

Les Cahiers de droit



Les donations

Mireille D. Castelli

Volume 29, Number 4, 1988

La réforme du droit des obligations

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/042920ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/042920ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (print)

1918-8218 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Castelli, M. D. (1988). Les donations. *Les Cahiers de droit*, 29(4), 953–975.
<https://doi.org/10.7202/042920ar>

Article abstract

The Draft Bill deals with gifts by presenting them as nominate contracts. Matters pertaining to liberalities in the proposed *Québec Civil Code* are divided between successions for wills and obligations for gifts. The article presents a systematic and comparative study of proposed legislation on gifts within the context of existing law. It underscores areas that remain unchanged, amendments made as well as ambiguities or omissions in proposed texts.

To do this, it was often necessary to refer to other parts of the Drafts Bill, since gifts are only presented as being one nominate contract among other such contracts. Otherwise the presentation follows the traditional pattern found in doctrinal studies on the matter : the notion of liberality, conditions of substance and form, effects of gifts and, lastly, gifts by contract of marriage. This makes it possible to highlight each of the main points converging with or diverging from present law in a way that is familiar to readers.

Thus the concept of liberality remains unchanged. There seems to have been a will to generalize the gift by delivery to all movable property — without it being evident that such result has been obtained. General rules have not been expounded into a sufficient number of points such that there may be room for difficulties in enforcement and interpretation. For instance, this occurs in matters pertaining to the form of gifts, obligations with regard to debts and the definition of varying types of gifts.

La réforme du droit des obligations

Les donations

Mireille D. CASTELLI *

L'Avant-projet traite des donations en les présentant comme un des contrats nommés. La matière des libéralités, dans le projet de Code civil du Québec, est fragmentée entre les successions, pour les testaments, et les obligations, pour les donations.

L'article présente une étude systématique et comparative avec le droit actuel de la législation proposée en la matière. Il souligne les aspects restés inchangés, les modifications apportées, les ambiguïtés ou lacunes des textes proposés.

Pour ce faire, il a souvent fallu se référer à d'autres parties de l'Avant-projet, puisque les donations ne sont plus présentées que comme un contrat nommé parmi les autres. Mais la présentation suit le plan traditionnellement suivi par la doctrine en la matière : notion de libéralités, conditions de fond et de forme, effets des donations et enfin donations par contrat de mariage. Ceci permet de souligner pour chacun des points principaux les similitudes et différences avec le droit actuel selon une présentation connue des lecteurs.

Ainsi, la notion de libéralité reste inchangée. On semble avoir voulu généraliser le don manuel à tous les biens meubles, sans qu'il soit certain, cependant, que l'on soit parvenu à ce résultat. On a omis d'émettre en plusieurs points les règles générales, laissant ainsi place à des difficultés d'application ou d'interprétation. Il en est ainsi par exemple pour ce qui est de la forme des donations, de l'obligation aux dettes et de la définition des différents types de donation.

* Professeure titulaire, Faculté de droit, Université Laval.

The Draft Bill deals with gifts by presenting them as nominate contracts. Matters pertaining to liberalities in the proposed Québec Civil Code are divided between successions for wills and obligations for gifts. The article presents a systematic and comparative study of proposed legislation on gifts within the context of existing law. It underscores areas that remain unchanged, amendments made as well as ambiguities or omissions in proposed texts.

To do this, it was often necessary to refer to other parts of the Drafts Bill, since gifts are only presented as being one nominate contract among other such contracts. Otherwise the presentation follows the traditional pattern found in doctrinal studies on the matter: the notion of liberality, conditions of substance and form, effects of gifts and, lastly, gifts by contract of marriage. This makes it possible to highlight each of the main points converging with or diverging from present law in a way that is familiar to readers.

Thus the concept of liberality remains unchanged. There seems to have been a will to generalize the gift by delivery to all movable property — without it being evident that such result has been obtained. General rules have not been expounded into a sufficient number of points such that there may be room for difficulties in enforcement and interpretation. For instance, this occurs in matters pertaining to the form of gifts, obligations with regard to debts and the definition of varying types of gifts.

	<i>Pages</i>
1. Notion	957
1.1. Notion de libéralité	957
1.1.1. L'élément matériel	957
1.1.2. L'élément intentionnel	957
1.1.3. Les actes mixtes	959
1.2. Notion de donation	959
2. Conditions de fond	959
2.1. La capacité des parties	960
2.1.1. La capacité de donner	960
2.1.2. Les incapacités de recevoir	961
2.1.3. Le moment où la capacité doit exister	962
2.2. Un consentement valide	963

	<i>Pages</i>
2.3. L'interdiction des conditions impossibles ou illicites	964
2.4. L'irrévocabilité de la donation	964
2.5. L'interdiction des donations à cause de mort	965
3. Les conditions de forme	966
3.1. Le formalisme des donations	966
3.1.1. Le principe du formalisme	966
3.1.2. Le don manuel, droit commun des donations mobilières?	967
3.2. Les cas-problèmes	968
3.2.1. Les donations indirectes et déguisées	968
3.2.2. Les dons universels et à titre universels	969
3.3. La disparition de l'enregistrement	969
4. Les effets des donations	969
4.1. Les obligations du donateur	970
4.1.1. La délivrance du bien	970
4.1.2. La garantie	970
4.1.2.1. Le principe	970
4.1.2.2. Extension	971
4.1.2.3. Le problème des actes mixtes	971
4.1.3. Les obligations du donataire	972
4.1.4. Les charges	973
5. Les donations par contrat de mariage	974
Conclusion	975

L'*Avant-projet de loi portant réforme au Code civil du Québec du droit des obligations*¹ contient un chapitre traitant des donations. Ce chapitre se trouve placé dans le titre deuxième portant sur les contrats nommés.

Dans le Code actuel, la législation concernant les libéralités est réunie dans un titre unique sous la rubrique *Les donations entre vifs et testamentaires*, et est envisagée sous l'aspect *De l'acquisition et de l'exercice des droits de propriétés*. Dans le *Code civil du Québec*, cette matière sera fractionnée, la partie concernant les testaments se trouvant rattachée aux successions, celle concernant les donations étant présentée comme un des « contrats nommés », et à ce titre insérée dans le Livre cinquième portant sur les obligations.

Ce rattachement est valable, tout comme est intéressant le rattachement des testaments aux successions. Cette présentation a toutefois l'inconvénient

1. Assemblée nationale, 1^{re} session, 33^e législature, 1987, Éditeur officiel du Québec, 1987, ci-après désigné A.P.

de fragmenter la présentation des libéralités. Elle offre cependant l'avantage d'éviter les redondances et répétitions des règles générales s'appliquant à ces deux actes, dont la réglementation ne nécessite plus maintenant que l'énonciation des règles particulières.

On doit noter un effort de synthèse des textes fort louable. Le Code actuel présente dans ce domaine une rédaction complexe, souvent confuse et répétitive. L'Avant-projet constitue donc, sur ce plan, une amélioration.

À force de volonté de synthèse, il semble cependant que l'on ait oublié de traiter certains points fort importants, laissant dans l'oubli des précisions qui auraient été nécessaires et laissant place ainsi à une ambiguïté d'interprétation fort nocive (ex. : l'obligation aux dettes du donateur par le donataire). Dans d'autres cas, on est en droit de se demander s'il s'agit d'un simple oubli ou d'une volonté d'abrogation d'une disposition actuellement existante (ex. : révocation pour ingratitude et révocation pour inexécution des charges).

La réglementation proposée pour les donations, témoigne d'une volonté de simplification dont on ne peut que se féliciter. Cette volonté se trouve matérialisée dans la réduction du nombre d'articles consacrés à ce sujet (37 au lieu de 76 dans le C.C.B.C.), dans un rapprochement marqué des règles gouvernant les donations avec celles du droit commun des contrats, dans la réduction du formalisme de ce contrat (formalisme qui cependant continue d'exister).

Au-delà de ces considérations très générales, nous allons procéder à une présentation plus systématique de la partie de l'Avant-projet relative à cette question en indiquant s'il y a maintien ou modification du droit actuellement existant, en soulignant les silences ou lacunes de ce projet ainsi qu'en formulant les critiques que l'on peut lui faire. Il convient de souligner que, pour avoir une vision complète de la législation proposée pour les donations, puisque l'Avant-projet ne les considère plus comme un tout, mais comme un simple contrat nommé parmi les autres, il nous faudra aller chercher dans d'autres parties de l'Avant-projet les dispositions générales qui s'y appliquent afin d'avoir une vision globale de la nouvelle réglementation proposée en la matière.

À cette fin aussi, nous ne suivrons pas le plan de l'Avant-projet, mais celui traditionnellement utilisé pour étudier les donations (et les libéralités pour les notions générales). Il sera ainsi plus facile de souligner dans ce cadre déjà connu, les similitudes, modifications, ou mutismes de l'Avant-projet.

Nous verrons donc d'abord la notion de libéralité et les règles de formation et de validité du contrat (capacité, forme, objet) puis, l'effet des donations (délivrance, garantie, obligations aux dettes) pour terminer par la question de la révocation des donations.

1. Notion

1.1. Notion de libéralité

Avant de pouvoir parler de donation, il convient, puisqu'une donation constitue une libéralité, de déterminer si la notion même de libéralité est modifiée par l'Avant-projet de loi.

Rappelons que la notion même de libéralité — quoique unanimement admise — n'est pas déterminée dans le Code actuel : elle a été dégagée par la doctrine et la jurisprudence. Cette notion n'est pas non plus définie dans l'Avant-projet. Tout au plus peut-on trouver certains éléments qui tendent à montrer que ce texte entérine la notion existante.

1.1.1. L'élément matériel

Il semble bien que l'élément matériel traditionnellement exigé (enrichissement du donataire, appauvrissement du donateur) doive exister : l'article 1865 A.P. définit la donation comme un contrat par lequel le donateur transfère *un bien, à titre gratuit*, au donataire.

Si la gratuité est nécessaire, elle n'est pas suffisante, tout comme dans le droit actuel. Il ne suffit pas en effet que l'acte soit gratuit. Le contrat à titre gratuit est défini dans l'article 1825 par. 2 A.P. Or contrat à titre gratuit et donation ne sont pas synonymes. Si une donation est nécessairement un contrat à titre gratuit, tout acte à titre gratuit n'est pas obligatoirement une donation. En effet, pour qu'il y ait donation, il faut un élément de plus : il faut que ce contrat à titre gratuit ait pour objet le transfert d'« un bien » du donateur au donataire (art. 1865 A.P.). Ce transfert exigé rencontre les conditions actuelles de l'élément matériel de la libéralité : il ne saurait y avoir de donation de services, le mandat, le prêt à usage, le cautionnement, même faits à titre gratuit, ne pouvant être considérés comme des donations. L'Avant-projet précise même que la renonciation par une personne « à exercer un droit qui ne lui est pas encore acquis » ou « à une succession ou un legs ne constitue pas une donation » (art. 1868 A.P.).

1.1.2. L'élément intentionnel

Si la nécessité de l'élément matériel est maintenu dans l'Avant-projet, on retrouve des indices de la nécessité de l'élément intentionnel.

Traditionnellement, pour qu'il y ait libéralité, il faut qu'il y ait intention libérale. À défaut de cette dernière, il pourra y avoir inégalité des prestations, erreur etc., mais il ne saurait y avoir libéralité. C'est ainsi que traditionnellement

on a considéré que la donation motivée par l'espérance d'un avantage non indiqué, même éventuel, ou par une obligation morale ne constituait pas, en fait, une libéralité ni, par conséquent, une donation avec toutes les conséquences qui pouvaient en découler notamment quant aux exigences de forme ou de fond.

L'Avant-projet ne définit pas la donation comme une libéralité. Il ne définit pas non plus ce qu'est une libéralité. Il parle pourtant de « l'intention de faire une libéralité » dans son article 1412 à propos de la « cause ou raison objective et impersonnelle », élément nécessaire à la notion même d'obligation. Et il distingue, dans ce même article, l'intention de faire une libéralité de la volonté de s'acquitter d'un devoir moral. Or, pour qu'il y ait donation, le contrat doit être « à titre gratuit » (art. 1865), ce qui suppose selon la définition de l'article 1425 que « l'une des parties s'oblige envers l'autre pour le bénéfice de celle-ci, sans en retirer d'avantages en retour ».

De par cette définition, il est donc évident qu'il ne saurait y avoir véritablement donation lorsque le donateur ne « donne » que parce qu'il espère un avantage personnel, même indirect et détourné, en retour. Ceci ne fait que reprendre les solutions traditionnelles^{1.1}.

Reste la question de la donation motivée par une obligation morale. Celle-ci constitue-t-elle ou non une véritable donation ? Il n'y a pas de réponse directe dans l'Avant-projet. Il y est cependant répondu de manière indirecte, mais fort claire.

Comme un contrat a nécessairement une cause (art. 1412) celle-ci, par définition, dans le cas d'un acte à titre gratuit ne peut être une contre-prestation ; il s'agira nécessairement de « l'intention de faire une libéralité » (autrement dit l'intention libérale) « ou (de) la volonté de s'acquitter d'un devoir moral ». Le législateur distingue clairement ces deux notions et on ne saurait donc les assimiler l'une à l'autre. En conséquence à moins de considérer que l'Avant-projet cesse de voir dans les donations des libéralités (ce qui est absurde), la cause de la donation devra être l'intention libérale. Ainsi, il ne saurait y avoir de libéralité (et par conséquent de donation), soit lorsque le « donateur » entend accomplir une obligation morale, soit lorsqu'il en attend un bénéfice, même indirect.

1.1. *Sabourin c. Périard*, [1947] B.R. 34; *Montréal Tramways Co. c. Cie des Immeubles de Montréal*, (1922) 32 B.R. 261; *In Re Ross: Hutchison c. Royal Institution for the Advance of Learning*, (1931) 50 B.R. 107; *Chambre des Notaires, Répertoire de droit, Libéralités, Doctrine* par R. COMTOIS, SOQUIJ, 1979, p. 57; G. BRIÈRE, *Les libéralités*, Éditions de l'Université d'Ottawa, 8^e éd., 1982, p. 34s.

L'Avant-projet reprend donc la notion de libéralité traditionnellement admise, même s'il ne le fait pas de manière expresse. Et ce qui avait été décidé par la jurisprudence et la doctrine pour les donations rémunératoires serait inchangé.

1.1.3. Les actes mixtes

Le législateur semble prendre position relativement aux actes qui sont en partie des donations, et en partie à titre onéreux, en considérant que l'on doit « fractionner » la nature de l'acte (art. 1869 A.P.). Ceci règle dans le sens de la logique, et conformément à ce qui a été décidé par la jurisprudence² une question parfois peu claire auprès de bien des auteurs. Elle modifie aussi la solution universellement admise selon laquelle, dans un tel cas, l'acte devait suivre la forme la plus exigeante, celle des donations pour le tout³, puisque l'acte ne peut être fractionné. Avec la formule utilisée par l'article 1869 A.P. il semble bien, puisqu'aucune distinction n'est faite entre le fond et la forme et que la règle est posée comme absolue, que le contrat devrait être considéré comme valablement formé et donc exécutoire dès lors qu'il remplit les exigences des contrats ordinaires pour la partie qui ne constituerait pas une donation. C'est là la seule solution logique. Si la donation porte sur un seul bien non divisible, le problème reste cependant entier.

1.2. Notion de donation

La donation est certes, une libéralité, mais elle est aussi un contrat qui nécessite pour être formée un concours de volonté entre les parties, le disposant et le bénéficiaire. Cette exigence permet de la distinguer, d'une part d'un testament, acte unilatéral, d'autre part d'une stipulation pour autrui, dans laquelle le disposant contracte avec un autre que le bénéficiaire. De sa nature de contrat, on pourra dégager les exigences relatives aux conditions de formation de la donation. Certaines vont être spécifiques. Pour d'autres au contraire, on se référera au droit commun des contrats de l'Avant-projet.

2. Conditions de fond

La donation doit être valablement formée. Puisqu'il s'agit d'un contrat, elle devra répondre à toutes les exigences générales s'appliquant à tous les contrats en plus de respecter celles propres aux donations.

2. *Charlebois c. Racicot*, (1979) C.A. 99.

3. V. G. BRIÈRE, *supra*, note 1.1, p. 37, n° 39 et COMTOIS, *supra*, note 1.1, p. 59, n° 31, *contra*, n° 32, p. 59.

Il faut donc, comme pour tout contrat, que la donation ait été conclue entre des personnes capables de contracter, ayant une volonté réelle et exempte de vice, à propos d'un objet permis (art. 1455 A.P.) ne contenant pas de condition impossible ou illicite (art. 1557 A.P.). Ce contrat doit, de plus, respecter l'irrévocabilité propre aux donations. Enfin, il doit en respecter les règles de formes spécifiques aux donations.

2.1. La capacité des parties

Les parties doivent être capables de contracter, comme pour tout autre contrat (art. 1428 A.P.), et dans ce cas, plus précisément, de donner et de recevoir.

La notion de la capacité de contracter n'est pas modifiée par le contenu du projet de loi, pas plus que sa preuve. Ainsi, à l'exception des personnes protégées, va continuer à se poser la question de l'incapacité temporaire ou non « officialisée » par une procédure de mise en protection telle l'aliénation mentale, ou la perception insuffisante de la réalité quelle qu'en soit la cause.

Dans un tel cas, on devra encore, selon la balance des probabilités, jeter un doute sérieux sur la santé d'esprit du disposant, le fardeau de la preuve étant à partir de ce moment renversé, celui qui soutient la validité de la disposition devra prouver que la personne était capable lors de la conclusion du contrat (dans notre cas de la donation). L'Avant-projet ne donne aucune indication relativement au degré de santé exigé. Rien semble-t-il ne devrait donc être changé, la preuve continuant d'exiger non pas une simple apparence de santé d'esprit (telle la possibilité de soutenir une conversation), mais un ensemble de possibilités intellectuelles suffisantes pour prendre la décision visée en toute connaissance de cause : capacité de raisonnement, perception de la réalité, mémoire suffisante, etc.

2.1.1. La capacité de donner

La règle actuelle relative au mineur et au majeur interdit n'est pas modifiée ; l'un et l'autre ne peuvent donner, même en étant représenté, sauf pour des sommes modiques et des cadeaux d'usage (art. 1872 A.P. 763 C.C.B.C.). L'interdiction de donner pour la personne ayant été sous puissance d'autrui a disparue ; elle ne se trouve ni dans la partie ayant trait aux donations, ni dans celle ayant trait aux incapacités. La protection automatique qu'elle accordait disparaît donc et il appartiendra à l'ancien incapable de prouver l'erreur ou la violence pour pouvoir faire annuler une donation faite dans de telles conditions.

Pour les personnes morales, la règle est renversée. L'article 330 du Projet de loi 20 édicte qu'elles ont la même capacité et les mêmes droits que les personnes physiques, sauf disposition expresse. Or, rien ne vient dans l'Avant-projet restreindre leur capacité relativement aux donations. On ne retrouve donc pas l'équivalent des articles 766 et 366 C.C.B.C. créant des incapacités (plus théoriques que réelles)⁴.

L'Avant-projet maintient l'incapacité de donner des personnes atteintes de maladie mortelle. Il a, hélas, repris dans son article 1879 l'essentiel de la formulation de l'actuel article 762 (c'est-à-dire qu'une donation faite dans ces circonstances est « nulle comme faite à cause de mort »). Or rappelons que dans les faits, la jurisprudence a vidé de toute portée réelle et de toute efficacité l'actuel art. 762, en décidant qu'y échappait toute donation présentant les caractéristiques de la donation entre vifs⁵. Or, surtout à notre époque, le but d'une telle disposition devrait être d'offrir une protection à la personne atteinte de maladie mortelle, non parce qu'elle est ainsi malade (ce qui n'est qu'une protection de ses proches) mais parce qu'il peut y avoir de sa part, erreur sur le motif déterminant, la « cause » telle que définit à l'article 1453 A.P. « la raison subjective et personnelle qui détermine chacune des parties » à conclure le contrat. Il semble qu'à notre époque l'on devrait non pas réédicter l'incapacité existante mais établir simplement une présomption relative au motif déterminant du donateur en cas de donation faite dans de telles circonstances : il devrait être présumé que la certitude de la proximité de son décès est la cause de la donation, l'erreur sur cette cause permettant alors au donateur de pouvoir facilement faire annuler la donation (qu'elle présente ou non les caractéristiques de la donation entre vifs ou de celle à cause de mort, ce qui est indifférent pour la question). On aurait alors une protection réelle de la personne qu'il semble bon de protéger, soit le donateur ; alors que le texte proposé, tout comme le texte actuel, ne lui offre qu'une protection illusoire, et d'ailleurs sans rapport avec la protection de la volonté du donateur.

2.1.2. Les incapacités de recevoir

Pour l'enfant à naître, les règles restent les mêmes : l'enfant conçu peut recevoir. Conformément à la logique de la tutelle légale, les parents pourront accepter pour lui, tout comme pour leurs enfants mineurs (art. 1873 A.P.) sous condition qu'il naisse vivant et viable. L'enfant à naître non conçu ne peut normalement recevoir par donation, puisqu'il n'a pas la personnalité juridique, sauf par donation par contrat de mariage (art. 1901 A.P.) ou,

4. COMTOIS, *supra*, note 1.1, p. 163 ; G. BRIÈRE, *supra*, note 1.1, p. 76.

5. Cf. *Pesant c. Pesant*, [1934] R.C.S. 249.

comme dans le droit actuel au cas de stipulation pour autrui ; d'ailleurs l'article 1503 A.P. le permet. On omet toutefois de prévoir qui pourra accepter valablement pour lui : en effet, rien n'est prévu, ni dans ce texte, ni dans la tutelle, ni dans les régimes matrimoniaux.

Pour les sociétés, les limitations à la capacité de recevoir édictées par l'article 766 C.C.B.C. (plus théoriques que réelles ainsi que nous l'avons vu) ne sont pas reprises dans l'Avant-projet, pas plus que dans le projet de loi 20^{5.1}.

Si l'Avant-projet modifie peu les incapacités de jouissance, il apporte plusieurs modifications aux modes d'acceptation d'une donation par un incapable.

Ainsi, l'Avant-projet facilite l'acceptation de dons modiques et cadeaux d'usage : l'incapable pourra valablement les accepter seul. Toutefois pour les donations plus importantes, aucune disposition ne reprend l'actuel art. 789 C.C.B.C. permettant à l'incapable d'accepter seul « sauf le cas de restitution ». Il est vrai que les dispositions générales concernant la sanction des actes faits par un incapable seul permettent d'arriver à la même solution (art. 177, P.L. 20).

Par contre, les représentants légaux de l'incapable pourront accepter sans que leur acceptation ne puisse être attaquée, alors qu'actuellement, l'incapable peut être restitué contre la décision prise en son nom par son représentant si celui-ci n'est pas autorisé préalablement — art. 792 C.C.B.C. *a contrario* — et ce, bien que le représentant ait agi en fonction des pouvoirs que le Code lui confère — art. 789 et 303.

2.1.3. Le moment où la capacité doit exister

Dans l'Avant-projet, aucune disposition ne traite de cette question dans le chapitre sur les donations. On doit aller chercher les solutions qui s'appliqueront à ce problème dans les parties traitant des règles communes à tous les contrats.

L'Avant-projet tranche la question débattue du moment de la formation du contrat : le moment de la formation est celui de la *réception* de l'acceptation, et cela quel que soit le moyen par lequel il est fait part de cette acceptation (art. 1430). Et, très logiquement, il est prévu, en conséquence que l'offre peut donc être révoquée *jusqu'à la réception de cette acceptation* (art. 1432 A.P.).

5.1. *Supra*, sous-section 2.1.1.

Cette disposition générale règle de manière fort logique l'un des problèmes ayant trait à la formation du contrat en général, et plus spécifiquement de la donation, celui de l'époque où peut avoir lieu la révocation de l'offre (question tranchée de manière non satisfaisante actuellement ⁶).

Outre cet éclaircissement, l'Avant-projet modifie, en la simplifiant et en l'unifiant, la règle du moment où la capacité doit exister. Cette capacité doit exister, d'après les règles communes à tous les contrats, de manière constante pour les deux parties de l'offre jusqu'à la réception de l'acceptation (tout au moins pour les « incapacités » les plus certaines : décès, faillite, ouverture d'un régime de protection. L'article 1434 A.P. le spécifie de manière indirecte en édictant simplement que de tels événements emportent « la caducité de l'offre ». Il semble bien qu'une incapacité ponctuelle, telle l'ivresse, ne saurait être couverte par cet article, ce qui est logique. Rappelons que le Code actuel permet une distinction, relativement à cette exigence, entre le donateur pour lequel la capacité doit exister de manière constante pendant toute la période couvrant ces trois moments (offre, acceptation, réception), et le donataire, pour lequel il pourrait suffire que la capacité existe de manière ponctuelle à chacun de ces moments, même s'il y avait eu incapacité entre chacun d'eux ⁷.

2.2. Un consentement valide

Comme tout contrat, la donation suppose, un consentement valide. Le seul point méritant d'être discuté est celui ayant trait à la captation, modalité un peu particulière du dol. Par l'intermédiaire des règles communes à tous les contrats, les solutions traditionnelles relatives à la captation semblent être maintenues. En effet, dans la captation, ce qui est en jeu c'est un dol portant sur le motif déterminant de la libéralité. En vertu de l'article 1444 A.P. une donation motivée par une captation pourrait donc être annulée pour erreur portant sur l'« élément essentiel qui a déterminé le consentement ». Il faudra toutefois que les manœuvres dolosives aient été faites « à la connaissance » (art. 1445 A.P.) du bénéficiaire de la donation, élément qui actuellement n'est pas exigé ⁸.

6. G. BRIÈRE, *supra*, note 1.1, p. 120.

7. R. COMTOIS, *supra*, note 1.1, p. 170-171 ; G. BRIÈRE, *supra*, note 1.1, p. 85.

8. G. BRIÈRE, *supra*, note 1.1, p. 46.

2.3. L'interdiction des conditions impossibles ou illicites

Aucune disposition particulière n'est prévue pour les donations. Ici aussi, les règles sont donc celles du droit commun des contrats. L'article 1557 A.P. dispose que :

La condition dont dépend l'obligation doit être possible et ne doit être ni prohibée par la loi, ni contraire à l'ordre public ; autrement, elle est nulle et rend nulle l'obligation qui en dépend principalement.

Lorsque la condition posée dans la donation constitue la cause même de cette donation, la donation sera donc nulle en vertu de l'article 1454 *in fine* A.P. :

Est nul, de nullité absolue, le contrat dont la cause est inexistante ou est prohibée par la loi ou contraire à l'ordre public.

Mais si la condition ne peut être considérée comme constituant la cause même de la donation, l'incertitude quant à la solution subsiste. L'article 1557 prévoit-il l'annulation de l'obligation dont la condition nulle est la cause (ainsi que la doctrine l'a interprétée pour les donations dans le droit actuel), ou l'annulation de toute obligation liée à cette condition. Que faudra-t-il entendre par le mot « dépend » et par « principalement » ? Pourrait-il s'agir de toute la donation ? Rappelons qu'avec la formule très proche de l'actuel article 760 C.C.B.C. par. 2 (où n'apparaît même pas le mot « principalement »), on a considéré que ne devrait être annulée en entier que la donation dont la condition illicite ou impossible est la *cause*⁹. Auquel cas, la solution finalement retenue maintiendrait le droit actuel des donations, même dans son ambiguïté, et renverserait la solution prônée par le Rapport de l'Office de révision du Code civil¹⁰

2.4. L'irrévocabilité de la donation

Traditionnellement, il est établi qu'il est de l'essence même de la donation d'être irrévocable, et ce, principalement pour protéger le donataire, qui doit pouvoir compter sur le bien qui lui est transmis. Si l'irrévocabilité n'est pas inscrite comme condition de validité de la donation dans l'Avant-projet, cette exigence continue cependant d'exister.

L'Avant-projet énonce la règle générale que toute obligation dépendant d'une condition purement testamentaire est nulle (art. 1558 A.P.), l'obligation

9. G. BRIÈRE, *supra*, note 1.1, p. 58 ; R. COMTOIS, *supra*, note 1.1, p. 74.

10. Éditeur officiel du Québec, 1977, t. 1, p. 406, art. 468.

dépendant d'une condition simplement potestative étant valable. Cet article s'applique aux donations comme à tout autre contrat. Ainsi la règle actuelle, telle qu'interprétée par la doctrine majoritaire¹¹, mais non unanime¹², serait en ce domaine modifiée.

L'article 1881 A.P. étend cette interdiction même aux donations par contrat de mariage, dans lequel les conditions purement potestatives sont actuellement possibles s'il s'agit de conditions résolutoires (art. 824 C.C.B.C.).

Toutes les interdictions particulières qui découlent de l'irrévocabilité des donations sont maintenues : l'interdiction de l'obligation aux dettes futures à moins que leur nature et leur montant ne soient indiqués au contrat (art. 1880 A.P.), l'interdiction de la donation de la chose d'autrui (art. 1876 reprenant l'art. 773 C.C.B.C.), et l'interdiction de la donation de biens à venir sauf en contrat de mariage (art. 1877 A.P.). Les termes employés dans ce dernier cas sont toutefois plus clairs que l'actuel article 778 et ne risquent plus de créer les difficultés d'interprétation qui découlaient de sa rédaction maladroite. On peut cependant regretter qu'aucune définition de ce qui constitue un « bien à venir » n'ait été donnée par l'Avant-projet. Il semble cependant, par recoupement des divers textes, que la notion soit la même que celle actuellement retenue par les tribunaux et la doctrine (1867 par. 2 et 1876 A.P. notamment).

2.5. L'interdiction des donations à cause de mort

Tout comme dans le droit actuel, les donations à cause de mort sont interdites sauf dans les contrats de mariage (art. 1878 A.P.). Dans ces derniers cependant, une modification notable est apportée : une telle donation à cause de mort sera automatiquement révocable, sans qu'il soit besoin de le stipuler, et ce, obligatoirement lorsqu'il s'agira d'une donation universelle ou à titre universelle (art. 1902). La définition est la même qu'actuellement mais avec des termes plus clairs (comparer l'art. 1866 A.P. et l'actuel art. 781). L'irrévocabilité de la donation à cause de mort doit être stipulée et elle n'est permise que pour les donations particulières dans les contrats de mariage. Elle a alors les mêmes effets qu'actuellement (cf. art. 1902 par. 2 A.P. et 823 C.C.B.C. par. 2). On peut toutefois souligné l'amélioration considérable apportée à la rédaction de cette règle.

11. G. BRIÈRE, *supra*, note 1.1, p. 175.

12. R. COMTOIS, *supra*, note 1.1, p. 175.

3. Les conditions de forme

L'Avant-projet continue à faire de la donation un contrat formaliste, c'est-à-dire soumis à des conditions de forme à peine de nullité, même si les formes sont grandement simplifiées dans la plupart des cas.

3.1. Le formalisme des donations

Aucune donation ne peut être conclue par le seul concours des volontés. Même réalisée sous la forme la plus simple, la donation doit respecter un certain formalisme. L'Avant-projet de loi retient deux formes, tout comme dans le droit actuel : le don manuel que l'on semble vouloir étendre à toutes les donations mobilières, et le don notarié exigé par l'Avant-projet pour les immeubles seulement (art. 1883).

3.1.1. Le principe du formalisme

À défaut de respecter le formalisme exigé, le contrat ne sera pas valablement formé (art. 1457 A.P.). L'Avant-projet maintient donc un formalisme plus exigeant pour les donations que pour les autres contrats prévoyant des exigences de forme. En effet, pour ces derniers, l'Avant-projet prévoit que la promesse de « conclure un contrat n'est pas soumise à la forme particulière exigée pour ce contrat » (art. 1458 A.P.). Cependant si la promesse de contracter (« l'offre faite à une personne déterminée et assortie d'un délai pour son acceptation » : art. 1441 A.P.) n'équivaut pas, à elle seule, au contrat, elle entraîne l'obligation pour le promettant (tout comme pour le cocontractant) de conclure le contrat. À défaut par celui-ci de s'exécuter, rien n'est précisé sur ce qu'il adviendra ; il semble toutefois que le cocontractant aura alors le choix, comme actuellement, entre une demande en dommages-intérêts ou une demande au tribunal aux fins de constater de l'existence du contrat, ce qui permettrait de passer outre à l'absence de signature du contractant récalcitrant.

Cette dernière possibilité est complètement écartée pour les donations, et l'Avant-projet précise dans son article 1871 que le créancier de la promesse de donation ne pourra que réclamer « des dommages-intérêts équivalents à la perte subie ». Cette dernière expression semble bien peu précise : la perte subie, pourra-t-elle comprendre le manque à gagner (donc la valeur de l'objet promis pour la donation) ?

3.1.2. Le don manuel, droit commun des donations mobilières ?

Ainsi que nous l'avons dit plus haut, l'Avant-projet semble vouloir faire de la donation manuelle la forme de droit commun des donations, sauf pour les donations d'immeubles.

Il envisage en effet deux sortes de donations : celles portant sur les biens meubles (qui pourraient être réalisées par don manuel) et celles portant sur les immeubles, qui devraient être notariées. Aussi, il semble que l'on veuille rendre possible un don manuel, même pour un bien dont la délivrance ne peut être instantanée parce que le transfert de la propriété serait soumis à des formalités, ce qui est actuellement impossible. Ceci serait d'ailleurs conforme au texte de l'ORCC¹³ dont l'Avant-projet semble s'être inspiré en partie sur la question et qui présente la même distinction biens meubles individualisés et bien meubles nécessitant une individualisation.

Toutefois, le texte proposé, tout comme le texte actuel — et à la différence du texte de l'ORCC —, exige pour la réalisation de la donation que concours des volontés et délivrance existent en même temps : avant la délivrance, il n'y aurait donc pas encore donation. Il y aurait alors *seulement promesse* de donation sujette à la sanction vue plus haut, ce qui constitue certes, une différence notable avec la situation actuelle. Mais, conformément au droit actuel, la rédaction même de l'article 1882 A.P. indique que ce n'est qu'à la délivrance du bien qu'il y aura donation :

La donation d'un bien meuble individualisé s'effectue par le seul consentement des parties, *accompagné* de la délivrance du bien ; celle d'un bien meuble déterminé quant à son espèce seulement s'effectue *dès que* le donataire est notifié de l'individualisation du bien et que celui-ci peut lui être délivré. (C'est nous qui soulignons)

Il n'y aurait donc pas donation avant l'accomplissement de la délivrance. Dès lors va surgir le problème de la forme que devra prendre la donation d'un bien meuble individualisé pour lequel le transfert de propriété est soumis à certaines formalités et exigences qui, dans le droit actuel ont été considérées comme rendant impossible le don manuel¹⁴.

On semble pourtant, avoir voulu rendre possible la donation « manuelle » pour tous les biens meubles quelles que soient les conditions du transfert de la propriété, même si la chose n'est pas expressément dite, et même si la formule

13. Rapport sur le Code civil du Québec, Éditeur officiel du Québec, 1977, t. 1, p. 407, art. 477 et 478.

14. Cf. sur la question, G. BRIÈRE, *supra*, note 1.1, p. 110.

utilisée dans l'article 1882 A.P. se rapproche très nettement de l'actuel article 776 C.C.B.C. Mais il n'est pas sûr que le résultat soit atteint en raison de la formule utilisée qui a de fortes chances d'être interprétée comme l'est actuellement l'article 776 par. 2. Qu'advient-il alors de la donation de biens meubles dont le transfert exige des formalités préalables, et pour lesquels la jurisprudence écarte la possibilité du don manuel? Les tribunaux, à défaut de règle de forme «générale» devront, semble-t-il, rechercher l'intention du législateur.

Or, un élément confirme la volonté des rédacteurs de généraliser le don manuel pour tous les biens meubles, c'est le fait que le seul autre formalisme prévu vise les donations d'immeubles; rien n'est prévu pour les meubles dont le transfert de propriété exige des démarches ou conditions préalables. L'intention du législateur étant clairement de maintenir un formalisme particulièrement marqué pour les donations, on doit donc en déduire que cette forme serait pour tous les biens meubles, le don manuel, même lorsque le transfert de propriété exige l'accomplissement de formalités, l'échange des consentements ne réalisant antérieurement à la délivrance qu'une promesse de donation, et non une donation parfaite.

Il semble aussi, que tout comme actuellement, si aucun écrit n'est exigé pour le don manuel comme condition de validité du contrat, la donation se trouvera soumise aux règles régissant la preuve, laquelle pourra requérir, comme actuellement — à moins que l'on ne modifie ce domaine — un écrit si le bien dépasse une certaine valeur¹⁵.

3.2. Les cas-problèmes

3.2.1. Les donations indirectes et déguisées

L'article 1870 A.P. règle la question des donations indirectes ou déguisées : l'acte portant donation indirecte ou déguisée est soumis, «sauf en ce qui concerne sa forme», aux règles des donations donc à toutes leurs règles de fond (capacité des parties, objet du contrat, effet, garantie). C'est à cette solution qu'après nombre de discussions la doctrine et la jurisprudence en étaient arrivées¹⁶. Il faut supposer que l'on exigera, comme on le fait actuellement, qu'il s'agisse d'un déguisement valable.

15. Voir sur le problème dans le droit actuel, R. COMTOIS, *supra*, note 1.1, p. 198-199.

16. Cf. COMTOIS, *supra*, note 1.1, p. 192-193.

3.2.2. Les dons universels et à titre universels

On peut noter une lacune considérable relativement à la forme des donations : qu'en sera-t-il des donations universelles ou à titre universel ? Certes ces dernières sont rares, sauf dans les contrats de mariage, lesquels sont notariés, mais rien dans l'Avant-projet ne semble les interdire. De plus, l'Avant-projet lui-même les prévoit et y fait allusion à propos des dettes du donateur (art. 1890-1891 A.P.) et à propos des donations par contrat de mariage (art. 1902), sans toutefois laisser entendre qu'elles ne seraient possibles que dans ces derniers. La question reste donc entière ; on ne peut considérer comme équivalant à une donation universelle la somme des donations de chacun des biens qui constitue le patrimoine du donateur. Les effets en sont différents relativement aux droits et obligations du donataire, du donateur et de leurs créanciers. Si l'universalité donnée comprend des biens immeubles, la donation devra nécessairement se faire par contrat notarié à cause de ces immeubles. Mais s'il s'agit de biens meubles ? Comment la publicité d'une opération de cette importance sera-t-elle assurée ? Comment même pourra-t-on facilement la prouver et la distinguer d'une série de donations particulières ? Rien n'est prévu !

3.3. La disparition de l'enregistrement

Enfin, l'exigence de l'enregistrement des donations n'apparaît plus dans l'Avant-projet. À moins que cette exigence ne soit réintroduite dans une réforme ultérieure portant sur l'enregistrement, les donations n'auront plus à être enregistrées pour être opposables aux tiers, ou même aux héritiers du donateur. Il s'agit ici d'une différence essentielle avec le droit actuel.

Sa portée est toutefois beaucoup plus limitée qu'on ne pourrait penser à première vue. D'une part, l'Avant-projet fait, ou semble vouloir faire, du don manuel la forme normale de don des biens mobiliers. Or, bien que la question soit parfois discutée, on considère normalement que le don manuel n'est pas soumis à l'obligation d'enregistrement.

D'autre part, les dons d'immeubles — les seuls à devoir être notariés — constituant un transfert d'un droit de propriété immobilier devront être enregistrés, comme tout autre transfert de ce type. Tel est le droit du Code actuel, et il y a tout lieu de penser que cette règle ne sera pas modifiée lors de la suite de la révision du Code civil.

4. Les effets des donations

On doit envisager les effets de la donation relativement au donateur, au donataire et aux créanciers.

4.1. Les obligations du donateur

4.1.1. La délivrance du bien

La donation entraîne pour le donateur l'obligation de délivrer le bien, objet de la donation. Rappelons que, pour les biens mobiliers, la délivrance sera une condition même de la formation du contrat. Et s'il est prévu que le donateur doit payer les frais de l'acte de donation, c'est le donataire qui devra payer les frais d'enlèvement du bien (art. 1886 A.P.), ce qui confirme la solution dégagée, même si aucune règle spécifique n'est prévue dans le Code actuel à cet effet¹⁷.

4.1.2. La garantie

4.1.2.1. Le principe

Comme dans le droit actuel, le donateur n'est tenu, à l'égard du donataire que d'une garantie fort limitée. Bien que les termes employés soient différents de l'actuel art. 796 C.C.B.C. (lequel est fort confus d'ailleurs), la réalité de l'obligation est sensiblement la même avec cependant des précisions et des nuances quant aux circonstances entourant la mise en jeu de la garantie. Ces précisions ne sont pas inutiles et opèrent des distinctions qui semblent fort bien venues.

Bien que l'on édicte, à titre de principe dans l'article 1884, que « la donation d'un bien ne comporte aucune obligation de garantie de la part du donateur, qui est réputé ne donner que les droits dont il est titulaire sur le bien », ce dernier doit cependant une certaine garantie, tout comme actuellement au cas où la perte encourue résulte de son fait ou de sa faute. Ainsi, malgré le principe émis dans l'article 1884 selon lequel le donateur ne donne que les droits dont il est titulaire sur le bien, on doit tenir compte de l'article 1876 par. 2 qui prévoit que le donataire a le droit d'être indemnisé de la perte qu'il subit si la cause de la nullité est due à la faute du donateur (il est question dans cet article de donation d'un bien n'appartenant pas au donateur). Ce qui reprend en fait le droit actuel.

Relativement aux frais encourus par un donataire pour libérer un bien donné d'un droit appartenant à un tiers ou pour exécuter une charge, le donataire ne pourra les réclamer au donateur « que dans la mesure où le paiement excède l'avantage qu'il retire de la donation » (ce qui constitue une modification par rapport au droit actuel qui ne prévoit pas cette précision).

17. Cf. sur la question, R. COMTOIS, *supra*, note 1.1, p. 205.

4.1.2.2. Extension

Enfin, le donateur verra sa responsabilité engagée de manière plus importante, même si l'éviction ne provient pas de son fait, et ce dans deux cas où il y a mauvaise foi de sa part.

Ainsi lorsque le préjudice causé au donataire provient d'un vice de sécurité de la chose donnée, vice particulièrement grave que le donateur connaissait et n'a pas révélé (art. 1887), le donateur devra réparer le préjudice causé au donataire en raison de ce vice.

Sa responsabilité sera également engagée de manière plus importante lorsque l'éviction totale ou partielle provient d'un vice du bien que le donateur connaissait mais n'a pas révélé. En effet, il semble dans un tel cas qu'il devra payer pour la totalité de l'éviction (art. 1888 par. 2 A.P.), et non pour la perte qui dépasserait l'avantage retirée de la donation. Les termes employés dans le paragraphe contenant cette disposition sont des plus ambigus, mais en raison de la prise en considération de la totalité de l'article 1888, c'est la seule interprétation défendable. En effet, l'interprétation inverse arriverait à la même solution dans le paragraphe 2 que dans le paragraphe 1 ce qui est absurde, le législateur ne parlant pas pour ne rien dire, et le paragraphe concerné commençant par le mot « néanmoins », ce qui suppose l'énonciation d'une règle différente. Ici aussi l'Avant-projet ne fait que reprendre le droit existant.

4.1.2.3. Le problème des actes mixtes

En raison de la rédaction même des articles, au cas où l'acte est en partie à titre gratuit, en partie à titre onéreux, le problème soulevé par les textes actuels du C.C.B.C. ne se trouve pas résolu : dans l'Avant-projet, le donataire ne pourra recourir en vertu de la garantie des contrats à titre onéreux que si le *paiement fait pour libérer* les biens ou *exécuter* une charge excède l'avantage qu'il retire de la donation, selon l'article 1888, ce qui est conforme à la solution majoritairement retenue dans le droit actuel¹⁸.

Cependant, relativement au *vice caché*, rien n'est prévu et l'Avant-projet ne semble pas entrevoir que la perte encourue puisse excéder l'avantage retiré (ex. : perte totale du bien cédé en partie à titre onéreux, en partie à titre gratuit). En vertu de l'article 1869, en cas d'acte mixte (partie à titre onéreux, partie à titre gratuit), le texte dit qu'il « n'emporte donation que pour la valeur qui excède celle des charges imposées au donataire et de la rémunération

18. G. BRIÈRE, *supra*, note 1.1, p. 126.

qui lui est versée». Laquelle des deux parties doit-on alors considérer en premier pour les fins de la garantie? D'après la rédaction de l'article 1869 A.P. il semblerait que ce soit la partie à titre onéreux. Donc, à l'inverse de la solution actuellement retenue, la garantie de droit commun serait due jusqu'à concurrence de la valeur reçue à titre onéreux, et l'on ne tomberait sous la garantie à titre gratuit que si la perte dépasse cette valeur, ce qui semble absurde. L'inverse est plus logique, puisque si l'on retient cette solution on oblige en fait le donateur à maintenir l'intégrité du don malgré la perte partielle du bien. Il semble donc, que malgré l'article 1869 l'on doit continuer à retenir la solution majoritairement admise, et ne faire jouer la garantie de droit commun que si la perte résultant du vice caché dépasse l'avantage retiré en tant que donation. Pour arriver à cette solution souhaitable, il serait toujours possible de raisonner par analogie avec le cas réglé par l'article 1888 A.P., mais là aussi, on peut regretter que l'Avant-projet ait visé des cas particuliers plutôt que d'avoir posé une règle générale.

4.1.3. Les obligations du donataire

La principale obligation du donataire — outre celle d'enlever la chose dès lors qu'il a accepté la donation — est celle relative aux dettes du donateur.

Ici l'Avant-projet est peu clair. Point d'article pour distinguer les termes : donation à titre particulier, donation universelle ou à titre universelle ; aucun article clair et précis quant à l'obligation des donataires relativement aux dettes du donateur. Les seuls articles parlant de cette question sont l'article 1880 qui interdit l'obligation de payer les dettes futures indéterminées, l'art. 1888 relatif à la garantie, les articles 1889 et 1890 qui parlent spécifiquement de l'obligation aux dettes, mais sans en préciser les débiteurs.

On peut cependant déduire indirectement de l'article 1890 que les donations universelles ou à titre universelles emportent par leur seule nature l'obligation de payer les dettes du donateur (mais quelle proportion pour le donataire à titre universel? Rien ne l'indique dans le texte). En interprétant ce texte *a contrario*, on peut aussi déduire que les donations à titre particulier n'entraînent pas automatiquement l'obligation pour le donataire de payer les dettes du donateur (contrairement à ce que laisserait supposer la seule lecture de l'article 1889 qui pourtant le précède). Une règle aussi fondamentale devrait pourtant, semble-t-il, être énoncée clairement, surtout avec la portée qui pourrait être donnée indûment à un article tel que l'article 1892 qui présente le droit de *préférence* des créanciers du donateur sur les créanciers du donataire comme absolu.

Le principe de l'obligation aux dettes dans la limite de la valeur des biens est clairement posé dans l'article 1889 et est appuyé par l'existence automatique

de la séparation automatique des patrimoines prévue dans l'article 1891 au profit des divers intéressés. Si cette disposition modifie le droit actuel, on ne peut que s'en féliciter puisqu'elle simplifie et allège la réglementation actuellement existante et est conforme à la logique retenue dans le droit des successions. Une telle unification des principes du droit ne peut qu'être soutenue.

4.1.4. Les charges

Il est possible tout comme dans le droit actuel de stipuler une charge au profit d'un tiers.

L'Avant-projet apporte toutefois des précisions sur les droits des bénéficiaires — en cas de décès d'un des bénéficiaires (art. 1895) — sur l'obligation personnelle du donataire (art. 1896), sur la possibilité de faire alléger ou disparaître une charge devenue impossible ou trop onéreuse (art. 1897), et relativement au bénéficiaire de la révocation ou de la caducité de la charge (art. 1898).

Rien toutefois n'est dit sur la sanction relative à l'inaccomplissement de la charge, pas plus que sur la possibilité pour le donateur de la révoquer. On doit donc en déduire, par application des textes généraux des contrats, et puisque cette disposition n'est pas écartée expressément relativement aux donations, que le donateur pourrait obtenir la révocation du contrat pour inexécution de la charge dès lors que cette inexécution remplirait les conditions exigées par l'article 1488 et que le bénéficiaire de la charge est le donateur lui-même. Si le bénéficiaire de la charge est un tiers, il faudrait alors appliquer les règles relatives à la stipulation pour autrui, et tenir compte du fait que le tiers bénéficiaire ne devrait pas encore avoir accepté, car une telle acceptation rend irrévocable la stipulation faite en sa faveur¹⁹, les textes de l'Avant-projet ne semblant pas modifié sur ce point le droit actuel.

Enfin, on doit noter qu'aucune disposition spécifique n'existe relativement aux révocations pour ingratitude ou indignité. La chose peut sembler curieuse.

Rappelons aussi, bien que rien ne le précise dans le texte de l'Avant-projet que la donation pourra être assortie des modalités prévues dans la partie traitant des biens : la fiducie et la substitution.

19. J. PINEAU et BURMAN, *Théorie des obligations*, 2^e éd., Montréal, Éditions Thémis, 1988, p. 304.

5. Les donations par contrat de mariage

Des dispositions particulières sont encore prévues dans l'Avant-projet. On doit noter, toutefois, qu'ici les différences avec le droit actuel sont relativement importantes. La simplification et la limitation des différences par rapport au droit commun des donations sont les caractéristiques les plus frappantes.

Les conditions relatives à la prise d'effet de la donation sont les mêmes qu'actuellement (cf. art. 1900). Cependant l'offre de donation contenue dans un contrat de mariage qui est actuellement irrévocable, ne le serait plus, une telle dérogation n'étant plus spécifiquement prévue.

Et si les donations entre vifs peuvent provenir de toute personne, les donataires ne peuvent plus être que les futurs époux, leurs enfants communs à naître, ou déjà nés (ce qui constitue une modification pour tenir compte de la réalité des couples d'aujourd'hui) ou de leurs enfants respectifs ce qui est également nouveau, et est justifié par la même raison. Le contrat de mariage demeure donc, au-delà de toutes les modifications des mœurs, un moment privilégié à l'arrangement patrimonial des familles. Il n'est plus l'arrangement familial fait par les parents des futurs époux mettant en cause les frères et sœurs de ces derniers, il ne peut s'agir désormais que des futurs époux et de leurs descendants.

On doit cependant rappeler la lacune notée plus haut : il est prévu que l'on puisse faire des donations aux enfants à naître du mariage, mais aucune disposition n'est prise pour que quelqu'un puisse accepter en leur nom. Comment contournera-t-on pareille difficulté ? Espérons que d'ici la sanction de ce texte, une mesure sera insérée à cette fin.

Dans les contrats de mariage, il reste possible de faire des donations à cause de mort (art. 1901 par. 2) mais celles-ci ne peuvent être faites que par les époux et leurs descendants qu'ils soient communs ou non et ne peut bénéficier qu'à ces personnes, modification de législation qui reflète toujours le même changement de conceptions. Par opposition au droit actuel, et pour protéger la liberté de disposer de ses biens à cause de mort, une telle donation à cause de mort sera obligatoirement révocable pour une donation à cause de mort universelle ou à titre universel, et sera toujours présumée révocable dans les autres cas, encore que l'irrévocabilité puisse alors être stipulée. Les droits et obligations du donateur relativement à l'objet de la donation à cause de mort irrévocable sont les mêmes que dans le droit actuel (art. 1902 par. 2 A.P.). Quant à la donation cumulative, elle n'est plus envisagée.

On voit que la matière concernant les donations par contrat de mariage a été considérablement allégée : de 13 articles (fort denses) le nombre tombe dans le projet à quatre, ce qui est une réduction considérable.

Conclusion

Cette réduction du nombre de dispositions consacrées aux donations par contrat de mariage, se retrouve dans l'ensemble du chapitre consacré aux donations. Le nombre d'articles consacré aux donations passe de 76 à 37. Il semble que les rédacteurs du projet de loi aient estimé qu'une législation plus succincte que celle existant actuellement était maintenant préférable. Ils ont raison. Mais dans leur volonté de condenser des textes surabondants et dont la prolixité entraînait redondances et ambiguïté, il semble qu'ils aient oublié de préciser des points capitaux, telle l'obligation aux dettes, ou la révocation pour ingratitude ou indignité et créer d'autres ambiguïtés et difficultés d'interprétation.

Si certaines lacunes semblent le résultat d'un oubli ponctuel (tel le cas de l'acceptation pour les enfants à naître), plusieurs des problèmes soulevés proviennent de l'oubli de mettre en pratique la règle fondamentale selon laquelle il convient de légiférer par règles générales — et de veiller à ce que celles-ci soient clairement énoncées — et non par accumulation de dispositions spéciales. L'usage exclusif de ces dernières laisse en effet, presque inévitablement, des domaines oubliés, donc non couverts pour lesquels va exister un vide juridique nocif entraînant des solutions peu sûres.

Ici, l'exemple type en est celui de la forme des donations, où aucune règle générale n'est prévue. Dans l'accumulation des solutions particulières, on a oublié les problèmes soulevés par un certain type de biens. Il en est de même de l'obligation aux dettes. Le principe n'apparaît nul part. On ne peut que le déduire par référence au droit actuel, et indirectement par certaines formulations employées. Mais aucun texte clair et précis n'apparaît. Oubli involontaire opéré au cours du remaniement des textes ou oubli des principes de base d'une rédaction cohérente des lois? La première explication est souhaitable, même si le résultat concret est, dans le domaine qui nous intéresse ici, le même, car un oubli du principe signifierait une multiplication des textes législatifs incomplets et d'utilisation difficile, dans tous les domaines.