

Les Cahiers de droit



Les critères de distinction entre la donation entre vifs et la donation à cause de mort

Roger Comtois

Volume 9, numéro 3, septembre 1968

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1004517ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1004517ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculté de droit de l'Université Laval

ISSN

0007-974X (imprimé)

1918-8218 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Comtois, R. (1968). Les critères de distinction entre la donation entre vifs et la donation à cause de mort. *Les Cahiers de droit*, 9(3), 719–734.
<https://doi.org/10.7202/1004517ar>

Tous droits réservés © Université Laval, 1968

Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

<https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

érudit

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

<https://www.erudit.org/fr/>

Les critères de distinction entre la donation entre vifs et la donation à cause de mort

ROGER COMTOIS

Docteur en Droit,
professeur à la Faculté de Droit,
Université de Montréal.

Les critères de distinction entre la donation entre vifs et la donation à cause de mort *

Après avoir dit dans quels cas la donation à cause de mort est possible, et ayant déjà défini la donation entre vifs, nous croyons le moment opportun de tenter maintenant d'établir les caractères distinctifs de ces deux donations.

Il s'agit en somme de pouvoir déterminer à quelle catégorie une donation appartient, surtout dans les cas où les termes ne sont pas toujours très clairs.

Il y a évidemment une analogie entre la donation de biens à venir et la donation à cause de mort. Nous ne voulons pas reprendre les explications déjà données là-dessus. Plusieurs de ces explications vont maintenant nous servir de guide dans l'interprétation des clauses. Il s'agit maintenant d'élargir le problème et d'appliquer la distinction non plus seulement aux donations de meubles de ménage mais à toutes les donations. D'autre part, l'importance de la distinction entre ces deux institutions a déjà été soulignée. Les conséquences de l'une ou de l'autre des situations ne sont pas les mêmes. Rappelons pour le moment très brièvement que :

a) Dans la donation entre vifs, la propriété passe immédiatement au donataire. Par conséquent, ce donataire étant déjà saisi de l'objet de la donation, cet objet, au cas de décès, est un élément transmissible dans la succession du donataire. Si la propriété est passée au donataire, les créanciers de celui-ci pourront saisir son patrimoine y compris les biens qu'il vient de recevoir par donation entre vifs. Sauf stipulation contraire d'insaisissabilité, s'il y a lieu.

b) Dans la donation à cause de mort, la propriété reste au donateur. Aussi, les biens sont-ils saisissables dans le patrimoine du donateur comme tous les autres biens qui lui appartiennent. De plus, le donateur étant resté propriétaire, jusqu'à son décès, conserve le droit de disposer de la chose, du moins à titre onéreux. Enfin, il y aura caducité de l'institution si le donataire décède avant le donateur. Pour le même motif, il n'y a pas lieu pour le donateur de stipuler un droit de retour des biens donnés au cas de prédécès du donataire. Par suite

* Extrait d'un volume en préparation, à paraître prochainement, sur les donations par contrat de mariage.

de l'inefficacité de la donation, le donateur, de toute façon, restera maître des biens.

Les critères de distinction se rattachent aux quatre points suivants :

I – Le dessaisissement.

II – L'irrévocabilité.

III – Les termes employés.

IV – Les faits et les circonstances relatifs à l'opération, pour déterminer l'intention des parties.

I – Le dessaisissement.

Dans la donation entre vifs, il doit y avoir dessaisissement actuel ; dans la donation à cause de mort, la transmission de la propriété n'est qu'éventuelle et future. L'article 777 du Code civil ne laisse aucun doute sur ces exigences : il est de l'essence de la donation faite pour avoir effet entre vifs, que le donateur se dessaisisse actuellement de son droit de propriété à la chose donnée. Il faut cependant remarquer, et cela est bien précisé dans le deuxième alinéa de l'article 777, que le consentement des parties suffit sans qu'il soit besoin de tradition. Comme il a déjà été dit, la tradition réelle n'est plus exigée dans les donations puisque ce contrat est consensuel.

Essayons maintenant de déceler les critères et les marques du dessaisissement.

Demolombe¹ écrit à ce sujet :

« Certaines circonstances seraient particulièrement de nature à imprimer à l'acte le caractère d'une donation entre vifs ; comme si, par exemple, le donateur s'était obligé à servir lui-même les intérêts de la chose donnée ; s'il avait consenti une hypothèque pour sûreté du paiement ; s'il avait stipulé, soit une réserve d'usufruit, soit un droit de retour ».

Aubry et Rau² sont au même effet.

a) *L'obligation prise par le donateur de servir lui-même des intérêts sur la somme donnée*

La Cour de cassation dans un arrêt du 22 avril 1817 a jugé qu'il y avait donation entre vifs dans l'espèce suivante³ :

« Le donateur, désirant reconnaître les services de sa cuisinière, lui avait fait donation d'une somme de 14,000 fr., une fois payée, de la-

¹ *Cours du Code Napoléon*, T. XX, 2^e éd., Paris, Durand-Hachette, n° 405, p. 391.

² *Cours de Droit civil français*, T. VII, 4^e éd., Paris, L.G.J., 1875, p. 151.

³ Rapporté par Rolland de VILLARGUES, *Dictionnaire de Droit civil*, T. IV, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1889, V^o *Donation à cause de mort*, no 19, p. 55.

quelle il se constituait, *dès à présent*, débiteur envers ladite Pinson (cuisinière) ; pour ladite somme produire des intérêts, à raison de 5%, de six mois en six mois, à compter de ce jour, et n'être remboursable qu'après l'expiration des six mois qui suivront le décès du donateur. Le donateur déléguait, à titre de garantie, à l'appelée Pinson, pareille somme à prendre dans une plus forte à lui due par les acquéreurs d'immeubles, mais qui n'était pas disponible ».

Les circonstances n'indiquent-elles pas, précisément, que le donateur entend s'obliger. Il se rend débiteur non seulement d'une somme capitale mais, immédiatement, il reconnaît que ce capital, appartenant au donataire doit reproduire, pour celui-ci, des intérêts.

b) *La constitution d'une hypothèque à la garantie de l'exécution de la donation*

Notons à ce sujet une décision de la Cour d'appel : *Banque de Montréal v. Roy*⁴.

Les faits qui ont donné lieu à ce litige étant particulièrement complexes, nous nous limiterons ici aux seuls considérations qui se rattachent directement aux questions que nous étudions.

Le contrat de mariage renfermait une donation à la future épouse de la jouissance et usufruit, sa vie durant et durant viduité, d'une propriété connue comme étant le lot 212 du cadastre de Warwick. Cette propriété était ainsi donnée en usufruit à la future épouse et affectée hypothécairement au paiement de la somme de \$2000 donnée à la future épouse. Le contrat de mariage fut enregistré en 1907.

Le juge Archambault écrit ceci :

« Dans la donation faite par Etienne Cantin à l'intimée, nous trouvons d'abord l'une des circonstances indicatives de dessaisissement actuel mentionné par les auteurs et la jurisprudence; la constitution d'une hypothèque pour garantir le paiement de la somme donnée. Nous avons en outre les termes mêmes de l'acte; le donateur y déclare formellement qu'il fait donation entre vifs et irrévocable à la future épouse d'une somme de deux mille piastres. Nous sommes donc en présence d'une donation entre vifs de biens présents, et non d'une donation de biens à venir »⁵.

Notons en passant que cette cause met en lumière une autre conséquence de la donation entre vifs : si un bien est l'objet d'une donation entre vifs entre époux, la renonciation à la donation, faite durant mariage, constitue une dérogation aux conventions matrimoniales. C'est en quelque sorte une nouvelle donation que l'épouse donataire se trouve à consentir à son mari, en contravention de l'article

⁴ (1917) 26 B.R. 549.

⁵ *Ibidem*, 555.

1265 du Code civil. Cette renonciation n'aurait même pas été nécessaire pour permettre au mari d'aliéner l'immeuble s'il s'était agi d'une donation à cause de mort, puisque, alors, le mari reste propriétaire à tous égards.

Si le dessaisissement est un élément essentiel à la donation entre vifs, on ne peut pas en dire autant des différentes situations que nous étudions présentement, telle la constitution d'une hypothèque et la réserve d'usufruit. *Ce sont là des marques* qui permettent de qualifier l'opération, mais ce ne sont pas des marques essentielles. Bien au contraire, puisque, dans certains cas, on a statué qu'il y avait donation à cause de mort alors même qu'une hypothèque avait été stipulée pour garantir l'exécution de la donation.

On lit à ce sujet dans Rolland de Villargues⁵ :

« Mais faut-il que la somme donnée, et dont le payement seulement est renvoyé à la mort, soit affectée sur certains biens, qu'il y ait hypothèque, en un mot, consentie par le donateur ? Evidemment non ; une disposition, une obligation ne subsiste pas moins, quoiqu'elle ne soit pas accompagnée de telle ou telle sûreté. Le donataire peut courir le risque de n'être pas payé, sans cesser pour cela d'être véritablement donataire, d'être créancier de la somme donnée. Le principe est élémentaire.

« Aussi, loin que la circonstance de l'hypothèque puisse être considérée comme essentielle, comme constitutive de la donation entre vifs, c'est que Cochin lui-même rapporte l'espèce de trois arrêts, (des 12 fév. 1723, 9 avr. 1735 et 24 mai 1737), lors desquels des donations de sommes d'argent, limitées à prendre sur les biens que le donateur laisserait à son décès, ont été déclarées nulles quoiqu'elles fussent accompagnées de la clause expresse de l'affectation et hypothèque de tous les biens présents et à venir des donateurs, et même de la réserve d'usufruit. Ces circonstances ne parurent pas suffisantes pour effacer le vice radical d'une donation à prendre sur les biens de la succession du donateur. En vain les donataires prétendaient que cette hypothèque leur donnait un droit *actuel*, et les mettait en état d'attaquer les tiers détenteurs : on leur répondait qu'ils s'abusaient ; que l'application de leur action étant limitée, par leur propre titre, sur les biens de la succession, ils ne pouvaient pas s'en écarter.

« La loi de la donation est claire (disait à cet égard Cochin, qui plaidait lors du troisième arrêt). La dame Morand donne 15,000 livres à prendre sur les biens de sa succession ; elle ne veut donc pas qu'on puisse se venger sur les biens dont elle aura disposé entre vifs ; l'hypothèque, qui ne sert qu'à faire valoir la donation telle qu'elle est, ne peut pas la changer... »

Deux précisions :

i) L'hypothèque de l'ancien droit était générale. Elle est maintenant spéciale, ce qui rend difficile l'hypothèque que l'on prétendrait donner à la garantie d'une donation à cause de mort, sur des biens qui ne sont pas encore précisés ou délimités ;

⁵ *Op. et loc. cit. supra* note 3, no 17, p. 53.

ii) L'hypothèque ne peut être constituée sur l'immeuble qui est l'objet même de la donation, s'il s'agit d'une donation et de l'usufruit et de la nue propriété. Car alors le donataire ne peut être à la fois propriétaire et débiteur hypothécaire. L'hypothèque créée s'éteindrait immédiatement par confusion. Mais, comme dans la cause de la *Banque de Montréal v. Roy*⁷, si c'est seulement l'usufruit d'un immeuble qui est donné rien ne s'oppose à ce que la nue propriété, qui reste au mari donateur, soit hypothéquée et pour garantir l'usufruit et pour garantir le paiement d'une autre somme d'argent donnée à l'épouse.

c) *Le droit de retour*

Ce droit de retour est incompatible avec la donation à cause de mort. Dans cette dernière, le donataire ne devient propriétaire que s'il survit au donateur. Il n'y a donc pas lieu pour le donateur de stipuler un droit de retour pour s'assurer la reprise des biens. Par contre, le droit de retour est une clause toute naturelle à une donation entre vifs. Comme le donateur a cessé d'être propriétaire, il veut s'assurer que, au cas du prédécès du donataire avec ou sans enfants, les biens lui reviendront. Notons en passant, comme cela a d'ailleurs été signalé précédemment, que le droit de retour stipulé au profit d'un tiers s'apparente beaucoup plus à la substitution qu'à un véritable droit de réversion.

Deux anciens arrêts, cités par Rolland de Villargues :

1. Riom, 28 février 1825 : « En 1806 les deux sœurs Dagiral ont fait « donation *entre vifs*, pure, perpétuelle et irrévocable, dans la meilleure forme que donation entre vifs peut et doit valoir [...] à leurs petits-neveux et nièces [...] ». Elles ont stipulé le *retour* de cette somme en cas de prédécès des donataires [...]. Jugé que les termes à *prendre*, etc., n'avaient d'autre objet que d'assurer davantage l'exécution de la donation qui contenait dessaisissement actuel »⁸.

2. Cassation, 17 avril 1826 : « Les père et mère de la demoiselle Henrici lui ont constitué en dot, en 1822, certaines sommes, qui ne devaient être *payées* qu'après le décès du survivant d'eux, *sans intérêt*. Ils ont aussi stipulé le droit de *retour* et *hypothéqué* leurs biens. Jugé que la donation emportait tradition actuelle »⁹.

3. Une troisième espèce peut aussi être mentionnée, c'est celle de la Cour de cassation du 6 août 1827 où, dans une donation, la dame de Fondville avait fait par contrat de mariage donation entre vifs d'une certaine somme ajoutant qu'elle se réservait la *réversion* des sommes données, en cas de décès du futur et de ses enfants. Jugé : « Que la donation dont il s'agit, qualifiée dans l'acte même de *donation entre vifs*, n'avait dans sa substance rien qui résistât à cette qualification : qu'au contraire, le paiement de la somme donnée était

⁷ *Supra* note 4.

⁸ *Op. et loc. cit.*, *supra* note 3, no 19, p. 55.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ *Ibidem*.

garanti par une hypothèque, et que le retour était expressément réservé : d'où il s'ensuit qu'elle avait le caractère d'une donation entre vifs »¹⁰.

d) *Réserve de l'usufruit*

L'article 777 le dit expressément : le donateur peut se réserver l'usufruit ou la possession précaire, et aussi céder l'usufruit à l'un et la nue propriété à l'autre, pourvu qu'il se dessaisisse de son droit de propriété.

Encore ici c'est le dessaisissement qui compte. Et souvent la réserve d'usufruit consolide le dessaisissement quant à la nue propriété.

Un arrêt de la Cour d'appel, *Goyette v. Dionne*¹¹ traite précisément de la distinction entre la donation entre vifs et la donation à cause de mort. Deux points, en particulier, ont retenu l'attention des juges. Le donateur avait fait donation d'une certaine somme d'argent qui ne devait être exigible que trois mois après son décès. Cette question sera étudiée plus loin. Le donateur s'était aussi réservé l'usufruit des biens donnés.

Le juge en chef Lafontaine estime que l'acte comporte une donation entre vifs. Il invoque notamment l'argument de la réserve d'usufruit, dans les termes suivants :

« Le donateur se réserve sa vie durant la jouissance des sommes d'argent données. Au dire de tous les auteurs, c'est là une marque de dessaisissement, car il résulte de cette stipulation une tradition feinte et cette réserve d'usufruit qui, en pratique ne vaut rien, a son utilité, tout de même, dans une donation comme indication du dessaisissement requis pour constituer une donation entre vifs »¹².

Le juge Lafontaine rapporte aussi les remarques du juge Archambault qui s'était prononcé dans l'affaire de la *Banque de Montréal v. Roy*¹³.

Dans cette cause, le juge Bernier fut dissident. Pour lui, il s'agissait d'une donation à cause de mort. Le résumé du témoignage de l'intimé est à l'effet qu'il avait l'intention de faire un testament et non une donation de biens présents. Analysant ensuite l'acte, lequel déclare que le donateur se réserve la jouissance du capital donné, le juge poursuit :

« Le mot jouissance d'une somme d'argent, dans mon opinion, comprendrait plus que l'administration; en effet, on jouit de la chose, quand on en a la possession; il faut l'avoir, la posséder, la placer, la déplacer pour la remettre dans des fonds industriels, etc.; la jouissance d'une somme d'argent comprendrait donc pour celui qui l'a une plus grande étendue de droits que celui qui n'a que l'adminis-

¹¹ (1928) 44 B.R. 15.

¹² *Ibidem*, 22.

¹³ *Supra* note 4.

tration d'une somme d'argent. Quoi qu'il en soit, dans l'acte qui nous est soumis, c'est le mot jouissance qui est employé, et non pas le mot administration »¹⁴.

De toute évidence, ce qui semble frapper le juge Bernier c'est que concrètement, la situation du donateur est la même que s'il avait fait un testament : il conserve la jouissance et tous les émoluments de l'objet donné. Ce n'est qu'après son décès que sa succession sera privée de ses biens.

Nous croyons qu'une analyse plus approfondie de la situation conduit à l'interprétation donnée par la majorité de la Cour d'appel. Il y a véritable dessaisissement et les donataires sont immédiatement propriétaires. Puisque le Code prend la peine de dire que le donateur peut se réserver l'usufruit, ce qui est synonyme de jouissance, pourquoi priver cet acte des effets que les parties ont librement et légalement voulu lui donner ?

II – L'irrévocabilité

Ce deuxième critère est intimement lié au précédent, le dessaisissement. Il faut, disait Cochin, que le droit du donataire soit irrévocablement formé sur tous les biens que le donateur possède pendant sa vie et que le donataire ne soit pas réduit à se venger sur les biens qui se trouveront au jour du décès du donateur¹⁵.

Pour sa part, Dumoulin commentant l'article 291 de la Coutume de Bourbonnais, observait qu'il y a deux choses à considérer dans une donation : la *disposition* qui lie irrévocablement lorsqu'elle est présente et l'*exécution* qui peut être différée au temps de la mort sans que la nature ni la force de la disposition en souffre d'atteinte.

L'interprétation et l'application de ce critère ont lieu, généralement, à propos des clauses suivantes :

- a) Le décès est stipulé comme terme de la donation.
- b) La donation ne doit s'exécuter que sur les biens laissés par le donateur à son décès.
- c) La survie est posée comme condition de la donation.

Nous allons étudier chacune de ces espèces.

a) Le décès

Une donation entre vifs peut-elle avoir comme terme d'exigibilité

¹⁴ *Goyette v. Dionne*, *supra*, note 11, pp. 31-32.

¹⁵ *Oeuvres*, 4, 395, cité par Rolland de VILLARGUES, *op. et loc. cit.*, *supra* note 3, no 15, p. 53.

le décès ? La réponse est affirmative. Les codificateurs écrivent dans leur rapport ¹⁶ :

« La donation entre vifs est irrévocable lorsqu'elle est acceptée et dessaisit le donateur du droit de la propriété, quoique le terme de la délivrance de fait puisse être prorogé. Ce terme, fut-il établi même comme étant celui du décès du donateur, ne constitue pas la donation à cause de mort telle que résultant du testament ou de l'espèce particulière que traite cet article. Le testament qui est toujours révocable laisse le disposant propriétaire jusqu'à son décès et fixe seulement la transmission des biens autrement que la loi l'eût fait à sa mort. La donation à cause de mort faite entre vifs, tout en devenant irrévocable, n'est destinée qu'à avoir les effets du testament, et c'est ce que dit l'article. Elle ne peut dans notre droit être faite que par contrat de mariage ».

L'article auquel on réfère ici est le numéro 4 du projet, soit l'article 575 du Code civil.

Il ne suffit pas qu'il soit mention de la mort dans une donation pour la faire considérer comme une donation à cause de mort, s'il ne paraît clairement que *la mort tombe sur la substance* de la disposition. S'il n'est parlé de la mort que pour fins de démonstration (*demonstrationis causa*) et pour désigner le temps auquel la donation doit avoir son exécution, cela ne l'empêche pas de valoir comme donation entre vifs.

Si, par contre, la mort est indiquée comme condition de la donation, nous serons en présence d'une donation à cause de mort et non d'une donation entre vifs.

Plusieurs arrêts, tant anciens que modernes, ont interprété cette situation.

1. Dans *Garland Son & Co. v. O'Reilly*, décision de la Cour suprême ¹⁷, la clause de donation d'un contrat de mariage prévoyait que le futur époux « [. . .] hath given, granted and confirmed, and by these presents doth give, grant and confirm unto the said Miss Eliza Petrie, accepting thereof : 1st, [. . .] 2ndly, the sum of twenty-five thousand dollars, currency of Canada, payable unto the said Miss Eliza Petrie by the heirs, executors, administrators or assigns of him the said Edward O'Reilly, the payment whereof shall become due and demandable after the death of him, the said Edward O'Reilly . . . » ¹⁸.

La Cour suprême a vu dans cette disposition une donation entre vifs. Le juge en chef observe que les termes employés expriment clairement l'intention de créer une obligation immédiate, un *debitum in presenti* et que l'intention n'est aucunement modifiée par les mots qui

¹⁶ *Cinquième Rapport*, Québec, Desbarats, 1865, pp. 150 et 152.

¹⁷ (1911) 44 R.C.S. 197.

¹⁸ *Ibidem*, 199.

suivent, lesquels stipulent que la mort du donateur sera le terme de paiement de la somme donnée, alors qu'elle deviendra due et exigible. Le juge cite Rambaud :

« Peu importe, sous ce rapport, que la donation soit pure et simple, ou que l'exécution en ait été reculée jusqu'à une époque déterminée, et même, à la mort du donateur. En effet, le terme ne met obstacle ni à la translation immédiate de la propriété, ni à la naissance immédiate de l'obligation; il ne fait que retarder l'exécution du droit »¹⁹.

2. Dans l'affaire *Goyette v. Dionne*²⁰, la clause disait que le donateur avait fait donation d'une somme d'argent payable trois mois après son décès, à même les biens les plus clairs et apparents de sa succession. Cette donation a été également considérée comme une donation entre vifs. Le donateur ne pouvait plus anéantir le droit dont il avait saisi le donataire. Le juge Allard²¹ cite Demolombe :

« Aussi la donation doit-elle être toujours considérée comme donation de biens présents, dès lors qu'elle saisit actuellement et irrévocablement le donataire, lors même que l'exécution serait subordonnée à une condition, ou suspendue par un terme, même l'époque de la mort du donateur ».

Dans la même espèce le juge Rivard signale²² :

« Que le terme soit le décès du donateur, cela, seul n'empêche pas qu'il y ait dessaisissement actuel; car il ne faut pas confondre la constitution de la créance avec son exécution ».

3. Les anciens arrêts cités par les auteurs ont souvent conclu à la donation entre vifs, alors même que le terme de la donation était le décès :

i) Cassation 15 juin 1808 : un père et une mère avaient fait donation d'une somme de 10,900 francs *exigible seulement après leur décès*²³;

ii) Cassation 22 avril 1817, déjà cité : donation d'une somme à n'être remboursable qu'après l'expiration des six mois qui suivront le décès du donateur²⁴;

iii) Cassation 8 juillet 1822 : donation entre vifs par les père et mère à leur fille, donation qui ne sera exigible qu'après le décès du survivant²⁵;

¹⁹ *Ibidem*, 202.

²⁰ *Supra* note 11.

²¹ *Ibidem*, pp. 24-25.

²² *Ibidem*, p. 33.

²³ Rapporté par R. DE VILLARGUES, *op. et loc. cit. supra*, note 3, n° 19, pp. 54-55.

²⁴ *Ibidem*, no 19, p. 55.

²⁵ *Ibidem*.

On pourrait également citer les décisions du 15 mars 1825 et du 6 août 1827 Cour de cassation ²⁶.

Par contre, si le décès n'est pas indiqué simplement comme terme d'exécution, mais comme condition de la constitution même de la donation, l'on y verra plutôt une donation à cause de mort.

1. *Demers v. Demers* ²⁷ :

Le futur époux avait donné à la future épouse une somme de \$3,000 à être prise sur ses biens et il était dit que la future épouse « jouira de ladite somme en pleine propriété aux termes de la loi, le tout devenant ouvert par la faillite, mort civile ou par le séparation de corps d'avec ledit époux... ».

2. D'anciens arrêts, cités par Rolland de Villargues, ont statué qu'il y avait donation à cause de mort dans les conditions suivantes ²⁸ :

i) Cassation 24 janvier 1822 : donation entre vifs à la future épouse d'une somme de 100,000 livres à prendre, après le décès dudit futur époux, sur les biens les plus clairs et les plus liquides de la succession . . . ;

ii) Cassation 29 décembre 1823 : donation entre vifs pure et simple irrévocable de la somme de 4,000 francs à prendre, *après le décès du donateur* . . . ;

iii) Cassation 15 juillet 1835 : donation d'une somme qui ne serait exigible qu'après le décès du survivant des testateurs.

Il est vrai que, rarement, le seul critère du décès se trouve dans la donation. Nous l'avons vu par les clauses que nous venons de citer, d'autres éléments et d'autres marques viennent préciser la nature de la disposition. C'est le cas en particulier de :

b) *La mention que la donation, dans son exécution, sera limitée, ou non, aux biens laissés dans la succession ou « aux plus clairs et apparents deniers de la succession ».*

La donation ne peut être limitée aux biens que le donateur laissera au jour de son décès, parce que l'effet d'un tel assignat est de restreindre la donation aux biens qui existeront à cette époque, et que sous ce rapport il n'y a véritablement qu'une donation de biens à venir et qu'il n'entraîne aucun dessaisissement actuel ²⁹.

C'est ici, surtout, que l'irrévocabilité trouve sa base même dans le

²⁶ *Ibidem.*

²⁷ (1934) 12 C.S. 48, à la p. 49.

²⁸ *Op. et loc. cit.*, *supra* note 3, no 18, p. 54.

²⁹ *Ibidem*, no 17, p. 53.

dessaisissement. Si le donateur s'est obligé véritablement, et s'il ne dépend plus de lui de cesser d'être débiteur du donataire il y aura donation entre vifs. Mais s'il peut anéantir ou diminuer le droit dont il a saisi le donataire, nous serons en présence d'une donation à cause de mort. Et, comme le signale Baudry-Lacantinerie³⁰ la donation d'une somme d'argent payable au décès du donateur ne cesserait pas d'être valable par suite de cette circonstance que les biens appartenant au donateur lors de la donation, seraient insuffisants pour en assurer le paiement, car cela n'empêche pas que le donateur ne devienne actuellement et irrévocablement débiteur de la somme promise.

Laurent³¹ estime que cette solution est contraire à la tradition. Il cite Pothier qui disait que :

« Toute clause qui laisse au donateur le pouvoir de détruire ou d'altérer l'effet de sa donation la rend nulle ».

Et Ferrière :

« Un donateur est présumé donner et retenir quand, par quelque clause renfermée dans le contrat de donation, il peut directement ou indirectement révoquer et rendre inutile la donation qu'il aurait faite ».

L'on en conclut à ce qu'il fallait, d'après la tradition, garantir le donataire contre le pouvoir que le donateur a de disposer de ses biens et de détruire la donation ou de l'altérer.

Nous croyons que ces circonstances purement matérielles ou économiques ne changent en rien le droit et ne peuvent empêcher qu'une donation comportant obligation soit une donation entre vifs. Cela est d'autant plus vrai que maintenant, le dessaisissement s'opère de façon purement intellectuelle, sans qu'il y ait lieu à la tradition requise autrefois. Et Pothier que l'on invoquait pour appuyer la solution contraire peut être cité, dans un autre texte, pour confirmer la validité de la situation comme donation entre vifs :

« Lorsque quelqu'un me fait donation d'une certaine somme, payable seulement après sa mort, dont il se constitue envers moi le débiteur, je pense que la donation est valable et que je dois être censé suffisamment mis en possession de la chose donnée par l'acte même de donation, par lequel je suis fait d'une manière irrévocable créancier de la créance qui m'est donnée, et par la clause de dessaisissement par laquelle le donateur se dessaisit envers moi de ses biens jusqu'à due concurrence, en les chargeant de cette dette pour moi »³².

³⁰ *Traité théorique et pratique de droit civil, Des donations et des testaments*, T. X, 3e éd., Paris, Larose et Tenin, 1905, no 1445.

³¹ *Principes de droit civil français*, T. 12, 3e éd. Bruxelles-Paris, Bourgault-Marescq, 1878, n° 409, p. 495.

³² *Introduction à la coutume d'Orléans*, no 4.

Comme la clause de dessaisissement n'est plus requise, pourvu qu'il y ait effectivement dessaisissement, nous croyons que la solution de Pothier est encore valable.

Voyons maintenant comment la jurisprudence a appliqué ce critère.

1. Dans *Banque de Montréal v. Roy*³³, on voit une donation entre vifs dans la disposition faite par le mari à sa femme entre vifs et irrévocable d'une somme de \$2,000. « à prendre sur les plus clairs et apparents biens de la succession du futur époux ». On estime qu'il y a eu dessaisissement actuel. Ce dessaisissement est prouvé par d'autres facteurs déjà mentionnés.

2. Dans *Goyette v. Dionne*³⁴, une donation est faite à trois donataires, d'une somme de \$10,000, à chacun d'eux. Il est précisé que la somme sera payable trois mois après le décès du donateur « à même les biens les plus clairs et apparents de sa succession ». Encore ici on estime qu'il y a eu dessaisissement au sens du dernier alinéa de l'article 777. Il y a eu engagement. Le juge Bernier, dissident, signale que Laurent se prononce en faveur de l'opinion que cette donation est une donation à cause de mort mais il reconnaît que la majorité des commentateurs du droit français ne sont pas de cet avis³⁵.

On remarque dans les anciens arrêts que les termes employés ont une grande importance. Quand, par exemple, il est dit que la somme donnée sera prise *après le décès du testateur*, à même les plus clairs deniers de sa succession, on croirait qu'il n'y a pas eu dessaisissement ni obligation et qu'il s'agit d'une donation à cause de mort. La solution sera la même quand il est stipulé que l'objet de la donation sera réalisé sur les biens que le donateur aura au jour de son décès.

Il faut ici rappeler que si la donation a été faite par acte entre vifs ordinaire et qu'elle est considérée comme donation à cause de mort, elle sera absolument nulle. Cela a été reconnu dans une cause de *Boucher v. Morrison*³⁶.

« La donation d'une somme d'argent, à prendre sur la succession du donateur dès l'instant de son décès, avant partage de ses biens, est une donation à cause de mort et partant nulle; que cette nullité étant absolue, l'acceptation par les héritiers du compte de l'exécuteur testamentaire constatant paiement de cette somme au donataire ne valide pas la donation et n'en constitue pas une ratification. »

³³ *Supra*, note 4.

³⁴ *Supra*, note 11.

³⁵ Cf. *ibidem*, p. 26.

³⁶ (1898) 13 C.S., 205 (C. rév.).

Si, par ailleurs, la donation est considérée valable comme donation entre vifs, elle sera bonne même en dehors du contrat de mariage.

c) *La condition de survie*

Nous n'avons trouvé aucun commentaire dans les auteurs sur ce critère.

Pourtant, il a son importance. Dans la cause déjà citée³⁷ de *Banque de Montréal v. Roy*, le futur époux avait fait donation à la future épouse, entre vifs et irrévocable, d'une somme de \$2,000. à prendre sur les plus clairs et apparents biens de la succession du futur époux et cette donation était faite comme gain de survie; elle ne devait valoir que dans le cas où la future épouse survivra à son mari et devra être considérée comme nulle et non avenue si le futur époux survit à sa femme.

On a jugé qu'il s'agissait là d'une donation entre vifs.

Cette solution nous paraît critiquable. L'indication que le don est fait à titre de gain de survie n'est-elle pas suffisante pour faire de cette disposition une donation à cause de mort? N'est-ce pas là un caractère de la donation à cause de mort? La seule explication qui nous paraisse plausible serait que la condition de la survie est plutôt assimilée à une condition résolutoire. Rien ne s'oppose à cette explication. Dans la donation entre vifs le donataire devient immédiatement propriétaire. Il peut cesser de l'être si un certain événement se produit, soit son prédécès au donateur. Mais il nous semble impossible d'admettre qu'il s'agisse ici d'une donation entre vifs si la survie est proposée comme condition suspensive, car alors la donataire ne pourrait pas devenir propriétaire avant que ne se réalise la condition.

Ces distinctions ont leur importance au point de vue pratique. Si l'on veut, dans un contrat de mariage, rendre l'épouse donataire propriétaire immédiatement, l'on ne peut pas assimiler la donation à un gain de survie. Mais le mari peut avoir le désir bien légitime de voir la donation résiliée pour le cas où sa femme le précéderait. Et alors, rien ne s'oppose à ce que le prédécès soit indiqué comme condition résolutoire ou comme clause de retour à la donation. On pourra, par exemple, dire que : « au cas de prédécès de la future épouse, la donation présentement faite sera résolue ».

³⁷ *Supra*, note 4.

III – Les termes employés et la désignation du contrat

« What's in a name » disait Shakespeare. Et cela peut s'appliquer également aux situations juridiques. Il importe peu que l'on ait qualifié un acte de donation entre vifs s'il a tous les caractères de la donation à cause de mort. Cet acte n'en demeurera pas moins une donation à cause de mort. Et l'inverse est vrai.

L'analyse de nombreux arrêts tant de l'ancienne jurisprudence française que de la jurisprudence québécoise nous permet de faire trois observations à ce sujet :

1. La désignation d'un contrat permet à l'interprète, normalement, d'en connaître la nature. En d'autres mots, on doit présumer que si un contrat est qualifié de donation entre vifs, par exemple, il comporte véritablement une donation entre vifs. Mais cela est une présomption seulement.

2. Même si un contrat est intitulé donation entre vifs et se présente comme tel, il pourra comporter une donation à cause de mort si, des clauses et de l'ensemble de l'acte, il ressort qu'il s'agit bien d'une donation à cause de mort. Si les conditions essentielles à la donation entre vifs sont absentes, on aura beau insister pour dire qu'il s'agit d'une donation entre vifs, cela ne changera rien à la situation juridique véritable. Pratiquement toutes les décisions rapportées prévoyaient qu'il s'agissait d'une donation entre vifs. Et pourtant, plusieurs arrêts ont statué qu'il s'agissait d'une donation à cause de mort.

3. Il ne suffit pas qu'il soit question de la mort dans une donation pour faire considérer l'acte comme une donation à cause de mort. S'il est dit en toutes lettres qu'il s'agit d'une donation à cause de mort, il sera très difficile de voir dans cet acte une donation entre vifs. Mais si la mort a été indiquée, par exemple, comme terme de la donation, et qu'il y ait dessaisissement actuel et obligation immédiate, l'acte sera considéré comme une donation entre vifs.

Il faut donc considérer l'ensemble de l'acte et les clauses qu'il comporte. Les ambiguïtés sont souvent nombreuses. Ce qui faisait dire à un professeur que quand les parties ont dit qu'il s'agissait d'une donation entre vifs, il s'agissait souvent d'une donation à cause de mort et inversement, d'une donation entre vifs, quand on avait prétendu faire une donation à cause de mort.

Ajoutons que, en droit moderne, le formalisme des formulaires n'existe plus. C'est ainsi que les clauses de « dessaisine-saisine » n'ont

plus cours. De même, la tradition matérielle n'est plus requise et l'acte n'a donc pas à la constater. Les actes conservent néanmoins un relent des anciennes formules et il ne faut pas se surprendre d'y lire des clauses tout à fait identiques à celles qu'on trouvait aux XVIII^e et XIX^e siècles.

IV – Les circonstances et les faits déterminant l'intention des parties.

Il faut sans doute attacher une grande importance aux termes mêmes de l'acte et à l'intention que les parties y ont exprimée.

Faut-il, en outre, faire appel à des circonstances extrinsèques à l'acte ?

C'est l'opinion du juge Bernier, dissident, dans l'affaire *Goyette v. Dionne*³⁸. Le juge Bernier analyse la preuve et les témoignages. Il constate, par exemple, que le donateur s'est rendu chez le notaire avec l'intention de faire un testament et, suivant le témoignage du donateur que « on a reviré ça en donation ». Le donateur avait sans doute l'intention de garder, sa vie durant, la jouissance des \$30,000 qu'il donnait. Il aurait sans doute pu obtenir ce résultat au moyen d'un testament. Mais le même résultat était aussi possible dans une donation entre vifs faite avec réserve d'usufruit. Le juge écrit³⁹ :

« Le résumé du témoignage de l'intimé est donc à l'effet qu'il avait l'intention de faire un testament, et non une donation de biens présents; mais que, l'appelant lui ayant dit que le montant donné ne serait payable qu'après sa mort, il a consenti de signer [...]. Le donateur n'entendait pas se dépouiller irrévocablement, et dès le moment de la donation ».

À notre avis, le juge a tort de faire appel à des circonstances extrinsèques pour en tirer des conclusions excessives. Quand on peut trouver dans l'acte même tous les éléments de preuve qui servent à en déterminer la nature, pourquoi chercher ailleurs des preuves d'intention ? Quand l'acte dit clairement l'intention réelle des parties, peut-on, par des preuves et des moyens indirects, neutraliser cette preuve ?

Nous soumettons que si vraiment le donateur s'est trompé et qu'il a fait une donation entre vifs au lieu d'un testament, il lui appartenait de prendre une action en annulation du contrat pour cause d'erreur.

³⁸ *Supra*, note 11.

³⁹ *Ibidem*, pp. 29-30.