la donation lui donne, s'il est de bonne foi, le droit, ou de prescrire la chose, ou d'en acquérir la propriété un jour par la possession, pendant le temps requis par la loi. *Traditio ex causâ donationis, si non transferat dominium quod non habebat donator, tribuit saltem causam usucapionis*.

La donation des choses particulières n'oblige pas le donataire aux dettes du donateur.

Néanmoins, si, au temps de la donation, le donateur savoit, ou devoit savoir qu'il n'étoit pas solvable, ou que, par la donation, il ne lui resteroit pas alors de quoi satisfaire ses créanciers, ceux-ci, en fraude desquels cette donation se trouveroit avoir été faite, quand même ils ne seroient pas hypothécaires, pourroient la faire révoquer par l'action paulienne, quand même le donateur n'auroit pas eu connoissance de la fraude du donateur; et en cela les donataires sont différens de ceux qui acquièrent à titre onéreux, lesquels ne sont



sujets à cette action que lorsqu'ils ont été participants du conseil de fraude.

A l'égard des donataires universels des biens présents, ils sont tenus des dettes que le donateur devoit lors de la donation, par la raison que les dettes sont une charge des biens, et que *bona non intelliguntur, nisi deducto ære alieno*. Ils peuvent néanmoins s'en décharger en abandonnant ce qui leur a été donné. S'ils sont donataires de la totalité des biens, ils sont tenus de la totalité des dettes. S'ils sont donataires d'une partie aliquote, comme d'un tiers, d'un quart, ils sont tenus des dettes pour la même portion dont ils sont donataires.

Un donataire n'est pas moins censé donataire du total des biens, et, par conséquent, tenu du total des dettes, quoique le donateur ait excepté de la donation plusieurs choses particulières, de quelque valeur qu'elles soient, et quand même elles feroient la plus grande partie de ses biens; car le donataire retient, *non tanquàm partem bonorum, sed tanquàm res singulas*. Or, la charge des dettes est charge, *non rerum singularum, sed universalitatis*; laquelle passe en entier à ce donataire.

On comprend, sous le nom de donataires universels, non seulement les donataires de l'universalité générale, mais aussi les donataires de l'universalité particulière d'une certaine espèce de biens, tels que sont les donataires de tout le mobilier, ou d'une partie de tous les acquêts ou propres d'une certaine ligne; mais il faut pour cela que ces donations soient faites *per modum universalitatis*. C'est pourquoi, lorsqu'une personne n'a pour tous acquêts que deux corps d'héritage

ges, et qu'il les donne à quelqu'un, pour que la donation soit réputée universelle, il faut que la donation porte qu'il donne ses acquêts, qui consistent en telle et telle chose. Que si, au contraire, il donne tel et tel héritage, la donation ne sera pas universelle, quoiqu'il n'eût pas d'autres acquêts que la chose donnée, parcequ'il ne l'a pas donnée *per modum universalitatis, sed tanquàm res singulares*.

Lorsque nous disons que les donataires d'une universalité particulière de biens sont donataires universels, nous entendons parler des universalités qui forment une espèce de patrimoine, et qui sont attribuées dans les successions à une certaine espèce d'héritiers, tels que sont les meubles, les acquêts, les propres; mais celui qui seroit donataire de toutes les maisons du donateur, ou de toutes ses vignes, ou de tous ses biens de campagne, etc., ne seroit pas donataire universel; car ces choses sont des espèces de choses, et non pas des espèces de biens. On divise les biens en meubles, en acquêts, et propres; mais jamais on ne s'est avisé de les diviser en maisons, vignes, prés, etc. Ces donations ne sont donc que des donations de choses particulières, qui ne contiennent pas la charge de dettes.

Le donataire d'une certaine espèce de biens est tenu de la portion des dettes dont est chargée la portion des biens dont il est donataire.

Pour régler cette portion, il faut savoir que la charge de toutes les dettes, dont l'universalité de tous les biens est chargée, se répartit entre les universalités particulières dont cette universalité générale est composée,

dans la même raison de valeur que ces universalités particulières sont entre elles. Ainsi, si les immeubles d'une personne sont le double en valeur de ses meubles, les immeubles doivent être chargés du double des dettes. Par conséquent, le donataire des meubles sera tenu seulement du tiers des dettes.

Dans les coutumes où les dettes mobilières suivent les meubles, telles que la coutume de Blois, le donataire des meubles est chargé de toutes les dettes mobilières; mais, dans ces coutumes, pour régler la contribution, le mobilier n'est estimé que sous la déduction des dettes mobilières, dont il est seul tenu.

Les donataires des biens présents ne sont tenus que des dettes que le donateur devoit lors de la donation, et non pas de celles qu'il a contractées depuis; car ces dettes qu'il contracte depuis la donation ne peuvent pas être une charge des biens qui n'appartiennent plus à la personne qui contracte ces dettes; et il ne doit pas être au pouvoir du donateur, après qu'il a donné, de diminuer l'effet de la donation en contractant des dettes.

Mais le donataire des biens présents est tenu des dettes contractées sous condition, avant la donation, quoique la condition n'existe que depuis; car les conditions ont un effet rétroactif au temps du contrat; ce qui fait que ces dettes sont censées avoir existé, et avoir fait partie des charges des biens dès le temps de la donation; car, effectivement, dès ce temps, les biens en étoient chargés, non pas *purè*, mais sous la condition sous laquelle elles avoient été contractées.

Lorsque la donation a été faite des biens présents et

à venir, ou simplement des biens que le donateur laissera à son décès, le donataire est tenu des dettes qui se trouvent lors du décès, et des autres charges de la succession, telles que les frais funéraires.

Il y a au reste cette différence entre la donation des biens présents et à venir, et la donation d'une certaine espèce de biens, que, dans l'espèce de la première donation, le donataire peut se décharger des dettes et charges postérieures à la donation, en se restreignant aux biens présents. Ordonnance de 1731, art. 17; au lieu que, dans la seconde espèce, le donataire doit tout abandonner pour s'en décharger.

#### ARTICLE II.

De la révocation des donations, pour cause de survenance d'enfants.

C'étoit autrefois une question, si les donations faites par un homme qui, lors de la donation, n'avoit pas d'enfants, étoient révoquées par la survenance d'enfants au donateur. Le fondement du sentiment pour l'affirmative est en la loi 8, *cod. de revoc. donat.*, qui est de Constantin et de Constance, dont voici les termes: *Si unquam libertis patronus filios non habens bona omnia, vel partem aliquam facultatum fuerit donatione largitus, et postea susceperit liberos, totum quidquid largitus fuerat, revertatur in ejusdem donatoris arbitrio ac ditione mansurum.*

Ceux qui tenoient la négative prétendoient que cette loi ne contenoit pas une décision générale, et devoit être restreinte au cas d'une donation faite par un pa-

à venir, ou simplement des biens que le donateur laissera à son décès, le donataire est tenu des dettes qui se trouvent lors du décès, et des autres charges de la succession, telles que les frais funéraires.

Il y a au reste cette différence entre la donation des biens présents et à venir, et la donation d'une certaine espèce de biens, que, dans l'espèce de la première donation, le donataire peut se décharger des dettes et charges postérieures à la donation, en se restreignant aux biens présents. Ordonnance de 1731, art. 17; au lieu que, dans la seconde espèce, le donataire doit tout abandonner pour s'en décharger.

#### ARTICLE II.

De la révocation des donations, pour cause de survenance d'enfants.

C'étoit autrefois une question, si les donations faites par un homme qui, lors de la donation, n'avoit pas d'enfants, étoient révoquées par la survenance d'enfants au donateur. Le fondement du sentiment pour l'affirmative est en la loi 8, *cod. de revoc. donat.*, qui est de Constantin et de Constance, dont voici les termes: *Si unquam libertis patronus filios non habens bona omnia, vel partem aliquam facultatum fuerit donatione largitus, et postea susceperit liberos, totum quidquid largitus fuerat, revertatur in ejusdem donatoris arbitrio ac ditione mansurum.*

Ceux qui tenoient la négative prétendoient que cette loi ne contenoit pas une décision générale, et devoit être restreinte au cas d'une donation faite par un pa-



tron à ses affranchis ; que des affranchis qui tenoient tout ce qu'ils étoient de leur patron doivent être plus prêts que d'autres à lui remettre les biens dont il n'auroit pas vraisemblablement disposé s'il eût su qu'il auroit un jour des enfants ; que si cette loi eût fait une décision générale, Justinien en auroit fait mention dans ses *Instituts*, ce qu'il n'a pas fait ; enfin, que saint Augustin, en parlant d'Aurèle, évêque de Carthage, qui avoit restitué des biens donnés à son église à un donateur à qui il étoit survenu des enfants, dit qu'il auroit pu les retenir *sed jure fori, non jure poli. Decreti. part. 2, causa 17, quæst. 4, can. 43, in fine*. Ce qui prouve que la loi, *si unquam*, n'étoit pas observée comme loi générale.

Nonobstant ces raisons, l'opinion pour l'affirmative a prévalu depuis long-temps, et elle est confirmée par l'ordonnance, art. 39. La raison de cette jurisprudence est que celui qui, n'ayant pas d'enfants, fait une donation entre-vifs à quelqu'un, ne la fait qu'à cause de la persuasion où il est qu'il n'aura pas d'enfants, et qu'il est dans cette disposition de volonté ; que s'il prévoyoit en avoir, il ne donneroit pas ; d'où on a tiré la conséquence que la donation devoit être censée contenir en soi une clause tacite et implicite de révocation, en cas de survenance d'enfants.

§. I. Quelles donations sont sujettes à cette révocation.

L'ordonnance, art. 39, veut que toutes donations y soient sujettes : 1° De quelque valeur que lesdites donations puissent être. Il est donc à cet égard égal que

la donation soit de tous les biens, ou d'une partie, ou de choses particulières.

On auroit pu douter autrefois si une donation modique, eu égard aux facultés du donateur, étoit sujette à cette révocation. Les termes de la loi, *si unquam*, 8, *cod. de revoc. donat.*, semblent ne désigner que des donations universelles, ou du moins considérables, dont l'objet fasse une partie notable des biens du donateur; c'est aussi par rapport aux donations, qui font un changement dans la fortune du donateur, qu'il y a lieu à la présomption que le donateur ne les auroit pas faites s'il eût su avoir des enfants; et il semble que cette présomption ne se rencontre pas de même, lorsque la donation est modique.

Néanmoins, il faut décider que toute donation, soit modique, soit considérable, est sujette à cette révocation. Les termes de l'ordonnance y sont précis: *De quelque valeur que les donations puissent être, soit qu'elles soient modiques, soit qu'elles soient considérables.* La raison en est que les nouvelles ordonnances ayant eu pour but principal de retrancher la matière des procès, elle n'a pas cru devoir laisser subsister une différence entre les donations modiques et considérables, laquelle donneroit lieu à des discussions et à des procès, pour juger et estimer quand une donation devoit être jugée et estimée modique ou considérable.

On ne doit pas néanmoins comprendre parmi les donations sujettes à révocation de petits présents de choses mobilières.

Il suit aussi de la généralité des termes de l'ordon-

nance que la donation d'usufruit y est comprise, comme celle faite en propriété.

2° L'ordonnance comprend dans sa disposition les donations, à quelque titre qu'elles aient été faites, encore qu'elles soient mutuelles.

Ricard avoit pensé le contraire, et sa raison étoit que la donation mutuelle semble être plutôt un contrat aléatoire qu'une vraie donation, le donataire recevant les biens du donateur, non gratuitement, mais comme le prix du risque qu'il court de lui faire passer les siens, au cas que ce soit lui qui prédécède. Or, disoit Ricard, il n'y a que les donations simples qui soient sujettes à révocation pour cause de survenance d'enfants. L'ordonnance a décidé le contraire; car il y a même raison de présumer à l'égard de la donation mutuelle, comme à l'égard de la donation simple, que le donateur ne l'auroit pas faite, s'il eût su devoir avoir des enfants.

La donation mutuelle, faite par celui à qui il est survenu des enfants, étant révoquée, celle qui lui est faite par l'autre, à qui il n'en est pas survenu, l'est-elle aussi? Je le pense; car celui-ci ayant donné en considération de la donation qui lui étoit faite, cette donation qui lui a été faite étant révoquée, la cause pour laquelle il avoit donné cesse; il y a donc, par conséquent, lieu à la répétition dont il est parlé au titre du digeste *de conditione sine causâ*.

L'ordonnance comprend en ses dispositions les donations rémunératoires; ce qu'il faut entendre du cas auquel les services ne seroient pas appréciables à prix

d'argent; ou, supposé qu'ils le fussent, s'ils étoient de beaucoup moindre valeur que la chose donnée.

Observez que lorsque la donation est révoquée, en ce cas, le droit de se faire payer de ses services doit être réservé au donataire.

Il faut dire la même chose des donations onéreuses; elles sont sujettes à la révocation, à moins que les charges ne fussent appréciables à prix d'argent, et n'égalassent la valeur des choses données; si elles sont de moindre prix, la donation sera révoquée, les droits du donataire réservés pour se faire payer, s'il avoit déjà acquitté les charges.

Les donations qui consistent dans des remises faites à un débiteur, sont-elles sujettes à révocation? Il faut dire que oui, lorsque ces remises sont faites par pure libéralité; car alors elles sont de vraies donations, et l'ordonnance renferme dans sa disposition toutes sortes de donations, à quelque titre qu'elles soient faites.

Que si elles étoient faites par un autre motif, comme par transaction, pour éviter un procès, ou par contrat d'atermoiement, pour donner mieux le moyen à un débiteur insolvable de payer le surplus; dans ces cas, et autres semblables, les remises faites au débiteur, n'étant pas de vraies donations, ne doivent pas être sujettes à révocation.

Les donations, quoique pour causes pies, sont sujettes à la disposition de l'ordonnance, puisqu'elles n'en sont pas exceptées.

Celles faites en faveur de mariage à quelqu'un des conjoints y sont sujettes aussi. L'ordonnance le décide

expressément. La raison de douter auroit pu être que ces donations, étant comme des conditions du mariage, qui auroit pu ne pas se contracter sans cela, ne doivent pas facilement se révoquer. La réponse est qu'il n'est fait par-là aucun tort aux conjoints, qui, connoissant l'état du donateur qui n'avoit pas d'enfants, ont dû savoir que la donation qu'il leur faisoit étoit sujette à la révocation, en cas de survenance d'enfants, et sont censés en avoir voulu courir le risque.

L'ordonnance fait néanmoins une exception, en assujettissant à sa disposition, *même celles qui auroient été faites en faveur de mariage; elle ajoute, par autres que par les conjoints, ou les ascendants.*

Ces termes, *ou ascendants*, ne sont pas trop clairs; ils ne peuvent s'entendre des ascendants des conjoints; car, l'ascendant de l'un des conjoints n'est pas sans enfants; et, par conséquent, la donation qu'il fait n'a pas besoin d'être exceptée de la loi qui assujettit à la révocation, pour survenance d'enfants, les donations faites par personnes étant sans enfants. Il faut donc entendre par ces termes, *ou ascendants*, ceux mêmes qui feroient par contrat de mariage donations aux enfants qui naîtroient, dont ils seront ascendants. Le sens de cette ordonnance est donc: Les donations sont sujettes à la révocation pour survenance d'enfants, même celles faites en faveur de mariage par autres que par les conjoints entre eux, ou par les conjoints, ascendants à leurs enfants à naître du mariage. La raison de l'exception qu'on a coutume de rapporter est, qu'on ne peut pas dire que les donations que les conjoints se font en se mariant soient faites par le



motif de la persuasion qu'ils ont qu'ils n'auront pas d'enfants: au contraire, puisqu'ils se marient, on doit présumer qu'ils comptent en avoir, puisque la procréation des enfants est la principale fin du mariage. Cette raison n'est pas suffisante; car elle s'étendrait aux donations que les conjoints feroient à d'autres personnes en faveur du mariage. *Putà*, aux enfants de l'autre, ou à leur futur beau-père. Cependant il paroît que l'ordonnance n'a excepté que celles que les conjoints se font entre eux, ou aux enfants qu'ils espèrent, dont ils seront les ascendans. Il faut donc ajouter à cette raison une autre, qu'il est comme indifférent aux enfants de trouver les biens donnés dans la succession du donateur, ou dans celle du donataire, qui sont également intéressés à les leur conserver.

A l'égard des donations faites aux enfants à naître du mariage, il est évident que le droit de la révocation, établi en faveur des enfants, ne peut être retourné contre eux, ni, par conséquent, avoir lieu pour les donations qui leur sont faites.

La donation faite à un ecclésiastique pour lui servir de titre clérICAL, est-elle sujette à la disposition de l'ordonnance? Oui, puisque la loi est générale, et qu'elle n'en est pas exceptée. On pourroit néanmoins soutenir, pour l'intérêt de l'Église, qu'on devoit en laisser la jouissance au donataire, jusqu'à ce qu'il fût pourvu d'un bénéfice, *ne ad dedecus Ecclesiæ clericus mendicare cogatur.*

C'étoit une question avant l'ordonnance, si la donation, qui contenoit une clause expresse qu'elle ne pourroit être révoquée pour cause de survenance d'en-

fants, ne laisseroit pas d'être sujette à cette révocation. On peut dire pour la négative, que la loi qui ordonne que les donations seront révoquées par la survenance d'enfants au donateur, est une loi qui n'a pour objet aucun intérêt public, mais l'intérêt particulier du donateur, auquel la loi a voulu subvenir. Or, c'est un principe que les particuliers peuvent par des clauses déroger aux lois qui n'ont pour objet que l'intérêt particulier de celui qui y déroge; et c'est sur ce fondement que Ulpien dit que, *pacisci contra edictum Ædilium omni modo licet*. l. 31, ff. *de pact.*

Ajoutez que la loi qui ordonne la révocation des donations, pour cause de survenance d'enfants, n'est fondée que sur une conjecture et présomption de la volonté du donateur, qui ne donne que parcequ'il compte n'avoir pas d'enfant, et qu'il est dans une disposition de volonté de ne pas donner, s'il croyoit en avoir un jour. Or, la clause par laquelle le donateur déclare expressément qu'il entend donner, même dans le cas où il auroit des enfants, fait cesser cette présomption; car, c'est une maxime que, *ubi est declaratio voluntatis, non est conjecturis et præsumptioni locus*. La raison de la loi cesse donc en ce cas, et, par conséquent, la loi ne doit pas avoir lieu.

Nonobstant ces raisons, qui sont assez fortes, plusieurs docteurs, dès long-temps avant l'ordonnance, avoient pensé que cette clause étoit inutile, et qu'elle ne devoit pas empêcher la révocation de la donation, dans le cas de la survenance d'enfants. Les raisons de ce sentiment sont que cette clause ne détruit pas la présomption sur laquelle la loi est fondée, que le do-

nateur n'a donné que parcequ'il comptoit qu'il n'auroit pas d'enfants; que s'il a ajouté la clause qu'il entendoit que sa donation eût lieu, même dans le cas où il lui surviendrait des enfants, c'est qu'il s'abusoit lui-même; et que, ne faisant pas attention à l'inconstance des volontés humaines, et ne s'arrêtant qu'à la disposition présente de la volonté dans laquelle il étoit de ne se pas marier, laquelle il considéroit alors comme invariable, il s'imaginait qu'il n'auroit jamais d'enfants, et qu'ainsi il ne risquoit rien, en disant qu'il entendoit donner, même dans le cas où il en auroit; mais que sa véritable et secrète disposition étoit que, s'il eût su devoir en avoir un jour, il n'auroit pas donné.

Quant à l'objection que chacun peut renoncer à une loi qui n'est faite qu'en sa faveur, Ricard rapporte deux réponses. La première, que la loi pour la révocation de donations, en cas de survenance d'enfants, n'est pas faite seulement en considération du donateur, mais aussi en considération des enfants. La seconde est que la maxime que chacun peut déroger à une loi faite en sa faveur, doit s'entendre avec cette limitation, pourvu que, lorsqu'il y déroge, il soit dans le même état et dans la même position dans laquelle il sera lorsqu'il aura droit de se servir de cette loi introduite en sa faveur, et non pas lorsqu'il est encore dans l'état en considération duquel la loi a voulu lui subvenir. Ainsi un mineur ne peut pas renoncer à la loi qui lui accorde la restitution, pendant qu'il est encore dans l'état de minorité. Par la même raison, la loi pour la révocation des donations, au cas de survenance d'enfants, ayant été faite pour subvenir au dé-

faut de prévoyance des gens qui n'ont pas d'enfants, et se persuadent trop facilement qu'ils ne changeront pas de volonté, et qu'ils n'en auront pas, il ne leur est pas permis, pendant qu'ils n'ont pas encore d'enfants, pendant qu'ils sont dans l'erreur contre laquelle la loi a voulu subvenir, de renoncer au droit que la loi a établi en leur faveur; autrement la prévoyance de la loi deviendrait inutile: car, dans la fausse assurance où ils sont de la persévérance de leur volonté, ils consentiroient sans peine à déroger à la loi. Or, cette clause de dérogation deviendrait un style de notaire, qui rendrait la loi inutile. On peut encore ajouter qu'il y a même quelque raison d'intérêt public qui porte à n'avoir aucun égard à ces clauses, afin que les donations ne détournent pas ceux qui les ont faites de contracter mariage, et de donner par ce moyen des citoyens à l'état. Ce sentiment est confirmé par l'ordonnance de 1731.

§. II. Que requiert la loi en la personne du donateur, pour que la donation soit sujette à la révocation par survenance d'enfants.

Ce que la loi requiert en la personne du donateur, pour que la donation soit sujette à la révocation, pour cause de survenance d'enfants, est que le donateur n'eût pas d'enfants au temps de la donation. C'est ce qui résulte des termes de la loi 8, *cod. de revoc. donat.*; de ceux de l'ordonnance de 1731, art. 39. *Toutes donations entre-vifs faites par personnes qui n'avoient pas d'enfants ou de descendants, actuellement vivants dans le temps de la donation.*

De là naît une première question : la loi et l'ordonnance s'étant exprimées au pluriel, la donation faite par une personne qui n'avoit qu'un enfant lors de la donation seroit-elle comprise dans la disposition de la loi et de l'ordonnance ? On peut dire pour l'affirmative qu'il se trouve dans les termes de la loi, *qui non habet filios*, et que l'article 39 de l'ordonnance de 1731 s'exprime pareillement au pluriel : *Toutes donations entre-vifs, faites par personnes qui n'avoient point d'enfants*, et que, par conséquent, la donation faite par une personne qui n'avoit qu'un enfant lors de la donation, n'est pas comprise dans la disposition de la loi et de l'ordonnance, n'ayant pas d'enfants au pluriel, puisqu'elle n'en a qu'un. Néanmoins, il faut tenir la négative ; car, dans l'usage vulgaire de parler, il suffit qu'une personne ait un enfant, pour qu'on ne puisse pas dire qu'elle n'a pas d'enfants. *Non est sine liberis cui unus filius, unave filia est: hæc enim enunciatio habet liberos, non habet liberos, semper plurali numero profertur, sicut et pugillares et codicilli.* l. 148, ff. *de verb. sig.* ; et d'ailleurs il est évident que la raison de la loi ne milite que lorsque le donateur n'a point d'enfants.

On peut demander si, ayant l'ordonnance, la donation faite par une personne qui n'avoit qu'un petit-fils, lors de la donation, étoit comprise dans la disposition de la loi 8, *cod. de revoc. donat.*, et sujette à la révocation par la survenance d'un enfant au donateur. On pouvoit dire pour l'affirmative que celui qui n'a que de petits-enfants, est vraiment *filios non habens*, puisque ordinairement, *filiorum appellatione nepotes*



*non continentur*. Il faut néanmoins décider au contraire; car, quoique le terme de fils ne comprenne pas le petit-fils, néanmoins il le comprend quelquefois, ainsi que nous l'apprend une loi du titre *de verb. sig.*, dont voici les termes: *Filii appellatione omnes liberos intelligimus*; l. 84, ff. *de verb. signif.*, et cette interprétation doit avoir lieu dans les lois où ce qui est décidé à l'égard du fils reçoit une égale application au petit-fils; ce qui se trouve dans loi 8 déjà citée: car, de même qu'un donateur qui a préféré son donataire aux enfants qu'il avoit déjà, est censé l'avoir préféré à ceux qui lui surviendroient, qui ne doivent pas être pour lui plus chers que ceux qu'il avoit déjà, ainsi celui qui a préféré le donataire à son petit-fils, est censé l'avoir préféré à son propre fils qui lui surviendrait; car, l'amour allant toujours en descendant, un grand-père n'a pas une moindre tendresse pour un petit-fils, dans lequel il se voit revivre, que pour ses propres enfants. Au reste, la question ne souffre plus de difficulté, et est nettement décidée par l'ordonnance qui dit, *enfants ou descendants*.

C'étoit une question, avant l'ordonnance, si la donation faite par une personne qui n'avoit pas, à la vérité, d'enfants lors de la donation, mais qui avoit une espérance prochaine d'en avoir par la grossesse de sa femme, dont il avoit connoissance, étoit sujette à la révocation par survenance d'enfants. Avant l'ordonnance, j'aurois pensé qu'elle n'y étoit pas sujette. La raison de la loi ne paroît pas se rencontrer dans cette espèce. On ne peut pas dire que ce donateur ne donne que parcequ'il compte ne pas avoir d'enfants, et qu'il

est dans une disposition de volonté de ne pas donner, s'il croyoit en avoir ; car la connoissance qu'il avoit de la grossesse de sa femme ne permet pas qu'on puisse dire qu'il ne comptoit pas avoir d'enfants. Ajoutez que, même suivant les lois, un homme n'est pas censé absolument sans enfants, lorsque sa femme est grosse, suivant cette règle : *Si quis uxorem prægnantem relinquat, non videtur sine liberis decessisse.*

Nonobstant ces raisons, l'ordonnance décide le contraire, art. 40, qui porte que la révocation aura lieu, encore que l'enfant du donateur fût conçu au temps de la donation. La raison en est que celui dont l'enfant n'est pas encore né, n'a pas encore senti la tendresse que la nature inspire aux pères pour leurs enfants. C'est pourquoi la loi présume qu'en préférant alors dans ses biens un étranger à ses enfants, il paroît ne pas savoir ce qu'il fait, et il ne l'auroit pas fait si son fils eût été né, et qu'il eût éprouvé ces sentiments de tendresse que les pères ont pour leurs enfants. C'est pourquoi la loi juge à propos de subvenir, en ce cas, à son erreur, et de lui accorder le droit de révoquer sa donation. La loi permet, à la vérité, aux pères de préférer, dans une partie de leurs biens, des étrangers à leurs enfants, quoique ces biens soient, par le vœu de la nature, destinés à leurs enfants, parcequ'il peut y avoir quelquefois de bonnes raisons pour cela. Mais elle ne veut pas qu'ils accordent aux étrangers cette préférence inconsidérément ; et elle répute cette préférence suspecte d'inconsidération, et faite sans assez de connoissance de cause, lorsqu'un père donne

à des étrangers, avant que d'avoir senti ce que c'est que d'être père.

Ce que nous avons décidé pour la donation faite par le père dont la femme étoit grosse, a pareillement lieu pour celle faite par la femme durant sa grossesse.

Observez que lorsque la loi dit : *Filios non habens*, et l'ordonnance *personnes qui n'avoient pas d'enfants*, la loi et l'ordonnance n'entendent parler que des enfants légitimes ; car il n'y a que ceux-là qui soient regardés comme enfants, et appelés aux biens de leurs pères. C'est pourquoi la donation n'en sera pas moins sujette à la révocation par survenance d'enfants, quoique le donateur eût des bâtards lors de la donation.

Quelquefois même l'existence d'un enfant, au temps même de la donation, n'empêche pas qu'elle ne soit sujette à la révocation par survenance d'enfants. Cela a lieu :

1° Si l'enfant qui existoit lors de la donation étoit absent de longue absence, et qu'on le crût perdu : car, par rapport aux motifs sur lesquels la loi est fondée, il est égal de n'avoir point d'enfants, ou d'en avoir sans le savoir. Il faut, en ce cas, que l'enfant prouve l'erreur du donateur.

2° On pourroit peut-être soutenir qu'il en seroit de même si l'enfant, qui existoit lors de la donation, s'étoit rendu indigne de l'amitié de son père par quelques unes des causes qui méritent l'exhérédation ; car c'est égal de n'avoir pas d'enfants, ou d'en avoir dont la conduite nous ait fait perdre envers eux les sentiments que la nature inspire.

Cela peut néanmoins souffrir quelque difficulté.

Ricard ajoute un troisième cas : savoir, lorsqu'un homme d'une maison illustre, au temps de la donation, n'avoit que des filles, et qu'il a fait une donation à l'un de ses parents de même nom, de mêmes armes : Je pense (dit-il) que la donation est révocable par la survenance d'un enfant mâle au donateur, y ayant lieu de présumer, dans cette espèce, que le donateur n'a fait cette donation que dans la vue de soutenir le lustre de sa maison, parcequ'il comptoit qu'il n'auroit pas d'enfants mâles qui pussent le soutenir, et qu'il étoit dans la disposition de ne pas donner s'il eût cru en avoir. Ce sentiment de Ricard paroît assez conforme à l'esprit de la loi.

§. III. Quelle espèce de survenance d'enfants donne lieu à la révocation.

La donation faite par une personne qui n'avoit pas alors d'enfants est révoquée, par quelque manière que ce soit qu'il en survienne au donateur.

Elle est donc révoquée, non seulement s'il naît un enfant à ce donateur, mais encore si, depuis la donation, l'enfant que l'on croyoit perdu lors de la donation revient, ou que l'on reçoive de ses nouvelles.

En est-il de même si un enfant, jésuite, est congédié de la société avant trente-trois ans ? ce dernier cas souffre difficulté ; car le donateur pouvoit prévoir que son fils pourroit être congédié.

Pareillement, si un bâtard que le donateur avoit lors de la donation devient légitime depuis la donation, par le mariage que le donateur contracte avec sa

mère, c'est une espèce de survenance d'enfant qui donne lieu à la révocation de la donation; ordonnance, art. 39. On avoit néanmoins jugé le contraire avant l'ordonnance. Il y en a un arrêt dans Soefve, 111, 14. Toute autre sorte de légitimation n'a pas cet effet. *Ibid.*

La survenance d'un petit-enfant feroit-elle révoquer la donation? La raison de douter, c'est que l'ordonnance ne parle que de la survenance d'un enfant, et que ce terme ne comprend pas toujours les petits-enfants. La raison de décider est que, si le terme d'enfants ne comprend pas toujours les petits-enfants, il les comprend lorsqu'il y a entière parité de raison de décider, à l'égard des petits-enfants, ce qui l'est pour les enfants. Or, c'est ce qui se trouve ici; car la loi est fondée sur l'affection qu'on a pour ses enfants; et celle que nous avons pour nos petits-enfants étant la même et souvent plus grande que celle que nous avons pour nos propres enfants, ainsi que nous l'avons déjà remarqué, parceque l'amour va en descendant, il s'en suit que la survenance des petits-enfants doit également donner lieu à la révocation de la donation, comme celle des propres enfants, et que l'ordonnance a compris les uns et les autres sous le terme d'enfants.

On avoit demandé, avant l'ordonnance, si la naissance d'un posthume, c'est-à-dire d'un enfant né après la mort du donateur, pouvoit donner lieu à la révocation de la donation. La raison de douter étoit que le donateur ne pouvoit pas acquérir après sa mort le droit de révoquer sa donation. L'ordonnance a décidé pour l'affirmative. La raison de décider est que, dans



les contrats, les conditions ont un effet rétroactif au temps du contrat, d'où il suit que, quoique la condition de la survenance d'enfants, sous laquelle le donateur s'étoit tacitement réservé le droit de rentrer dans les choses données, n'ait existé qu'après la mort, néanmoins, au moyen de l'effet rétroactif qu'on lui donne, le droit est censé lui en avoir été acquis dès le temps du contrat.

§. IV. Comment se révoquent les donations par la survenance des enfants, et de l'effet de cette révocation.

L'ordonnance, art. 39, dit que les donations demeurent révoquées de plein droit par la survenance d'enfants.

D'où il suit que, dès le temps et instant de la survenance d'un enfant, le donataire n'a plus aucun titre pour retenir les choses données; et, en conséquence, dès l'instant de la survenance d'enfant, le donateur a un droit ouvert et formé de les répéter.

Ce droit n'est pas l'action de revendication; au moins ce n'est pas celle qu'on appelle directe et proprement dite. Quoique le donataire n'ait plus aucun titre pour retenir les choses données, il en demeure néanmoins, *subtilitate juris*, propriétaire, jusqu'à ce qu'il les ait restituées au donateur; car la propriété, qui lui en a été transférée par la tradition, ne peut retourner au donateur que par la même voie d'une tradition que le donataire est tenu de lui en faire.

Cette action est donc plutôt l'action personnelle, qui est appelée en droit, *condictio sine causâ*, par laquelle nous répétons les choses que quelqu'un a ac-

quises de nous, lorsque la cause pour laquelle il l'avoit acquise a cessé et est détruite. Voyez, sur cette action, le titre *de condictione sine causâ*, dans nos Pandectes.

On pourroit peut-être aussi dire que le donateur a, en ce cas, l'action *utilis in rem*, parceque le titre de donation par laquelle il a aliéné la chose étant détruit, il est regardé comme ne l'ayant pas aliénée, et comme en étant, en quelque façon, propriétaire, non pas, à la vérité, *subtilitate juris*, mais *affectu*, eu égard au droit qu'il a d'y rentrer.

Quelle que soit l'action que le donateur a pour recouvrer, en ce cas, les choses données, cette action a lieu non seulement contre le donataire, mais contre les tiers qui l'auroient acquise du donataire. Son action est du nombre de ces actions qu'on appelle personnelles, *in rem scriptæ*, qui suivent le possesseur; quoique le demandeur *non intendat rem suam esse*; en quoi elles diffèrent de l'action réelle: *Sed sibi dari, seu restitui oportere*.

La raison en est que la condition de révocation, en cas de survenance d'enfants, étoit inhérente au titre de donation, et affectoit la chose même donnée, de manière que le donataire ne la possédoit et n'en étoit propriétaire qu'à cette condition, *cum hac causâ*; et comme en l'aliénant il n'a pas pu transférer plus de droit qu'il n'en avoit lui-même, tous ceux qui la tiennent de lui, soit médiatement, soit immédiatement, n'en sont pareillement propriétaires et possesseurs qu'à la condition et à la charge de l'action révocatoire, en cas de survenance d'enfants.

L'effet de cette action, lorsqu'elle est donnée contre le donataire, est qu'il est tenu de rendre la chose au donateur, avec les fruits, du jour que la naissance ou la légitimation de l'enfant lui a été notifiée, quoique la demande en révocation n'ait été donnée que depuis ladite notification; art. 41.

La raison en est que le titre de donation ayant été détruit de plein droit par la survenance d'enfants, dès ce temps le donataire s'est trouvé sans titre pour retenir la chose, et, par conséquent, sans titre pour en percevoir les fruits. Ajoutez que c'est une règle commune à toutes les actions par lesquelles nous demandons la restitution d'une chose qui nous a appartenu, que les fruits doivent nous être rendus, ainsi que nous l'avons vu au titre *de usuris*, suivant la loi 38, §. 1 et seq, ff. *de usur.*, et la loi 173, §. 1, ff. *de regulis juris*.

Ils ne doivent pourtant point être restitués précisément du jour de la survenance d'enfants, mais seulement du jour qu'elle a été notifiée au donataire; car quoique dès le temps de la survenance d'enfants il soit sans titre pour retenir la chose donnée, néanmoins la bonne foi dans laquelle il est, tant qu'il ignore cette survenance, lui tient lieu de titre, et lui donne également le droit de percevoir les fruits, comme si son titre subsistoit encore; car, *in omnibus juris partibus, justa opinio æquipollet titulo*. Il ne peut être tenu de rendre les fruits avant que d'être tenu de rendre la chose; et il ne peut être tenu de rendre la chose que du jour qu'il sait que la survenance d'enfants a détruit le titre en vertu duquel elle étoit à lui.

Observez qu'il n'est censé avoir eu la connoissance de la survenance d'enfants, que du jour qu'elle lui a été notifiée par un exploit, ou autre acte en bonne forme; et c'est pour cela que l'ordonnance, art. 41, ne l'oblige à la restitution des fruits que de ce jour.

Le donateur, ayant cette voie juridique d'assurer la connoissance du donataire de la survenance d'enfants, doit s'imputer de ne s'être pas servi de cette voie, et n'est pas, par conséquent, recevable à prouver, par d'autres voies, que le donateur a eu cette connoissance.

Lorsque la demande est donnée contre un tiers-détenteur à qui le donateur a vendu la chose, sans lui donner par l'acte connoissance de la donation, il ne suffit pas, en ce cas, pour qu'il soit tenu à la restitution des fruits, que la survenance d'enfants lui soit notifiée; il faut, outre cela, que le donateur, qui veut rentrer dans les choses données lui donne copie de la donation.

Lorsque le donateur, en vertu de l'action révocatoire pour cause de survenance d'enfants, rentre dans les héritages par lui donnés, il les reprend sans aucune charge d'hypothèque, servitude et autres charges réelles que le donataire et ses successeurs pourroient avoir imposées; art. 42. La raison en est que le donateur et ses successeurs n'ont pas pu accorder à ceux à qui ils ont accordé ces sortes de droit un droit plus fort que celui qu'ils avoient eux-mêmes. *Nemo enim plus juris ad alium transferre potest, quàm ipse habet.* Par conséquent, le droit de propriété qu'avoient le donataire et ses successeurs, n'étant pas un droit de

propriété entièrement irrévocable, mais un droit sujet à se résoudre par la survenance d'enfants, les droits de servitude, d'hypothèque, et autres qu'ils ont pu accorder, doivent être pareillement résolubles par le même cas de survenance d'enfants, suivant la maxime : *Soluto jure dantis, solvitur jus accipientis.*

Cette décision ne souffre aucune exception; quelque favorable que soient les causes de la dot ou du douaire d'une femme, la femme du donataire ne conserve aucune hypothèque subsidiaire sur les biens donnés à son mari, le cas avenant de la survenance d'enfants; et cela a lieu, quand même cette donation auroit fait partie de son contrat de mariage; art. 42.

L'ordonnance a été encore plus loin: elle ajoute audit article que sa disposition aura lieu, quand même le donateur se seroit, par la donation, obligé, comme caution, à l'exécution du contrat de mariage. La raison en est que l'obligation du donateur est elle-même une donation qui doit se révoquer par la survenance d'enfants; et que si, au moyen de cette obligation, la femme du donataire conservoit quelques droits sur la chose donnée à son mari, ce seroit de la part du donateur s'interdire indirectement la faculté de révoquer sa donation; ce qui n'est pas permis, suivant l'art. 44.



§. V. Quelles fins de non-recevoir peut-on ou ne peut-on pas opposer contre la demande en révocation de donation pour cause de survenance d'enfants.

On peut opposer contre la demande en révocation de donation, pour cause de survenance d'enfants, la prescription ordinaire de trente ans, par laquelle se prescrivent toutes les actions.

Le temps de cette prescription ne peut courir que du jour qu'il est survenu au donateur un enfant; car ce n'est que de ce jour que le droit de révoquer la donation est ouvert; et la prescription ne peut pas courir contre un droit, avant qu'il existe et soit ouvert. S'il étoit né au donateur plusieurs enfants, le droit de révoquer seroit-il prescrit trente ans après la naissance du premier, ou bien seulement trente ans après la naissance du dernier? Il sembleroit que ce devrait être trente ans après la naissance du premier; car, dès le temps de la naissance du premier, le droit de révoquer a été ouvert, et, par conséquent, le droit de la prescription a commencé à courir. L'ordonnance, néanmoins, art. 45, décide que le droit du donateur ne sera prescrit qu'après les trente ans depuis la naissance du dernier. La raison en est que chaque enfant qui survient au donateur lui donne un nouveau droit de révoquer la donation. C'est pourquoi, si le droit que lui a donné son premier enfant est prescrit par le laps des trente années depuis, il lui reste encore le droit que lui donne la naissance du dernier.

On fera peut-être cette objection: Le donateur ayant acquis, par la naissance du premier enfant, le droit

de révoquer la donation, la naissance des autres ne peut plus lui rien faire acquérir; car ce que j'ai une fois acquis, et qui est à moi, ne peut plus le devenir davantage; *quod meum est, amplius fieri meum non potest*. Je réponds que cette maxime est ici mal appliquée, et qu'il faut distinguer entre le droit de propriété et le droit de créance. Lorsque je suis propriétaire d'une chose, je ne peux plus le devenir davantage, en vertu de quelque autre que ce soit. C'est en ce sens que l'on dit: *Quod meum est, meum amplius fieri non potest*.

Mais, lorsque je suis créancier d'une chose, rien n'empêche que je ne puisse devenir encore créancier de la même chose, *ex aliâ causâ*.

Suivant ces principes, quoique le donateur fût déjà devenu, par la survenance de ce premier enfant, créancier de la restitution des mêmes choses par lui données, rien n'empêche qu'il ne puisse devenir de nouveau créancier de la restitution des mêmes choses, par la survenance du dernier, et que la créance qu'il avoit par la naissance du premier étant prescrite, celle qui lui a été acquise par la naissance du dernier puisse lui rester.

Ce que nous disons que le droit de révoquer pour cause de survenance d'enfants ne se prescrit que par trente ans depuis cette survenance a lieu, soit que ce soit le donataire, soit que ce soit un tiers qui soit détenteur des choses données. Ordonnance de 1731, article 45; car la raison qu'on ne peut prescrire contre un droit avant qu'il soit ouvert, milite également à

l'égard du tiers-détenteur, comme à l'égard du donataire lui-même.

C'étoit une question avant l'ordonnance, si le donateur étoit recevable à demander la révocation de la donation, après la mort de l'enfant dont la naissance avoit donné lieu au droit de la révoquer. Ricard pensoit qu'il n'y étoit pas recevable; et il rapporte des arrêts qui l'avoient jugé. On dit pour ce sentiment que l'existence de cet enfant étant la cause qui a donné lieu au droit de révoquer la donation, cette cause venant à cesser par la mort de cet enfant, le droit de révoquer la donation qui en étoit l'effet devoit aussi cesser. *Cessante causâ, cessat effectus.*

L'ordonnance, art. 43, a décidé au contraire qu'il y étoit recevable, parceque la donation ayant été une fois détruite, elle ne peut plus revivre. Le droit de rentrer de plein droit dans les choses données ayant été une fois acquis au donateur, la mort de l'enfant ne peut pas le lui faire perdre.

Quant à ce qui concerne les raisons alléguées pour le sentiment contraire, la réponse est que ce raisonnement confond la cause avec le moyen. La cause qui a produit le droit de révoquer la donation est la cause virtuellement et implicitement inhérente au contrat de donation que la donation demeureroit révoquée en cas de survenance d'enfants. La naissance de l'enfant a fait exister la condition dont cette clause dépendoit; mais c'est proprement la clause inhérente au contrat de donation qui a produit l'effet de la révocation de la donation. La naissance de l'enfant n'est que la condi-

tion de cette clause, et le moyen par lequel cette clause a produit son effet; et la condition ayant une fois existé par la naissance de l'enfant, et y ayant eu, en conséquence, ouverture à la clause, peu importe que cet enfant vienne à mourir par la suite.

C'étoit aussi une question avant l'ordonnance, si le donateur étoit recevable dans la demande en révocation de la donation, lorsque, depuis la survenance d'enfants, il l'avoit approuvée, soit expressément, soit tacitement: *v. g.* en permettant, depuis la survenance d'enfants au donataire, de se mettre en possession des choses données. L'ordonnance, art. 43, déclare de nul effet ces confirmations, soit expresses, soit tacites. La raison est que la donation étant détruite de plein droit par la survenance d'enfants, elle n'existe plus. Or, ce qui n'est plus ne peut pas être confirmé: c'est pourquoi elle ordonne que le donateur ne pourra donner les mêmes effets au donataire que par une nouvelle disposition revêtue de toutes ses formes.

### ARTICLE III.

De la révocation des donations pour cause d'ingratitude.

La loi dernière, *codice de revoc. donat.*, décide que les donations peuvent être révoquées par l'ingratitude du donataire envers le donateur.

Il n'est pas nécessaire, pour le fondement de cette décision, de supposer dans le contrat de donation une clause tacite pour la résolution de la donation, en cas d'ingratitude: ce cas ne peut pas être supposé; car, lorsque quelqu'un donne à son ami, il ne peut pas

tion de cette clause, et le moyen par lequel cette clause a produit son effet; et la condition ayant une fois existé par la naissance de l'enfant, et y ayant eu, en conséquence, ouverture à la clause, peu importe que cet enfant vienne à mourir par la suite.

C'étoit aussi une question avant l'ordonnance, si le donateur étoit recevable dans la demande en révocation de la donation, lorsque, depuis la survenance d'enfants, il l'avoit approuvée, soit expressément, soit tacitement: *v. g.* en permettant, depuis la survenance d'enfants au donataire, de se mettre en possession des choses données. L'ordonnance, art. 43, déclare de nul effet ces confirmations, soit expresses, soit tacites. La raison est que la donation étant détruite de plein droit par la survenance d'enfants, elle n'existe plus. Or, ce qui n'est plus ne peut pas être confirmé: c'est pourquoi elle ordonne que le donateur ne pourra donner les mêmes effets au donataire que par une nouvelle disposition revêtue de toutes ses formes.

### ARTICLE III.

De la révocation des donations pour cause d'ingratitude.

La loi dernière, *codice de revoc. donat.*, décide que les donations peuvent être révoquées par l'ingratitude du donataire envers le donateur.

Il n'est pas nécessaire, pour le fondement de cette décision, de supposer dans le contrat de donation une clause tacite pour la résolution de la donation, en cas d'ingratitude: ce cas ne peut pas être supposé; car, lorsque quelqu'un donne à son ami, il ne peut pas



même s'imaginer qu'il arrive jamais qu'il se porte envers lui aux excès qui donnent lieu à cette révocation.

Il suffit, pour fonder la révocation des donations, de dire que les injures commises par un donataire envers son bienfaiteur, outre le caractère de malice, commun aux injures faites par d'autres personnes, ayant un caractère particulier de malice, qui est l'ingratitude, elles doivent être punies, outre la peine des injures ordinaires, d'une peine particulière; et il n'y en a pas de plus naturelle que de dépouiller le donataire des biens faits qu'il a reçus de celui qu'il a offensé.

§. I. Quelles sont les causes d'ingratitude qui peuvent donner lieu à la révocation de la donation.

La loi dernière, au code *de revocandis donat.*, que nous avons déjà citée, rapporte cinq causes d'ingratitude. La première est, *si injurias atroces effundat*. Il suit de ce mot *atroces* que toutes injures proférées par le donataire contre le donateur ne donnent pas lieu à la révocation; il n'y a que celles qui sont atroces.

Pour qu'une injure soit atroce, il faut qu'elle tende à détruire la réputation du donateur dans les parties les plus essentielles, telles que la probité, les mœurs. Celles qui attaquent les mœurs sont plus ou moins atroces, suivant la qualité des personnes. Ce qu'on répand contre les mœurs d'une personne peut être une injure atroce à l'égard d'un ecclésiastique, d'un magistrat, d'une personne du sexe, et ne l'être pas à l'égard d'une personne d'une condition différente.

Il faut aussi, pour que l'injure soit atroce, qu'elle ne soit pas vague, mais qu'elle contienne des faits cir-

constanciés. Ainsi, il ne suffiroit pas que le donataire dît en général que le donateur est un fripon, un libertin, il faut qu'il ait rapporté des faits déterminés et circonstanciés de friponnerie et de libertinage. La raison en est que les injures vagues font fort peu d'impression, et ne font, tout au plus, que jeter des doutes sur la réputation d'une personne, mais ne vont pas à la détruire.

On demande s'il y a lieu à la révocation de la donation, non seulement dans le cas de la calomnie, mais même lorsque les choses que le donataire a répandues contre la réputation du donateur sont vraies? Ricard dit que oui. J'y trouve de la difficulté; car quoique la simple médisance soit en elle-même mauvaise, et que ce soit pécher contre la charité que de révéler les fautes d'autrui, à moins qu'il n'y ait de justes sujets de le faire, et que cette médisance acquiert un nouveau degré de malice, lorsqu'elle attaque une personne à qui nous devons de la reconnoissance; néanmoins le coupable ayant donné lieu plus que tout autre à la médisance ne me paroît pas recevable à s'en plaindre, ni à prétendre qu'on lui fasse tort en lui ôtant une réputation qui ne lui appartient pas. C'est pourquoi la loi 18, ff. *de injur.*, ne regarde pas la médisance comme une injure, lorsque les faits sont vrais; *qui nocentem infamavit, non est bonum et æquum, ob eam rem condemnari.* Par la même raison, la loi 14, *de bon. liber. fin.*, dit que le fils d'un patron n'est pas indigne de la succession d'un affranchi, pour l'avoir accusé d'un crime qui étoit vrai. Au reste, la question ne reçoit guère d'application dans la pratique; car, quelque vrais que

puissent être les faits que le donataire a répandus contre la réputation du donateur, ils ne passeront pas pour vrais, et le donataire ne seroit pas recevable à en demander la preuve. C'est pourquoi il y auroit toujours lieu de condamner le donataire.

Il suit du terme *effundat* dont se sert la loi que pour qu'il y ait lieu à la révocation de la donation, il ne suffit pas que le donataire ait dit à une ou deux personnes les faits injurieux, il faut qu'il les ait divulgués et rendus publics.

La seconde cause est, *si manus impias inferat*, comme si le donataire avoit donné au donateur des coups de bâton, un soufflet, un coup de poing; à moins que ce ne fût en se revanchant. Cela a lieu, non seulement si le donataire a fait lui-même cette insulte, mais s'il l'a fait faire par un autre. *Nam qui mandat ipse fecisse videtur.*

La troisième cause, *si jacturæ molem ex insidiis suis ingerat*. Si le donataire cause la ruine de la fortune du donateur en tout ou pour la plus grande partie, comme si, par les bruits qu'il avoit semés, il a fait perdre le crédit du donateur qui étoit un marchand, et par-là ruiné sa fortune; s'il l'avoit fait révoquer d'un emploi dont il subsistoit.

Seroit-ce une cause suffisante pour révoquer la donation, s'il lui avoit fait manquer un mariage avantageux? Il semble que non; car la loi parle du cas où le donataire a causé une perte au donateur dans ses biens; mais, en empêchant ce mariage, il ne lui cause pas de perte, il l'empêche seulement de gagner.

La quatrième cause, *si vitæ periculum aliquod ei*

*intulerit.* Comme s'il lui avoit préparé du poison; s'il avoit été l'attendre pour le tuer.

La cinquième cause, *si quasdam conventiones, sive in scriptis donationi impositas, sive sine scriptis habitas, quas donationis acceptor spondit, minimè implere voluerit.* Ce qui est dit des conventions qui n'ont pas été rédigées par écrit n'est pas reçu parmi nous; car l'ordonnance de 1667 défendant la preuve testimoniale, outre le contenu d'un acte par écrit, le donateur allégueroit en vain que le donataire refuse d'exécuter les conventions qu'on supposeroit n'avoir été faites que verbalement lors de la donation, et n'avoir pas été insérées dans l'acte de donation; car le donataire en seroit quitte pour les nier, et le donateur, suivant la disposition de l'ordonnance, ne seroit pas recevable à les justifier.

Si les conventions sont par écrit, le refus du donataire de les exécuter opère la résolution de la donation; mais un simple refus ne suffit pas pour cela: il faut que le donateur fasse assigner le donataire pour les accomplir, et qu'ayant été condamné de le faire à peine de déchéance de la donation, il n'ait pas encore satisfait. Auquel cas le donateur pourra alors faire prononcer que, faute par le donataire d'avoir satisfait, il sera déchu de la donation, et, en conséquence, condamné à la restitution des choses données.

Plusieurs pensent que ces cinq causes énoncées dans la loi ne doivent pas être regardées comme les seules qui puissent donner lieu à la révocation; qu'il peut y en avoir d'autres qui sont laissées à l'arbitrage du juge,

lequel estimera si elles contiennent une aussi grande ingratitude que celles énoncées en la loi.

C'est aussi un sentiment assez suivi que, lorsque c'est un enfant qui est donataire, les quatorze causes d'exhérédation, dont il est parlé dans le code Justinien, sont autant de causes à son égard, pour révoquer les donations qui lui ont été faites par ses père et mère.

C'est aussi une opinion fort plausible que celle de ceux qui pensent que si le donateur étoit tombé dans une extrême indigence, qui le mît hors d'état d'avoir de quoi vivre, et de pouvoir en gagner, le refus d'aliments, que lui feroit le donataire d'une portion considérable de ses biens, devroit être regardé comme une cause d'ingratitude assez considérable pour le faire déchoir de sa donation. C'est un devoir naturel du donataire de donner des aliments à son bienfaiteur dans le cas de nécessité, lorsqu'il le peut. C'est sur le fondement de ce devoir que les lois ne permettent pas au donataire d'exiger du donateur ce qui lui a été donné, s'il ne reste pas au donateur de quoi fournir à ses aliments.

Si les lois n'ont pas permis au donataire de manquer à ce devoir naturel avant que la donation ait été consommée par la tradition, elles ne doivent pas lui permettre davantage d'y manquer après la tradition : l'accomplissement du bienfait, bien loin de le dispenser de ce devoir, ne doit servir qu'à l'y astreindre davantage. C'est pourquoi c'est un sentiment fort plausible que d'admettre le donateur d'une universalité des



biens, ou d'une portion considérable, à demander des aliments au donataire, si mieux il n'aime lui restituer ce qu'il possède des choses données.

§. II. Par qui et envers qui l'offense doit-elle être commise, pour qu'il y ait lieu à la révocation de la donation.

Pour qu'il y ait lieu à la révocation de la donation, il faut que ce soit le donataire lui-même qui ait commis l'offense. Celle faite par le tuteur, par le père, et gardien, n'y donne pas lieu.

Par la même raison, lorsque la donation a été faite à la femme, l'offense commise par son mari n'y donne pas lieu: lorsqu'elle a été faite à une église, l'offense commise par le titulaire n'y donne pas lieu.

Le mari et le titulaire ne doivent-ils pas être privés du droit qu'ils ont de jouir des choses données? Je ne le pense pas; car, ni le mari, ni le titulaire, ne sont pas donataires. L'injure par eux commise n'est pas une injure commise par un donataire, mais une injure ordinaire qui ne doit être punie que des peines ordinaires, et non, en aucune manière, par la peine de la révocation de la donation, qui est une peine propre à l'offense commise par le donataire.

Qu'on n'oppose pas ce que nous avons décidé dans notre *traité des Fiefs*, que l'offense commise par un mari, ou par un titulaire d'un bénéfice, envers le seigneur du fief, étoit punie par la privation du droit de jouir de ce fief qu'avoit, soit le mari, soit le titulaire. La raison de différence est que le mari est vassal pour les propres de sa femme; le titulaire d'un bénéfice est vassal pour les fiefs de son église, et, par conséquent,

ils sont sujets aux peines des vassaux. Mais le mari n'est pas donataire des biens donnés à sa femme, ni le titulaire donataire des biens donnés à son église; et, par conséquent, ils ne doivent pas être sujets aux peines propres aux donataires.

Que si l'offense est commise par le donataire lui-même, il y a lieu à la révocation de la donation, quand même il seroit mineur; car la minorité n'exempte pas de la peine des délits qui se commettent par malice. *In delictis neminem ætas excusat: et ailleurs, ætati et imprudentiæ, non etiam malitiæ venia tribuitur.*

Pour qu'il y ait lieu à la révocation des donations, il faut aussi que ce soit envers le donateur lui-même que l'offense ait été commise. Celle faite à ses enfants ou autres héritiers, n'y donne pas lieu. C'est ce qui est décidé par la loi première, *cod. de revocand. donat. Hoc jus stabit inter ipsos tantum, qui liberalitatem dederint: cæterum, nec filii eorum, nec successores ad hoc beneficium pertinebunt.*

Cela est sans difficulté, lorsque l'offense est commise après la mort du donateur, envers ses enfants ou sa veuve; car, n'étant faite qu'après sa mort, elle ne peut rejaillir sur lui, ni être censée faite à lui-même.

Mais y auroit-il lieu à la révocation de la donation, si l'injure avoit été faite du vivant du donateur, à sa femme ou à ses enfants, puique telle injure rejaillit sur la personne du donateur, et est censée faite à lui-même, suivant ce que Justinien enseigne, *Institut. titulo de injur. §. 2<sup>o</sup>. Patitur quis injuriam non solum per semetipsum, sed etiam per liberos suos, item per uxorem suam?*

Pour répondre à cette question, je dis qu'encore que l'injure faite à notre femme et à nos enfants, soit censée faite à nous-mêmes, néanmoins celle qui nous est faite dans leur personne, ne nous est pas si griève, que celle qui nous est faite dans notre propre personne. Les mêmes injures qui, faites à notre propre personne, donneroient lieu à la révocation de nos donations, lorsqu'elles nous sont faites dans la personne de notre femme ou de nos enfants, n'y donneront pas lieu, à moins qu'elles ne soient extrêmement graves.

L'injure faite après la mort du donateur à sa mémoire, pourroit être assez atroce pour donner lieu à la révocation de la donation, si, par exemple, un donataire se rendoit calomnieusement dénonciateur, après la mort du donateur, d'un crime pour lequel on fit le procès à sa mémoire; ou si, par fanatisme, il le privoit de la sépulture.

§. III. Quelles donations sont sujettes à la révocation pour cause d'ingratitude.

Les donations, quoique faites en faveur de mariage, sont sujettes à cette révocation.

Les rémunératoires et les onéreuses y sont sujettes jusqu'à concurrence de ce qu'elles excèdent le prix des services ou des charges.

Les mutuelles, si nous suivons le sentiment de Ricard, n'y sont pas sujettes. On a jugé, par arrêt du 18 décembre 1714, rapporté au 6<sup>e</sup> tome du *Journal des Audiences*, qu'elles y étoient sujettes. La raison est que, dans les donations mutuelles, on doit présumer que c'est l'amitié que j'ai pour le donataire, qui est le

principal motif qui m'a porté à donner, quoique l'espérance de profiter de celle qu'il me fait réciproquement y entre pour quelque chose; en quoi ces donations diffèrent des contrats aléatoires. C'est pourquoi elles exigent de la gratitude; et elles doivent être révoquées, lorsque le donataire manque à ce devoir.

Les remises faites à des débiteurs n'y sont pas sujettes, lorsqu'elles n'ont pas été faites par principes de libéralité, mais par transaction, pour éviter un procès; par contrat d'atermoiement, pour faciliter le paiement; autrement elles y sont sujettes.

La donation pour le titre clérical n'y est pas sujette, à moins que le donataire ne fût pourvu d'un bénéfice qui lui en tînt lieu. La raison est que la révocation pour cause d'ingratitude contient une espèce de commise des choses données au profit du donateur. Or, c'est une maxime, que ce qui ne peut s'aliéner ne peut se commettre; d'où il suit que le titre clérical étant inaliénable, tant que le clerc n'est pas pourvu d'un bénéfice, il ne le peut commettre par son ingratitude.

*Nec obstat* ce que nous avons dit ci-dessus, que le mineur pouvoit commettre les choses à lui données, pour cause de son ingratitude. La raison de différence est que les héritages du mineur ne sont inaliénables qu'en faveur du seul mineur; de laquelle faveur il s'est rendu indigne par son délit: au lieu que le titre clérical est inaliénable, non seulement en faveur de l'ecclésiastique, mais en faveur de l'Église.

Que si l'offense commise par le clerc, donataire,

étoit telle qu'il ait été puni, pour raison de cette offense, de la mort civile ou de la dégradation, en ce cas, la personne n'appartenant plus à l'Église, rien n'empêcherait la révocation des biens à lui donnés pour titre clérical.

§. IV. De l'effet de la révocation pour cause d'ingratitude.

L'effet de la révocation pour cause d'ingratitude est très différent de celui de la révocation pour survenance d'enfants. La clause pour survenance d'enfants étant une clause tacitement sous-entendue au contrat de donation, en vertu de laquelle, le cas venant à avoir lieu, le droit du donataire se résout *ex causâ necessaria*, et *antiquâ donationi sive contractui inexistenti*, il s'ensuit, comme nous l'avons dit en son lieu, que le donataire n'ayant qu'un droit de propriété résoluble, au cas de la survenance d'enfants, il n'a pu transférer à aucun autre qu'un droit résoluble par l'existence de la même condition; d'où il suit:

1° Que l'action en révocation pour cause de survenance d'enfants a lieu contre les tiers-détenteurs.

2° Que le donateur doit reprendre les mêmes choses données, sans aucune charge de servitude, hypothèques, et autres droits réels que le donateur y auroit imposés.

Au contraire, la révocation pour cause d'ingratitude ne se faisant qu'en vertu d'une cause nouvelle, *ex causâ novâ*, et, en punition de l'offense commise par le donataire, il s'ensuit:

1° Que les tiers-détenteurs ont acquis un droit absolu, et non sujet à se résoudre par l'ingratitude du



donataire, puisque cette cause de révocation n'est pas une cause nécessaire, ancienne, et inhérente au contrat, et, par conséquent, n'est pas une cause qui affectât le droit qui leur a été transféré. D'ailleurs, il ne seroit pas juste que le donataire pût préjudicier par son fait à ces détenteurs : et comme la révocation pour cause d'ingratitude n'a lieu que pour punir le donataire, la peine ne doit tomber que sur lui.

2° Il s'ensuit, par les mêmes raisons, que le donateur, qui, pour cause d'ingratitude du donataire, rentre dans les choses données, n'y rentre qu'à la charge des droits de servitude, hypothèques, et autres droits réels que le donataire y a imposés. C'est ce qui est décidé en la loi 7, *cod. de revoc. don.*, qui porte qu'en ce cas toutes les aliénations faites par le donataire, avant la litis-contestation (dans nos mœurs avant la demande), seront valables, et dont voici les termes : *Ante inchoatum cæptumque jurgium vendita, donata, permutata, in dotem data, cæterisque causis legitimè alienata minimè revocamus.*

A l'égard de celles faites depuis, la raison pour laquelle elles ne sont pas valables, c'est que, par les conclusions du donateur à la révocation de la donation de ces choses, il arrive qu'elles deviennent litigieuses au préjudice du demandeur.

Le donateur, dans le cas d'ingratitude du donataire, ne pouvant pas demander la restitution des choses données que le donataire n'a plus dans sa possession, peut-il au moins demander la restitution du prix, dont le donataire se trouveroit enrichi au temps de la demande du donateur? Dumoulin pense qu'il le peut;

que ces termes de la loi 7, *cod. de revocand. donat.*, que nous avons citée: *Quidquid is ex donationis titulo tenet, eo die cogatur reddere*, doivent recevoir une interprétation étendue; et comprendre tout ce que le donataire se trouve avoir des bienfaits du donateur, non seulement immédiatement et directement, mais même médiatement. Cette interprétation paroît un peu forcée; c'est pourquoi Ricard pense qu'elle ne doit pas être suivie. En effet, une disposition pénale, telle qu'est celle-ci, doit être renfermée dans ses termes. Or, le sens oblique de ceux-ci, *quidquid donationis titulo tenet*, ne comprend que les choses mêmes qui ont été données, et non pas ce que le donataire a acquis du prix de ces choses; car il n'est pas vrai de dire qu'il les possède *donationis titulo*.

Il y auroit plus lieu d'admettre l'opinion de Dumoulin, à l'égard des choses qui auroient été échangées pour celles données, parceque l'échange produit une subrogation. Néanmoins Ricard pense que même la chose reçue en échange pour la chose donnée n'est point sujette à la révocation, parceque la loi a voulu seulement que ce qui étoit le gage de l'amitié ne demeurât pas en la possession de l'ingrat; ce qui ne convient qu'à la chose même qui a été donnée; qu'il en est de cette révocation comme de la commise pour félonie; qu'il n'y a que le fief même qui puisse être commis, et de même qu'il n'y a que la chose même qui a été donnée qui puisse être sujette à la révocation.

Que doit-on dire, si c'est de l'argent qui a été donné? Comme l'argent est de nature à être employé aussitôt qu'il est reçu, et à ne pas demeurer en nature, il pa-

roïtroit suivre de nos principes que les donations de sommes d'argent, quelque considérables qu'elles soient, ne pourroient jamais être sujettes à la révocation pour cause d'ingratitude.

On peut dire que, comme on ne considère pas dans l'argent les corps, mais la valeur qu'il contient, le donataire peut être considéré comme possédant la chose qui lui a été donnée, lorsqu'il possède une augmentation de valeur dans ses biens, causée par la donation qui lui a été faite; et qu'en ce cas il y a lieu à la répétition de cette somme; et on pourroit dire la même chose de toutes les choses fongibles.

Si on a donné un fonds de boutique, il y a moins de difficulté à dire que, quoique ce ne soient pas les mêmes choses ni les mêmes marchandises, mais d'autres qui aient succédé à celles qui y étoient lors de la donation, c'est toujours le même fonds qui a été donné, et qu'ainsi elle est révocable jusqu'à concurrence néanmoins de sa valeur, lors de la donation.

L'action de révocation pour cause d'ingratitude étant une action en réparation d'injure, il suit qu'elle ne doit être accordée qu'à la personne même du donateur qui a été offensé, et non pas à ses héritiers; et qu'elle ne peut avoir lieu non plus que contre la personne du donataire, et non contre ses héritiers. C'est ce qui est décidé par la loi 7, *cod. de revocand. donat. Actionem ita personalem esse volumus, ut vindicationis, id est, vindictæ tantum habeat effectum, nec in hæredem datur, nec tribuatur hæredi.*

Néanmoins, si la demande a été une fois donnée contre le donataire, et qu'il meure pendant l'instance,

elle peut être reprise contre les héritiers du donataire, suivant cette règle de droit : *Omnes actiones quæ morte aut tempore pereunt, semel inclusæ judicio salvæ permanent* ; l. 139, ff. de reg. juris.

Par le droit romain, il falloit pour cela qu'il y eût *litis contestatio* ; mais, selon nos mœurs, le simple exploit de demande suffit pour cela, et équipolle à la *litis-contestation*.

Par la même raison, lorsque la demande a été une fois donnée, quoique le donateur meure, son héritier peut suivre l'instance.

Je pense que l'héritier du donateur pourroit, en un cas, donner l'action en révocation de donation, pour cause d'ingratitude ; savoir, si le donateur n'avoit pu la donner, et que l'ingratitude du donataire eût été jusqu'à tuer le donateur.

§. V. Quelles fins de non-recevoir sont admises contre cette action.

L'action en révocation de donation pour cause d'ingratitude étant une dépendance de l'action qu'a le donateur pour la réparation de l'injure commise contre lui, il s'ensuit qu'elle est sujette aux mêmes prescriptions ; ainsi l'action d'injures étant annale, la demande se prescrit pareillement par un an.

Néanmoins, si l'injure consistoit dans un crime dont la poursuite peut se faire pendant vingt ans, le donateur pourroit, pendant ledit temps, en poursuivant la réparation du crime, conclure à la révocation de la donation.

C'est aussi par une suite de nos principes que la de-

mande en révocation de la donation pour cause d'ingratitude, cesse d'avoir lieu lorsque le donateur a donné des marques de réconciliation; car c'est un principe que l'injure s'éteint par le pardon de l'offense, et, par conséquent, cette action qui en est la suite.

## ARTICLE IV.

## Du droit de retour.

Le droit de retour qui a lieu dans les parlements de droit écrit contient une espèce de résolution des donations.

Ce droit de retour tire son origine du droit romain, suivant lequel la dot profectice retournoit, par la mort de la femme, à celui qui l'avoit donnée.

On appelloit dot profectice celle que le père de la fille ou quelque ascendant du côté paternel avoit fournie de son bien au mari pour la dot de la fille. La dot étoit profectice, soit que la fille fût sous la puissance de son père, soit qu'elle fût émancipée, et ce droit de retour avoit lieu par la mort de la fille, même dans le cas où elle auroit laissé des enfants de ce mariage, sauf que le mari avoit droit d'en retenir quelque portion. Voyez à ce sujet notre titre *de jure dot.*, sect. 1, et notre titre *soluto matrim. num. 1<sup>o</sup>*, dans nos Pandectes.

Sur ce fondement, les interprètes ont établi le droit de retour qui a lieu à présent dans tous les parlements de droit écrit, et qui seroit un droit fort inconnu aux jurisconsultes romains, s'ils revenoient au monde.

A l'exemple de la dot profectice qui, par la mort de



la fille, retournoit au père ou autre ascendant paternel qui l'avoit fournie, ils ont décidé que toutes les choses données aux enfants, à quelque titre que ce soit par les ascendants, non seulement du côté paternel, mais même par la mère et les ascendants du côté maternel, devoit retourner au donateur par la mort du donataire. Le parlement de Toulouse a même étendu cette jurisprudence à ce qui étoit donné par de proches parents collatéraux, comme par des oncles.

Quoique le retour de la dot profectice eût lieu, même en cas d'enfants, néanmoins, comme cela n'étoit pas bien nettement décidé par les textes qui sont dans le corps du droit romain, et que ce n'est que par les fragments d'Ulpian, découverts dans le XVI<sup>e</sup> siècle, que nous avons appris, à ne pouvoir douter, que le retour de la dot profectice auroit lieu, même en cas d'enfants; les anciens jurisconsultes, fondateurs de la jurisprudence du droit de retour des choses données, ont décidé que ce droit de retour n'auroit lieu que lorsque le donataire mourroit sans enfants, sauf néanmoins que si ces enfants du donataire venoient à mourir sans enfants, il y auroit lieu au droit de retour.

Enfin, comme le fonds de la dot profectice retournoit au père sans aucune charge d'hypothèques, servitudes, et autres droits réels que le mari auroit pu y imposer, à cause de la loi *Julia* qui défendoit toute aliénation et engagement du fonds dotal, ces interprètes, fondateurs de la jurisprudence du droit de retour, ont décidé que les choses données devoient

pareillement, dans le cas de retour, retourner au donateur sans aucune charge.

Ce droit de retour, qui est de la pure invention des interprètes, n'a pas été reçu par le parlement de Paris, pour les provinces de son ressort qui sont régies par le droit écrit, ainsi que l'atteste Ricard; à plus forte raison il n'a pas lieu dans les pays coutumiers. Ce n'est qu'à titre de succession que les ascendans du donataire succèdent aux choses qu'ils ont données à leurs enfans qui meurent sans enfans. C'est pourquoi, comme ce droit n'est pas d'usage parmi nous, nous n'en dirons pas davantage, et nous ne traiterons point les questions qui y donnent lieu.

## ARTICLE V.

Du retranchement des donations pour la légitime des enfans.

Les donations entre-vifs sont sujettes au retranchement, lorsqu'à la mort de celui qui les a faites, il ne se trouve pas dans les biens qu'il laisse de quoi fournir la légitime de ses enfans.

La légitime est une portion de la part qu'auroit eue un enfant dans les biens de ses père, mère, ou autres ascendans, s'ils n'en avoient pas disposé par des donations, soit entre-vifs, soit testamentaires.

Cette portion, suivant le droit du digeste, étoit le quart; suivant le droit des nouvelles, c'est le tiers, quand le nombre des enfans ne passe pas quatre, et la moitié, lorsque le nombre passe quatre.

Les coutumes de Paris et d'Orléans règlent cette portion à la moitié.

pareillement, dans le cas de retour, retourner au donateur sans aucune charge.

Ce droit de retour, qui est de la pure invention des interprètes, n'a pas été reçu par le parlement de Paris, pour les provinces de son ressort qui sont régies par le droit écrit, ainsi que l'atteste Ricard; à plus forte raison il n'a pas lieu dans les pays coutumiers. Ce n'est qu'à titre de succession que les ascendans du donataire succèdent aux choses qu'ils ont données à leurs enfans qui meurent sans enfans. C'est pourquoi, comme ce droit n'est pas d'usage parmi nous, nous n'en dirons pas davantage, et nous ne traiterons point les questions qui y donnent lieu.

## ARTICLE V.

Du retranchement des donations pour la légitime des enfans.

Les donations entre-vifs sont sujettes au retranchement, lorsqu'à la mort de celui qui les a faites, il ne se trouve pas dans les biens qu'il laisse de quoi fournir la légitime de ses enfans.

La légitime est une portion de la part qu'auroit eue un enfant dans les biens de ses père, mère, ou autres ascendans, s'ils n'en avoient pas disposé par des donations, soit entre-vifs, soit testamentaires.

Cette portion, suivant le droit du digeste, étoit le quart; suivant le droit des nouvelles, c'est le tiers, quand le nombre des enfans ne passe pas quatre, et la moitié, lorsque le nombre passe quatre.

Les coutumes de Paris et d'Orléans règlent cette portion à la moitié.

C'est une question qui n'est pas bien décidée, si, dans les coutumes qui ne s'en expliquent pas, elle doit être réglée suivant la nouvelle, ou suivant la coutume de Paris. J'aimerois à croire qu'on doit plutôt, dans cette espèce, suivre la coutume de Paris, qui, contenant les usages de la capitale, doit plutôt suppléer au silence des autres coutumes que les lois romaines qui ne sont qu'adoptives.

C'est la loi du domicile du défunt qui règle la légitime sur toutes les espèces de biens qui n'ont aucune situation, tels que les meubles, les rentes, etc. Celles sur les héritages et droits réels se règlent par la loi du lieu où ils sont situés.

#### §. I. Quels enfants peuvent demander la légitime.

Il résulte, de la définition que nous venons de donner de la légitime, qu'elle n'est due qu'aux enfants qui sont habiles à succéder, et qui n'ont pas été exhérédés pour quelque cause légitime.

Par la même raison, la fille dotée, qui, par son contrat de mariage, a renoncé à la succession de son père, ou qui, par la disposition particulière des coutumes où sont les biens de son père, en est de droit exclue, en conséquence de la dot qu'elle a reçue, ne peut demander sa légitime.

Si le père avoit des biens situés en différentes coutumes, la fille dotée, exclue de la succession des biens qui sont situés dans une coutume qui a cette disposition, étant habile à succéder à ceux qui sont situés en d'autres coutumes qui n'ont pas pareille disposition, seroit, par conséquent, recevable à demander sa légi-

time sur lesdits biens, si son père en avoit disposé au préjudice de sa légitime.

De là naît une question, si, en ce cas, elle devra précompter sur la légitime qu'elle demande la dot qu'elle a reçue? Je pense qu'elle doit être censée avoir reçu cette dot en avancement du droit qu'elle avoit de succéder à tous les biens de son père, quelque part qu'ils fussent. Par conséquent, elle précomptera sur sa légitime une portion de sa dot, en raison égale de ce que les biens dont elle n'est pas exclue sont au total des biens du défunt. *Finge*, le père de cette fille avoit les deux tiers de son bien dans une coutume qui exclut les filles dotées de la succession, et l'autre tiers dans une coutume qui n'a pas une pareille disposition. Sa fille sera censée avoir les deux tiers de sa dot, pour lui tenir lieu de son droit de succéder dans la coutume où elle est exclue, et l'autre tiers en avancement de succession des autres biens; et, par conséquent, elle ne précomptera que le tiers sur la légitime qu'elle demande dans les autres biens.

Au reste, la fille n'est exclue du droit de succéder, ni, par conséquent, du droit de demander sa légitime, que lorsqu'elle a reçu la dot qui lui a été constituée. C'est pourquoi Lebrun décide fort bien, contre le sentiment de Papon, que si un père avoit promis seulement une dot exigible après sa mort, la fille ne seroit pas exclue de la succession, ni en vertu des coutumes, ni en vertu de la renonciation qu'elle auroit faite; car ce n'est que la fille dotée qui est exclue, et elle ne l'est pas lorsqu'elle n'a rien reçu.

Il y a plus de difficulté si la dot étoit exigible, et



que le gendre, lors de la mort de son beau-père, ne s'en fût pas fait payer; parceque n'ayant tenu qu'à lui de s'en faire payer, et les intérêts en ayant couru, la fille doit passer pour dotée; néanmoins, même en ce cas, Lebrun pense que la fille n'est exclue, ni de la succession; ni, par conséquent, de la légitime.

Ricard pense que l'enfant ne peut demander sa légitime, qu'il n'ait accepté la succession, au moins sous bénéfice d'inventaire; car, la légitime étant *legitima pars hæreditatis*, comme le définissent les lois, la demande en légitime est une espèce de pétition d'hérédité qui ne peut résider que dans la personne d'un héritier. Plusieurs pensent, au contraire, qu'il n'est pas nécessaire d'être héritier pour demander sa légitime; mais tous conviennent que s'il est nécessaire d'être héritier pour demander la légitime par voie d'action, il n'est pas nécessaire de l'être pour la retenir par voie d'exception. C'est pourquoi, si un enfant demandoit sa légitime contre un autre enfant dernier donataire, qui n'auroit lui-même dans ce qui lui auroit été donné que ce qui est nécessaire pour remplir sa légitime, cet enfant donataire, quoiqu'il eût renoncé à la succession pour se tenir à son don, pourra néanmoins retenir sa légitime sur ce qui lui a été donné; et, en conséquence, il aura congé de la demande en légitime de son frère, qu'il renverra contre les donataires précédents.

Il reste à observer que la demande en légitime passe aux héritiers des enfants à qui elle appartient, quand même ils ne l'auroient pas formée de leur vivant. Leurs créanciers sont aussi admis à la former.

§. II. Des donations qui sont sujettes au retranchement de la légitime.

Les donations faites avant que le légitimaire fût au monde, sont-elles sujettes au retranchement de la légitime? La raison de douter est que l'obligation naturelle que contracte le père envers ses enfants, et dans laquelle consiste le droit de légitime, ne peut pas être censée contractée avant que l'enfant fût au monde, parceque toute obligation suppose une personne existante envers qui le débiteur s'oblige.

On ne peut donc pas dire que la donation faite avant la naissance de l'enfant, soit faite au préjudice et en fraude de la légitime, puisque la légitime n'étoit pas alors due, et que l'obligation naturelle sur laquelle elle est fondée n'étoit pas alors contractée.

Nonobstant ces raisons, il est certain que les donations, quoique faites avant la naissance de l'enfant qui demande sa légitime, y sont sujettes; le devoir naturel nous oblige à conserver nos biens, non seulement aux enfants que nous avons déjà, mais encore à ceux que nous pourrons avoir par la suite; et, de même que les aliénations faites par celui qui auroit été chargé d'un fidéicommiss envers ses enfants à naître, ne laisseroient pas de pouvoir être révoquées par ses enfants à naître, comme faites au préjudice du fidéicommiss, quoiqu'elles eussent été faites avant la naissance de ces enfants; de même, ces donations, quoique faites avant la naissance de l'enfant légitimaire, doivent être sujettes au retranchement de la légitime de cet enfant, comme faites au préjudice du droit naturel qui con-

tient comme une espèce de fidéicommiss, dont la nature nous charge envers eux.

Les donations, quoique faites à l'Église, aux hôpitaux, et quelque favorables qu'en soient les causes, sont sujettes au retranchement de la légitime; car, la légitime est une dette. Or, on ne peut pas faire de donation, quelque favorable qu'elle soit, au préjudice de ce qu'on doit.

Les dots des filles sont-elles sujettes au retranchement de la légitime, du vivant du gendre, et pendant que la communauté dure? La raison de douter est, qu'encore que la dot soit, à l'égard de la fille, une donation que lui fait son père, il semble qu'on ne puisse pas dire la même chose à l'égard du gendre, qui a le droit de jouir de cette dot à titre onéreux; savoir, à la charge de supporter les charges du mariage; *ad sustinenda onera matrimonii*; d'où il semble suivre que les autres enfants ne peuvent, pour raison de leur légitime, donner atteinte au droit qu'a le gendre de jouir de cette dot. Néanmoins il est certain que la dot est sujette au retranchement pour la légitime des autres enfants, même du vivant du gendre; ordonnance de 1731, art. 35; car, ayant dû savoir que la dot, par sa nature de donation faite à sa femme, étoit sujette à la légitime des autres enfants, il est censé lui-même l'avoir reçue à cette charge; et quoiqu'il l'ait à son égard à titre onéreux, il ne peut néanmoins l'avoir qu'aux mêmes charges sous lesquelles elle est donnée à sa femme.

Il y en a qui, avant l'ordonnance, distinguoient si la dot avoit été fournie au gendre en héritages, ou si

elle l'avoit été en deniers, qui ne fussent plus en nature; prétendant, qu'en ce dernier cas, le gendre ne pouvoit être sujet à la demande en retranchement de légitime; l'ordonnance, art. 35, a rejeté cette distinction par les raisons ci-dessus rapportées.

*Quid?* si, en conséquence de la dot, la fille étoit exclue de la succession de son père, soit par sa renonciation, faite par le contrat, soit par la loi du pays? Il y en a qui, avant l'ordonnance, pensoient qu'en ce cas, cette dot n'étoit pas sujette à la légitime des autres enfants; parceque cette fille étant exclue de pouvoir jamais profiter de la succession de son père, et de sa bonne fortune, elle devoit en récompense ne pas souffrir de sa mauvaise fortune. Ce sentiment a été rejeté par l'ordonnance, art. 35, qui porte que, même en ce cas, la dot sera sujette à la légitime.

La dot fournie pour la profession religieuse d'une fille est-elle sujette au retranchement de la légitime des autres enfants? Je ne le pense pas; car, ce n'est pas une donation qui est faite à la fille, qui, par sa profession religieuse, devient incapable d'acquérir; ce n'est pas non plus une donation qui soit faite au couvent, qui reçoit la somme, étant donnée à titre onéreux, et pour le prix des aliments que le couvent se charge de fournir à cette fille.

Les donations mutuelles sont-elles sujettes au retranchement de la légitime? Je le pense; il ne doit pas plus être permis de dépouiller ses enfants par des donations mutuelles que par des donations simples.

Les donations rémunératoires et onéreuses, lorsque les services et les charges ne sont pas appréciables à

prix d'argent, sont de vraies donations, qui sont, par conséquent, sujettes à la légitime.

Si les services ou les charges sont appréciables à prix d'argent, elles n'y seront pas sujettes, jusqu'à la concurrence du prix desdits services ou charges; elles le seront pour le surplus.

Les conventions matrimoniales ne sont pas réputées donations, et, par conséquent, ne sont pas sujettes à la légitime.

C'est pourquoi, s'il étoit convenu que le mari survivant ne seroit tenu de rendre pour tout droit de communauté, aux héritiers de la femme, que ce qu'elle y a apporté, ou qu'une certaine somme, quoique la communauté se trouve très avantageuse, cet avantage ne sera pas sujet à la légitime des enfants de la femme; car, le mari survivant ne retient point, en ce cas, les biens de la communauté en vertu d'aucune donation que la femme lui ait faite, mais parceque c'est une clause et une condition du contrat de communauté qui a été fait entre eux, qu'il n'y auroit que la femme, si elle survivoit, qui auroit droit de partager la communauté, et que ses héritiers ne l'auroient pas.

Par la même raison, le douaire qui est accordé à une femme n'est point regardé comme une donation sujette à la légitime des enfants; car, c'est une convention ordinaire des mariages; d'ailleurs, il tient lieu du coutumier, qui est un avantage de la loi.

Néanmoins, si le douaire étoit excessif, on pourroit soutenir que jusqu'à concurrence de ce qu'il excéderoit le coutumier, il devoit être regardé comme une donation sujette à la légitime.



Le préciput est un véritable avantage. Néanmoins, lorsqu'il est mutuel, et qu'il n'est pas excessif, il peut passer pour une convention ordinaire de mariage, plutôt que pour une donation sujette à la légitime.

§. III. Comment se fait la supputation de la légitime, et quels enfants doit-on compter pour régler la portion du légitimaire.

La portion du légitimaire étant la moitié de la part qu'il auroit eue dans les biens du défunt, si le défunt n'avoit pas disposé par donations, soit entre-vifs, soit testamentaires, il s'ensuit que, pour régler cette part, il faut composer une masse de tous les biens que le défunt a laissés à son décès, même de ceux qu'il auroit légués, à laquelle il faut ajouter par fiction tous ceux dont il a disposé de son vivant par des donations entre-vifs, soit à ses autres enfants, soit à des étrangers. Ces biens, dont le défunt a disposé par donation entre-vifs, doivent être, ainsi que ceux que le défunt a laissés lors de son décès, estimés le prix qu'ils valent lors de l'ouverture de la succession, et couchés pour ce prix dans ladite masse.

Cependant, les biens mobiliers qui ont été donnés entre-vifs s'estiment, eu égard à ce qu'ils valoient au temps de la donation.

Il en est de même des offices; comme le donataire n'en peut être dépossédé, et qu'il prend l'office à ses risques, l'office doit être estimé eu égard au temps de la donation.

Cette masse ainsi composée, on doit en déduire les frais funéraires, les dettes et autres charges de la succession,

146      TRAITÉ DES DONATIONS ENTRE-VIFS,  
non seulement ce qui est dû à des tiers, mais ce qui est dû aux héritiers et au légitimaire lui-même.

La légitime est la moitié de la part qu'auroit eu le légitimaire dans ce restant; mais comme cette part dépend du nombre des enfants qui l'auroient partagée avec lui, il faut savoir quels sont les enfants qu'on doit compter.

On doit compter les enfants qui viennent effectivement à la succession, ou qui y seroient venus si le défunt n'avoit pas fait les donations et legs qu'il a faits.

C'est pourquoi on doit compter ceux qui renoncent en conséquence des legs ou donations entre-vifs qu'ils ont reçus; car ils y seroient venus, s'ils ne les eussent pas reçus; d'où il suit qu'ils doivent être comptés pour régler la part qu'auroit eue le légitimaire dans la masse des biens qui se seroient trouvés, si le défunt n'avoit fait ni donations ni legs.

On doit même compter dans ce nombre les filles qui, par leur renonciation ou par la disposition des coutumes, sont incapables de succéder au défunt, en conséquence de la dot qu'elles ont reçue; car, n'étant incapables qu'en conséquence de la dot qu'elles ont reçue, il est également vrai de dire qu'elles auroient partagé, si le défunt n'avoit fait aucune donation.

Voyons maintenant les enfants qu'on ne doit pas compter: ce sont ceux qui sont prédécédés, à moins qu'ils n'aient laissé des enfants, qui les représentassent dans cette succession, ou qu'ils n'y renoncent en conséquence de ce qui a été reçu par la personne qu'ils représentent.

Les prédécédés qui n'ont pas laissé d'enfants qui

puissent les représenter ne sont pas comptés, quand même ils auroient reçu des dots considérables; car ce n'est pas en conséquence des dots qu'ils ont reçues qu'ils n'y viennent pas, mais parcequ'ils sont précédés.

Par la même raison, ceux qui, lors de l'ouverture de la succession, sont morts civilement ne sont pas comptés, à moins qu'ils ne soient représentés par leurs enfants.

On ne doit pas compter une fille religieuse, quoiqu'elle ait reçu une dot égale à la part qu'elle auroit eue dans la succession, si elle fût restée dans le siècle; car ce n'est pas la dot qu'elle a reçue, mais sa profession qui l'exclut de la succession.

L'enfant qui a renoncé gratuitement, et sans avoir rien reçu, ne doit pas être compté non plus.

§. IV. Quelles choses s'imputent sur la légitime.

Après qu'on a réglé, de la manière qu'on l'a expliqué dans le paragraphe précédent, à quoi montoit la légitime d'un enfant, pour connoître s'il s'en trouvera rempli ou non, il faut savoir quelles sont les choses qu'il doit imputer ou précompter sur cette légitime.

L'enfant doit imputer et précompter sur sa légitime tout ce qu'il a reçu de la libéralité du défunt, à quelque titre de libéralité que ce soit; en quoi notre droit est différent du droit romain, selon lequel les donations entre-vifs ne s'imputoient sur la légitime que lorsqu'elles étoient faites à cette condition.

Les choses dont le défunt étoit grevé de substitution à son profit ne s'imputent pas sur la légitime; car

il ne les tient pas de la libéralité du défunt qui les lui devoit.

Ce que prend le légitimaire dans les biens retranchés de la donation faite à un second mari ou à une seconde femme, en vertu de l'édit des secondes noces dont il sera parlé ci-après, ne s'impute pas non plus sur la légitime; car cet enfant les tient, non de la libéralité du défunt, mais du bénéfice de la loi.

Cette décision n'a lieu que vis-à-vis des légataires ou des donataires postérieurs à la donation du second mari, parceque leurs legs et donations devant être épuisés pour la légitime des enfants avant que celle faite au second mari, qui est antérieure, puisse recevoir d'atteinte pour la légitime, suivant l'ordre que nous expliquerons dans le paragraphe suivant, le retranchement que la donation faite au second mari souffre pour une autre cause ne doit pas les regarder ni leur profiter.

§. V. Quand les donations entre-vifs souffrent-elles retranchement pour la légitime des enfants, dans quel ordre, et si la demande a lieu contre les tiers-acquéreurs.

Les donations entre-vifs ne peuvent souffrir de retranchement pour la légitime des enfants du donateur que lorsque ce sont elles qui y ont donné atteinte; et on ne peut dire qu'elles y aient donné atteinte que lorsqu'il ne se trouve pas dans les biens que le donateur a laissés, même dans ceux dont il a disposé par testament, de quoi la remplir; car, s'il se trouve dans ce bien de quoi la remplir, il est vrai de dire que ce sont les dispositions testamentaires, et non les dona-

tions entre-vifs qui y ont donné atteinte ; puisque si le donateur n'eût pas fait ces dispositions testamentaires, il y auroit eu, malgré la donation, de quoi remplir la légitime ; et que la donation étant irrévocable, et ayant son effet du jour de sa date, il n'a pas dû demeurer au pouvoir du donateur d'y donner atteinte par des dispositions testamentaires ; ce qui arriveroit néanmoins, si ces dispositions testamentaires ne devoient être épuisées entièrement pour la légitime des enfants avant qu'on pût attaquer les donataires entre-vifs. Cela a lieu quand même le testament auroit été fait avant la donation ; car il n'est pas plus permis au donateur de donner atteinte à sa donation, en conservant un testament précédemment fait, que d'y donner atteinte par un testament qu'il feroit depuis ; les testaments, en quelque temps qu'ils soient faits, n'ayant d'effet que depuis la mort du testateur, ils ne peuvent donner atteinte aux donations entre-vifs, qui ont effet du jour de leur date.

Suivant ces principes, lorsque après toutes les dettes acquittées, même après avoir pris ce qui étoit nécessaire pour remplir les enfants héritiers de ce qui leur restoit dû par le défunt, s'il ne reste pas dans les biens dont le défunt a disposé, de quoi remplir la légitime de quelque enfant, elle doit se prendre d'abord sur les légataires universels, qui doivent la fournir avant les légataires particuliers ; car ils ne sont légataires que de ce qui reste après les legs particuliers acquittés ; ensuite tous les légataires particuliers y doivent contribuer, chacun au sol la livre de leur legs : car tous les legs n'ayant d'effet que du jour de la mort du testa-



teur, ils sont censés avoir une même date; et aucun ne peut avoir d'avantage sur l'autre; les légataires pour cause pie n'ont pas même, à cet égard, plus d'avantage que les autres.

Si, après que tous les legs ont été épuisés, il manque encore quelque chose à la légitime de l'enfant à qui elle est due, il peut demander ce qui en manque aux donataires entre-vifs, en commençant par celui qui est le dernier en date.

Les donations antérieures ne peuvent souffrir de retranchement pour la légitime que les postérieures ne soient épuisées; car, tant qu'il reste de quoi les remplir dans ce qui a été donné postérieurement, il est vrai de dire que ce ne sont pas les donations antérieures qui y ont donné atteinte.

Néanmoins, lorsque, par un contrat de mariage, il y a un donataire de la totalité des biens présents et à venir, ce donataire est seul chargé, même avant les donataires postérieurs, d'acquitter toutes les légitimes des enfants, quand même cette charge ne seroit pas exprimée par la donation; ordonnance de 1731, article 36, à moins qu'il ne voulût se tenir à la donation des biens présents que le donateur avoit lors de la donation; auquel cas il ne seroit tenu desdites légitimes qu'après que les biens postérieurement acquis seroient épuisés; ordonnance de 1731, art. 37.

Si la donation n'est que d'une partie des biens présents et à venir, le donataire, s'il n'a pas été expressément chargé des légitimes, n'en sera tenu que dans son ordre, et après toutes les donations postérieures.

Si la donation d'une partie des biens présents et à

venir avoit été expressément chargée des légitimes, le donataire sera tenu, même avant les donations postérieures, de fournir la même part desdites légitimes, qu'est la part des biens dont il est donataire, à moins qu'il ne voulût s'en tenir aux biens présents; auquel cas, il n'en seroit tenu qu'après tous les biens postérieurement acquis épuisés.

Si parmi les légataires ou donataires entre-vifs, contre qui un des enfants demande sa légitime, il se trouvoit un autre enfant, il ne contribueroit à la légitime demandée que pour raison de ce que le don ou legs contiendrait de plus que sa propre légitime, qu'il a pareillement droit de prétendre; car ce legs ou don à lui fait n'est don que pour l'excédent.

Si le dernier donataire, dont la donation a donné atteinte à la légitime, avoit dissipé l'argent qui lui avoit été donné, et étoit insolvable, on demande si, en ce cas, l'enfant pourroit se pourvoir contre les donataires antérieures? Les auteurs sont partagés sur cette question. Ceux qui tiennent la négative disent que, puisque l'argent donné en dernier lieu auroit été suffisant pour remplir la légitime, c'est la seule donation faite en dernier lieu qui y donne atteinte; d'où il suit que les donations précédentes n'y ayant pas donné atteinte, ne doivent pas souffrir de retranchement. Le sentiment contraire me paroît beaucoup plus équitable, et mieux fondé en raisons. Il est bien vrai que si le dernier donataire n'eût pas dissipé ce qui lui a été donné, les donations antérieures ne donneroient aucune atteinte à la légitime, le légitimaire pouvant la trouver dans ce qui a été donné en dernier lieu: mais

le légitimaire ne pouvant plus la trouver dans ce qui a été donné en dernier lieu, par la dissipation qu'en a faite le donataire, et par son insolvabilité, dès-lors les donations antérieures se trouvent donner atteinte à la légitime, de même qu'elles y donneroient atteinte, si le donateur eût dissipé lui-même ce qu'il a donné en dernier lieu; car, peu importe, à l'égard du légitimaire, que ce soit un dernier donataire ou le donateur lui-même qui l'ait dissipé.

Enfin l'ordonnance de 1731, art. 34, paroît confirmer notre sentiment. La légitime se reprendra donc sur la dernière donation, et subsidiairement sur les autres.

Au surplus, en ce cas, il ne faudra point comprendre en la masse des biens qu'on compose pour régler la légitime, ce qui a été donné au dernier donataire insolvable; tout comme on ne compteroit pas ce que le donateur auroit dissipé; ce qui fera monter la légitime à moins.

Il reste à observer que la demande en légitime a lieu non seulement contre les donataires, mais contre les tiers-acquéreurs qui ont acquis d'eux les choses données; car la condition du retranchement pour la légitime des enfants est une condition inhérente aux donations qui affectent les choses données, et, par conséquent, ne peuvent passer aux tiers-acquéreurs que sous cette condition; le donataire qui les a sous cette condition ne transférant aux tiers-acquéreurs pas plus de droit qu'il en a lui-même, comme nous l'avons dit plus haut.