

Donner et retenir ne vaut... Les exceptions aux articles 931 et suivants du Code civil

Jean-François Gerkens

Chargé de cours à l'université de Liège

Dans les ouvrages de mélanges offerts à un collègue admis à l'éméritat, il est habituel – et généralement apprécié – de traiter de sujets qui ont également intéressé le collègue en question au cours de sa carrière. En ce qui concerne Paul Delnoy, le choix est relativement large, puisqu'il a publié dans des domaines à la fois vastes et variés. Malgré l'embarras du choix auquel j'étais confronté, j'ai très vite songé à la donation entre vifs et plus précisément au don manuel. Sans doute ai-je été particulièrement marqué par l'enseignement de Paul Delnoy sur le sujet. Il est vrai que Paul Delnoy est un aussi un enseignant hors-pair. Mes contacts avec lui ayant été plus souvent ceux d'un étudiant vis-à-vis de son professeur qu'une relation entre collègues, c'est donc particulièrement à mon professeur que je voudrais rendre hommage par ce bref article. Je n'oublierai pas son art de l'enseignement et tenterai toujours de m'en inspirer.

A. La donation : principes et exceptions (Rappel)

Dans notre droit, la donation est en principe un contrat solennel (Article 931 du Code civil¹). Mais comme c'est le cas pour l'écrasante majorité des règles juridiques, il existe des exceptions à ce principe. Ce qui est peut-être un peu moins habituel, c'est que dans notre cas, ces exceptions ne sont pas prévues par la loi elle-même². Bien au contraire puisque l'article 931 présente le recours au notaire comme une formalité impérative prescrite à peine de nullité. Il est pourtant admis aujourd'hui que trois types de donations ne sont pas des contrats solennels. Il s'agit de la donation manuelle, de la donation indirecte et de la donation déguisée³.

En cas de don manuel, la donation se transforme en contrat réel. Pour simplifier, on pourrait donc dire que pour la validité de la donation, l'élément extérieur au consentement des parties n'est plus la rédaction d'un acte notarié, mais la remise de la chose donnée, la *traditio*.

¹ Art. 931 C.civ. : « Tous actes portant donation entre vifs seront passés devant notaires, dans la forme ordinaire des contrats; et il en restera minute, sous peine de nullité ».

² Notons cependant que le législateur a lui-même prévu certaines exceptions plus ponctuelles au principe énoncé dans l'article 931 C.civ. V. P. DELNOY, « La qualification de la donation par virement », *RCJB* 1984, p.219 : La remise de dette (Art.1282s. C.civ.), la stipulation pour autrui (Art.1121 C.civ.)...

³ Sur les donations sans formes solennelles, v. par exemple : H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, t. VIII, vol. I, 1962, n° 491ss. Plus récemment: E. DE WILDE D'ESTMAEL, « La preuve des dons manuels, indirects et déguisés », *C.U.P.* XIX (Octobre 1997) p.169ss.

Comme l'écrit Paul Delnoy, la *traditio* a joué dans le don manuel le même rôle que l'acte notarié dans les donations sans exécution immédiate⁴.

La donation indirecte est une donation qui a été effectuée par un moyen n'étant pas – à priori – destiné à effectuer des donations, mais qui – *in concreto* – a été utilisé dans ce but. Il suffit alors de se conformer aux règles de validité de cet acte spécifique. Une telle donation indirecte peut dès lors être effectuée, par exemple, par virement bancaire⁵, remise de dette, stipulation pour autrui⁶...

La donation déguisée, quant à elle, est une donation cachée sous l'apparence d'un acte à titre onéreux⁷. Ainsi, par exemple, si l'on feint de vendre un bien sans en percevoir le prix, alors pourtant que l'on en donne quittance.

B. La donation manuelle en particulier

Le don manuel est donc un contrat réel. Cela signifie que la donation n'existe que pour autant que le donateur ait fait *traditio* de la chose donnée au profit du donataire. Comment justifier cette dérogation au principe de l'article 931 du Code civil ? Avec Laurent⁸ et De Page⁹, on peut simplement constater qu'il s'agit là de la solution traditionnelle, unanimement acceptée par la doctrine, la jurisprudence et les travaux préparatoires. Ce dernier auteur est par ailleurs d'avis que le système mis en place par les articles 931 et suivants était à ce point rigide qu'il se condamnait lui-même¹⁰.

Laurent et De Page reconnaissent pourtant que le recours à la tradition n'est pas sans poser de problèmes. Elle serait même la moins justifiable des exceptions¹¹. En ancien droit – ces auteurs¹² se réfèrent ici au chancelier d'Aguessau interprétant l'ordonnance de 1731 – c'est l'extrême modicité des donations manuelles qui aurait justifié l'exception à la règle. Mais avec le temps, la valeur relative des choses mobilières est devenue beaucoup plus importante. La validité du don manuel faisant exception à l'article 931 n'est pourtant soumise à aucune limite¹³ de valeur, s'étonnent-ils.

⁴ P. DELNOY, « La qualification ... », (*op.cit.*) p.206.

⁵ P. DELNOY, « La qualification ... », (*op.cit.*) p.218ss.

⁶ Pour d'autres exemples, v. encore : E. DE WILDE D'ESTMAEL, « La preuve des dons ... », (*op.cit.*) p.169ss.

⁷ V. par exemple : E. DE WILDE D'ESTMAEL, « La preuve des dons ... », (*op.cit.*) p.179s.

⁸ F. LAURENT, *Principes de droit civil*, Tome XII³, Bruxelles-Paris 1878, n° 274.

⁹ H. DE PAGE, *op.cit.*, n° 491 et 517.

¹⁰ H. DE PAGE, *op.cit.*, n° 492.

¹¹ H. DE PAGE, *op.cit.*, n° 494.

¹² F. LAURENT, *op.cit.*, n° 274 ; H. DE PAGE, *op.cit.*, n° 494.

¹³ Pour rappel, dans son avant-projet de révision du Code civil, François Laurent proposait de limiter la validité des dons manuels à un certain taux.

De même, De Page¹⁴ souligne que la tentative de justifier la validité des dons manuels par le fait qu'ils ne constituent pas un « acte » au sens de l'article 931 du Code civil est vaine : « Si l'article 931 est bien impératif, il doit s'appliquer à tous les *negotia* qui constituent une donation (et pas seulement aux *instrumenta*) (...) le don manuel est aussi, en ce sens, un acte (*negotium*). »

En vue d'éclairer un peu le passé de la donation – en ne se limitant pas à un ancien droit ne remontant qu'au XVIII^{ème} siècle - il n'est pas inintéressant d'examiner son fonctionnement en droit romain.

C. La donation en droit romain : Principes

La principale surprise apportée par le droit romain est certainement qu'en droit romain classique, la donation n'est pas un contrat ni un *negotium*.

Dans le langage commun, la *donatio* désigne le fait d'accorder quelque chose à titre gratuit dans le sens le plus large possible¹⁵. Ainsi parle-t-on de *donatio* pour l'octroi de la citoyenneté romaine, pour l'affranchissement ou pour le legs. Dans le langage juridique, en revanche, la signification de la *donatio* est nettement plus restreinte et ne visait plus que ce qui avait été accordé à titre gratuit entre vifs et qui entraînait l'appauvrissement du donateur et l'enrichissement correspondant du donataire¹⁶.

En droit romain classique, la donation n'est pas encore une source d'obligation. Elle est uniquement une cause - la *causa donandi* - qui permet de justifier qu'un bien ait changé de propriétaire sans contrepartie¹⁷.

En schématisant, on a pu dire que la donation romaine pouvait se faire *in dando*, *in obligando* ou *in liberando*¹⁸, selon que le donateur remettait immédiatement quelque chose au donataire, qu'il s'engageait à donner quelque chose par la suite ou enfin qu'il acquittait une dette du donataire.

Lorsque la donation était réalisée immédiatement par *traditio* – ce que l'on a pu appeler la donation au comptant ou *donatio in dando* – l'*animus donandi* servait de juste cause justifiant la *traditio*¹⁹. Pour transformer la donation en obligation – *donatio in obligandi*

¹⁴ H. DE PAGE, *op.cit.*, n° 495.

¹⁵ W.KUNKEL/H.HONSELL, *Römisches Recht*⁴, Berlin-Heidelberg 1987, § 125, I.1.

¹⁶ W.KUNKEL/H.HONSELL, *op.cit.*, § 125, I.1.

¹⁷ V. par exemple M. KASER, *Das Römische Privatrecht* I², München 1971, § 140.I.2 (p. 602).

¹⁸ V. par exemple : G.G. ARCHI, *La donazione*, Milano 1960, p.85ss.

¹⁹ En droit romain, la *traditio* est un mode de transfert de la propriété consistant dans la remise de la chose par l'aliénateur propriétaire en main de l'acquéreur ou plus généralement dans la mise de la chose à la disposition de l'acquéreur, effectuée avec la volonté d'aliéner et d'acquérir la propriété et fondée sur une juste cause. La *traditio* est donc un *negotium* sans être un contrat à proprement parler.

– le donateur pouvait également promettre de faire une donation. Cette promesse n’obligeait cependant le promettant que s’il s’était engagé dans les formes d’une stipulation²⁰. Ce n’est que très tard – sous Justinien²¹ – que la validité juridique des promesses informelles de donation a également été acceptée.

La donation n’a posé que très peu de problèmes juridiques aux juristes romains. Si leur droit positif a bien connu une certaine tendance à se méfier du caractère irrationnel de cet appauvrissement sans contrepartie, d’autres limitations poursuivent un but différent. C’est ainsi que l’interdiction des donations entre époux répond plutôt à la volonté de maintenir l’unité des patrimoines familiaux²².

D. Les limites de la donation en droit romain

Le montant des donations jouait un rôle en droit romain. C’est ainsi que la *lex Cincia de donis et muneribus*²³, un plébiscite²⁴ de 204 avant J.C., interdisait que l’on accepte des donations d’une valeur supérieure à un montant déterminé (mais aujourd’hui inconnu²⁵). La raison d’être de cette loi n’apparaît pas clairement²⁶. Dans la mesure où cette limite ne touche pas les « *personae exceptae* », c’est-à-dire en particulier certains parents et alliés²⁷, il n’est pas interdit de penser que la protection des patrimoines familiaux²⁸ était à nouveau un des objectifs poursuivis. La particularité de cette loi, c’est qu’apparemment, aucune sanction n’était prévue²⁹ en cas de donation dépassant la limite fixée. Autrement dit, la donation était

²⁰ Pour rappel la *stipulatio* est un contrat solennel, oral, de droit strict, conclu dans la forme d'une interrogation du créancier-stipulant (« *spondesne centum dare ?* » : promets-tu de donner 100 ?) suivie immédiatement d'une réponse rigoureusement conforme du débiteur-promettant (« *spondeo* » : je promets), et qui fait naître à la charge du promettant l'obligation d'exécuter la prestation promise au profit du stipulant. La *stipulatio* peut avoir comme objet les prestations les plus variées; elle peut mentionner ou non la cause de l'engagement pris par le promettant (par exemple : à titre de donation, d'intérêt d'un prêt, etc.) ; sa validité est, en principe, indépendante de cette cause (Cette définition est empruntée à : R. VIGNERON, *Vocabulaire*, Liège 1994).

²¹ W.KUNKEL/H.HONSELL, *op.cit.*, § 125, I,4 (p. 346).

²² M. KASER, *op.cit.*, § 140.I.3 (p. 602).

²³ A propos de cette loi, v. par exemple : P.F. GIRARD/F.SENN, *Manuel élémentaire de droit romain*⁸, Paris 1929, p. 994ss. ; J.H. MICHEL, *La gratuité en droit romain*, Bruxelles 1962, p.290s. ; M. KASER, *op.cit.*, § 140.I.3 (p. 602s.) ; W.KUNKEL/H.HONSELL, *op.cit.*, § 125, II (p. 346s.).

²⁴ Pour rappel, le plébiscite est une loi édictée par l’assemblée de la plèbe. Le plébiscite a cependant bien valeur de loi et s’applique à tous les citoyens romains, qu’ils soient plébéiens ou patriciens. V. par exemple : P.F. GIRARD/F.SENN, *op.cit.*, p. 38 ; W.KUNKEL/W.SELB, *op.cit.*, § 5, II.2 (p. 9s.).

²⁵ Mario TALAMANCA (*Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, p. 774) pense qu’il devait s’agir de la somme de 1000 as.

²⁶ V. sur la question, notamment : W.KUNKEL/H.HONSELL, *op.cit.*, § 125, II (p. 347).

²⁷ V. par exemple P.F. GIRARD/F.SENN, *op.cit.*, p. 994.

²⁸ V. Aussi: A. GONZALEZ, « The Possible Motivation of the Lex Cincia de donis et muneribus », *RIDA* 34 (1987) p. 161ss.

²⁹ P.F. GIRARD/F.SENN, *ibid.*, p. 994.

donc malgré tout valable³⁰ en droit civil. En revanche, si la donation n'avait pas encore été totalement effectuée, le donateur pouvait opposer au donataire qui réclamait le reste de son « dû », une exception tirée de la *lex Cincia*³¹. L'application de la loi évolue avec le temps, puisqu'à partir de la fin de la période classique, le décès du donateur empêche qu'il soit encore recouru à elle. Les héritiers du donateur se voient donc refuser l'exception³². La loi elle-même est tombée en désuétude³³ par la suite.

L'interdiction des donations entre époux³⁴ a, en revanche, survécu à la chute de l'empire romain. Cette interdiction d'origine coutumière³⁵ était également soumise à une sanction plus radicale, puisque c'est la volonté elle-même qui était considérée comme absente³⁶ dans ce cas.

La donation romaine est généralement irrévocable³⁷. Seuls les patrons avaient le droit de révoquer les donations faites à leurs affranchis pour raison d'ingratitude.

A partir du III^{ème} siècle après J.C., il est devenu habituel d'effectuer les donations devant une autorité ayant le pouvoir de rédiger des actes authentiques (*ius actorum conficiendorum*). Cette procédure est ensuite devenue obligatoire pour les donations les plus importantes. La législation de l'époque s'avère cependant fluctuante et ne devient claire qu'à partir du règne de Justinien. A ce moment, les donations d'une valeur inférieure à 500 *solidi* restent libres de forme, alors que les autres nécessitent le recours à une *insinuatio*, c'est-à-dire la transcription dans un registre officiel³⁸. En l'absence d'une telle *insinuatio*, la validité de la donation était réduite à 500 *solidi*. L'*insinuatio* était obligatoire tant pour les donations effectives³⁹ que pour les promesses de donations³⁹.

³⁰ Peut-être l'auteur de la donation pouvait-il bénéficier d'une action en répétition fondée sur l'enrichissement illégal tiré de la donation dépassant le montant fixé par la *lex Cincia*. V. en ce sens : P.F. GIRARD/F.SENN, *op.cit.*, p. 995 ; mais cela paraît peu probable.

³¹ V. P.F. GIRARD/F.SENN, *op.cit.*, p. 996ss. ; M. KASER, *op.cit.*, § 140.I.3 (p. 603) ; W.KUNKEL/H.HONSELL, *op.cit.*, § 125, II (p. 347).

³² V. P.F. GIRARD/F.SENN, *op.cit.*, p. 996.

³³ Mario TALAMANCA (*op.cit.*, p. 775) situe cette tombée en désuétude sous le règne de Constantin.

³⁴ Notons que cette interdiction des donations entre époux est postérieure à la *lex Cincia*, puisqu'elle date du règne d'Auguste (V. par exemple : J.H. MICHEL, *La gratuité en droit romain*, Bruxelles 1962, p.291 ; G.G. ARCHI, « Donazione », *Enciclopedia del diritto*, vol. XIII, Milano 1964, p. 942).

³⁵ Notons que Mario TALAMANCA (*op.cit.*, p. 775) ne croit pas à ce qu'une telle règle ait pu être introduite par la coutume après l'an 204 avant J.C.

³⁶ V. P.F. GIRARD/F.SENN, *op.cit.*, p. 1000.

³⁷ M. KASER, *op.cit.*, § 140.I.3 (p. 604). Girard (P.F. GIRARD/F.SENN, *op.cit.*, p. 1001) écrit : « L'acte translatif de propriété ou d'autre droit, générateur de créance, extinctif de droit réel ou personnel, fait à titre de donation par une personne capable pour un taux licite, produit en principe les mêmes conséquences que s'il avait été fait à titre onéreux. »

³⁸ J.H. MICHEL, *op.cit.*, p. 300.

³⁹ V. W.KUNKEL/H.HONSELL, *op.cit.*, § 125, III (p. 348).

E. La donation reposant uniquement sur un mode de transfert de la propriété

Comme tout le monde le sait, en matière de transfert de propriété, le droit français s'est écarté de la solution traditionnelle remontant au droit romain et a admis le principe d'après lequel le transfert de propriété se faisait *solo consensu*. En droit romain, Les contrats ne transfèrent pas la propriété. Ainsi, l'acheteur ne devient pas propriétaire de la chose achetée par le contrat de vente. Ce n'est qu'après avoir bénéficié d'une *mancipatio*⁴⁰, d'une *in iure cessio*⁴¹ ou d'une *traditio* que l'acheteur pouvait devenir propriétaire de cette chose.

Mais ces modes de transfert de la propriété n'étaient pas limités au transfert de propriété consécutif à une vente. Ces mêmes procédés pouvaient être utilisés chaque fois qu'il fallait de transférer la propriété d'une chose. C'est donc également vers eux que les Romains se tournaient pour effectuer une donation. La particularité réside ici dans le fait que pour faire une donation, ces trois procédés étaient utilisés de manière autonome, c'est-à-dire qu'ils n'étaient pas précédés d'un contrat, puisque la donation romaine n'était pas un contrat. Pour effectuer une donation, il suffisait donc de transférer la propriété de la chose que l'on voulait donner et de faire cela mû par l'*animus donandi*.

Les deux premiers modes de transfert de la propriété – la *mancipatio* et l'*in iure cessio* – sont des actes abstraits. Peu importe donc qu'ils aient été faits *animus donandi* ou autrement. La *traditio*, en revanche, n'était pas un acte abstrait et cette fois la *causa donandi* prenait toute son importance. Sans elle, le transfert de la propriété ne se faisait pas et la *traditio* restait inefficace⁴².

⁴⁰ Pour rappel (V. R. VIGNERON, *Vocabulaire*, Liège 1994), la *mancipatio* est un procédé solennel d'aliénation volontaire des personnes *alieni iuris* et des *res Mancipi* se réalisant au moyen de l'airain et de la balance (*per aes et libram*). En présence de l'aliénateur, de cinq témoins et d'un porteur de balance (*libripens*), l'acquéreur tenant en main une pièce d'airain prononce la formule : « *Hunc ego hominem* (dans le cas d'un esclave) *ex iure Quiritium meum esse aio isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra* » (je déclare que cet homme m'appartient en vertu du droit des Quirites : qu'il me soit acquis par cette pièce d'airain et cette balance de bronze). Puis il frappe la balance avec la pièce d'airain, remet celle-ci à l'aliénateur et saisit la personne ou la chose aliénée.

⁴¹ Pour rappel (V. R. VIGNERON, *Vocabulaire*, Liège 1994), l'*in iure cessio* est un abandon devant le magistrat. Mode d'acquisition consistant dans un simulacre de procès limité à la phase *in iure*. L'instance débute comme dans une véritable action en revendication. Le demandeur (acquéreur) et le défendeur (aliénateur) comparaissent devant le préteur; le demandeur prononce la formule de la *vindicatio* des actions de la loi : « *Hunc ego hominem* (s'il s'agit d'acquérir un esclave) *ex iure Quiritium meum esse aio* » (j'affirme que cet homme m'appartient en vertu du droit des Quirites). Mais ensuite, au lieu de s'opposer à cette affirmation par une affirmation identique (*contravindicatio*), le défendeur se tait ou reconnaît expressément la légitimité de la prétention du demandeur. Le préteur en prend acte et attribue l'enjeu du litige au demandeur. Le transfert est ainsi réalisé sans que le procès doive se poursuivre par la phase *in iudicio*.

⁴² V. par exemple : M. TALAMANCA, *op.cit.*, p. 773.

F. Comparaison entre le système du code civil et la donation en droit romain

Le droit romain connaissait donc déjà les différentes sortes de donations que nous rencontrons dans notre droit actuel :

La donation reconnue dans un acte authentique

Si l'on prend le principe posé par l'article 931 du Code civil, d'après lequel la donation doit être consignée dans un acte authentique, une règle similaire a existé en droit postclassique romain. A la différence de notre droit positif cependant, la règle du droit romain postclassique était moins générale dans son énoncé, puisqu'elle fixait d'emblée un seuil en dessous duquel l'acte authentique n'était pas requis.

La donation indirecte

La donation indirecte existait également en droit romain. On trouve en effet couramment des exemples de remises de dettes, d'abandons de droits réels, de paiements pour autrui, de ventes à un prix volontairement inférieur au marché... Comme par exemple dans ce texte d'Ulpien, extrait du Digeste de Justinien (D.18.1.38⁴³) :

« Lorsque quelqu'un, dans le but de réaliser une donation, fait une vente à prix modique, cette vente est valable. Car nous pouvons dire que la vente est nulle uniquement si elle a complètement été réalisée à titre de donation. Mais dès lors que la vente a été faite pour un prix modique dans un but de donation, la validité de la vente ne fait aucun doute. Cette règle prévaut en principe, mais lorsque la vente a lieu entre mari et femme, il en va autrement, car dans ce cas, la vente pour un prix modique à titre de donation est nulle. »

Comme on le voit, sous les apparences d'une vente, les parties réalisent une donation indirecte qui n'en est pas moins valable, pour autant que les parties ne soient pas mari et femme, ce qui constituerait une donation prohibée⁴⁴.

La donation déguisée

Tout comme la donation indirecte, la donation déguisée est courante en droit romain, comme par exemple dans cette constitution impériale des empereurs Dioclétien et Maximien, tirée du Code de Justinien (C.4.38.9⁴⁵) :

⁴³ D.18.1.38 (Ulp., l. 7 Disp.) : *Si quis donationis causa minoris vendat, venditio valet: totiens enim dicimus in totum venditionem non valere, quotiens universa venditio donationis causa facta est: quotiens vero vilioris pretio res donationis causa distrahitur, dubium non est venditionem valere. Hoc inter ceteros: inter virum vero et uxorem donationis causa venditio facta pretio vilioris nullius momenti est.*

⁴⁴ A propos de ce texte, v. par exemple : J.H. MICHEL, *op.cit.*, p. 246s.

« Les empereurs Dioclétien et Maximien à Sévère (294 après J.C.) :

Il n'existe pas d'achat ni de vente sans prix. Mais si le prix convenu n'a pas été payé, la possession de l'acheteur qui refuse de payer n'en est pas moins valable et le contrat n'est pas considéré comme nul. Mais si - en vue de faire une donation - un champ a été vendu et que la vente a été suivie d'une *traditio*, le vendeur ne dispose d'aucune action en vue d'obtenir le paiement du prix, puisque la donation est parfaite. »

La vente ne sera donc valable que si le prix a été convenu et qu'il a été décidé qu'il ne serait pas payé par l'acheteur. Si, en revanche, les parties ont omis de prévoir un prix, la vente sera considérée nulle. La similitude avec la donation déguisée actuelle est donc parfaite.

La donation manuelle

L'équivalent romain du don manuel était assurément la « *donatio in dando* », c'est-à-dire la donation réalisée par simple *traditio*. Comme il a été dit précédemment, le don manuel est aujourd'hui un contrat réel, alors que la « *donatio in dando* » n'était même pas un contrat. Cette dernière reposait cependant sur la réalisation d'une *traditio*. Remarquons que si la *traditio* romaine était un *negotium*, ce que la jurisprudence allemande appellerait : « *Rechtsgeschäft* » et la doctrine italienne : « *negozio giuridico* », elle n'était pas non plus un contrat (« *Vertrag* » en allemand et « *contratto* » en italien).

Ces précisions éclairent peut-être avantageusement la discussion relatée brièvement plus haut⁴⁶, d'après laquelle De Page semble s'étonner que l'on ait essayé de soustraire la donation manuelle à la règle de l'article 931 du Code civil en arguant que « le don manuel n'est pas un acte⁴⁷ ».

L'origine de cette argumentation combattue par De Page peut-être retracée grâce à Laurent⁴⁸ qui écrit :

« L'ordonnance de 1731 disait, de même que le code civil : 'Tous actes portant donation entre-vifs seront passés par-devant notaires et il en restera minute, à peine de nullité.' On demanda à d'Aguessau, l'auteur de l'ordonnance, si cette disposition s'appliquait aux dons manuels. Le chancelier répondit : 'A l'égard d'un don qui se consommerait sans acte par la tradition réelle d'un meuble ou d'une somme modique, l'article 1^{er} de l'ordonnance, ne parlant que des *actes*

⁴⁵ C.4.38.9 : Diocl./Maxim. *Empti fides ac venditi sine quantitate nulla est. Placito autem pretio non numerato, sed solum tradita possessione istiusmodi contractus non habetur irritus, nec idcirco is qui comparavit minus recte possidet, quod soluta summa quam dari convenerat negatur. Sed et donationis gratia praedii facta venditione si traditio sequatur, actione pretii nulla competente perficitur donatio.* Diocl. et Maxim. AA. et CC. Severo mil. (a 294 D. VIII K. April. Sirmi CC. Cons.).

⁴⁶ V. supra sous : « B. La donation manuelle en particulier ».

⁴⁷ H. DE PAGE, *op.cit.*, n° 495.

⁴⁸ F. LAURENT, *op.cit.*, n° 274.

portant donation, n'a pas d'application à ce cas qui n'a besoin d'aucune loi.' (...) Or, l'article 931 reproduit textuellement l'ordonnance, et il la reproduit telle qu'elle était interprétée et appliquée dans l'ancien droit. Le rapporteur du Tribunat s'en explique formellement. 'Nous devons remarquer, dit-il, que le projet se sert des termes : *tout acte de donation*. Tout acte... Le projet ne parle donc pas des dons manuels, et ce n'est pas sans motif. Les dons manuels ne sont susceptibles d'aucune forme. Il n'y a là d'autre règle que la tradition, sauf néanmoins la réduction et le rapport dans les cas de droit'. »

De Page semble trouver l'argumentation (reposant sur l'idée que le don manuel n'est pas un acte) ridicule et il répond :

« Vaines tentatives ! Si l'article 931 est bien impératif, il doit s'appliquer à tous les *negotia* qui constituent une donation (et pas seulement aux *instrumenta*) (...) le don manuel est aussi, en ce sens, un acte (*negotium*). »

Mais maintenant que nous avons vu qu'en droit romain, le don manuel n'est pas un *negotium*, et qu'il repose entièrement sur la *traditio* (que d'Aguessau appelle « tradition réelle »), il devient – à mon avis - excessif de tourner en ridicule l'argument du chancelier. Il semble en effet que la validité des dons manuels sans recours aux solennités prescrites par la loi puisse s'expliquer par le fonctionnement de la donation en droit romain.