Traité du droit de succession, par J.-B.-A. Hureaux,...

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

Hureaux, Jean-Baptiste-Auguste. Traité du droit de succession, par J.-B.-A. Hureaux,.... 1868.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF.Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :
 *La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.
 *La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

Cliquer ici pour accéder aux tarifs et à la licence

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

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

 *des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.
 *des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

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

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

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

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

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

36617

BIBLIOTHÈQUE IMPÉR. IMPR.

TRAITÉ

DU

DROIT DE SUCCESSION

CHARLEVILLE, TYP. ET LITH. DE A. POUILLARD.

DÉPÔT LÉGAL
A. Villemin
1867
67.

TRAITÉ

DU

DROIT DE SUCCESSION

BIBLIOTHÈQUE IMPÉRIALE

PAR

J.-B.-A. HUREAUX

VICE-PRÉSIDENT AU TRIBUNAL CIVIL
de Charleville.

TOME IV

PARIS
A. MARESCQ AINÉ, Libraire Editeur,
rue Soufflot, n° 17.

CHARLEVILLE
GUSTAVE LETELLIER, Libraire,
rue Napoléon, n° 12.

1868

ÉTUDE VI

DU PARTAGE ET DE SES SUITES.

CHAPITRE VII

Des rapports (Cod. Nap., art. 843-869).

SOMMAIRE.

1. — Histoire de la question des rapports. *Droit romain.*
2. — Développement de cette institution.
3. — Le principe de l'égalité entre les héritiers est dû au réformateur chrétien du VI^e^ siècle.
4. — Des rapports dans l'ancienne jurisprudence française.
5. — Des inconvénients du système admis dans le droit intermédiaire.
6. — De la loi du 4 germinal an VIII.

7. — Du Code Napoléon.
8. — Précision du point à traiter.
9. — Explication sommaire de l'art. 843.
10. — Suite.
11. — Méthode et division du sujet.

---

1. — *Histoire.* — C'est dans le droit prétorien qu'il faut aller chercher l'origine des rapports à succession.

Les fils de famille libérés de la puissance paternelle par l'émancipation, ne pouvaient, d'après la logique inflexible du droit civil, concourir avec les autres enfants et descendants restés en puissance. Mais le préteur trouvant avec raison cette conséquence du système trop rigoureuse, les admit dans la succession prétorienne, en les faisant participer au bénéfice *des possessions de biens, contrà tabulas et undè liberi*, suivant les cas (1). A l'aide de ce moyen, l'émancipé redevint en réalité un *héritier sien*, sinon aux yeux de la loi civile, au moins du droit prétorien, comme s'il n'était jamais sorti de la famille. Toutefois, l'édit lui imposa comme condition nécessaire de son admission dans la succession paternelle, l'obligation *d'apporter* à la masse héréditaire, désormais partageable entre tous, les biens qu'il pouvait avoir acquis à la faveur

(1) Voy. Instit. Just. *De bonorum possess.*, §§ 3-4.

de son émancipation et qu'il avait au moment du décès du père de famille (1). En agissant ainsi, le magistrat obéissait tout à la fois à une pensée d'équité et à l'une des nécessités du nouvel ordre de choses qu'il entendait consacrer. En effet, il eût été contraire à toute justice que celui des enfants qui avait été libéré de la puissance paternelle, pût, en rentrant dans la famille au moyen de l'édit, venir diminuer la part de ses frères et sœurs naturels par son concours avec eux, sans être astreint à confondre dans la masse (2) ce qu'il avait pu acquérir à la faveur de son émancipation, dans le temps intermédiaire, quand, *d'un autre côté*, les non-émancipés restés en puissance n'avaient pu rien acquérir pour eux (3), et que par conséquent ils se trouvaient avoir augmenté le patrimoine héréditaire de tout ce qu'ils avaient acquis pour le chef de famille ou plutôt au profit de la co-propriété familiale (4).

(1) Voy. ULPIEN, L. 1, ff. *De coll.*

(2) Le rapport romain n'est rien autre chose qu'une espèce de *contributio* dans le sens d'une *bonorum confusio inter fratres. Collatio est rei propriæ in communem hæreditatem contributio*, disent les interprètes. Les enfants ou descendants du *de cujus* étaient seuls soumis au rapport, qui ne s'appliquait qu'aux donations entre vifs, et non pas aux legs. (Voy. L. 12. Cod. *Commun. utriusque judic.)*

(3) Voy. L. 79, ff. *De acq. vel omitt. hæred.* L. 1, ff. *Si a parente quis manum.* Instit. Just., liv. II, tit. IX, *per quas pers. nobis acquir.*

(4) Arg. de la loi 14, ff. *De suis et legit. hæred.*

Cet *apport* imposé à l'émancipé qui demandait la possession des biens, s'appella *collatio*, de *cum ferre*, *porter avec*.

2. — Jusque-là, l'idée de ce que nous appelons aujourd'hui *rapport à succession*, n'apparaît pas encore bien nettement; mais nous y touchons, et on sent que avec l'action du temps, la pensée prétorienne est appelée à s'étendre et à se généraliser, en transformant *l'apport* dont il vient d'être question, *en rapport*, pour enfin conclure dans l'avenir à l'égalité entre les héritiers. C'est toujours ainsi que procède *l'idée juste* dans le développement des institutions. Sa nature est d'être *envahissante*, et sa destinée, lorsqu'elle parvient à rompre les obstacles qu'elle rencontre, est d'être successivement poussée jusque dans ses dernières conséquences, en passant de l'abstraction dans le domaine des faits.

Aussi, ne tardons-nous pas à voir les enfants même restés en puissance, grevés à leur tour de l'obligation de *rapporter* les dots et les donations *propter nuptias* (1).

3. — Plus tard, le législateur chrétien proclame le principe de l'égalité entre tous les descendants venant

(1) Voy. à cet égard ULPIEN, L. 1, ff. *De dot. coll.* DIOCLÉTIEN et MAXENCE, L. 12, Cod. *De coll.* LÉON, L. 17, Cod. *De coll.* JUSTINIEN, L. 20, § 1, Cod. *eod. tit.* A Rome, tous les héritiers n'étaient pas, comme chez nous, tenus du rapport. Les frères et sœurs et les ascendants du défunt n'y étaient jamais assujettis, même quand ils concouraient avec des descendants en vertu du testament.

à la succession *ab intestat* et même testamentaire. Il les oblige par l'une de ses *Novelles* à remettre à la masse partageable tous les avantages qu'ils ont pu recevoir du défunt, à moins qu'ils n'aient été dispensés de cette obligation par le testateur. Le droit des Pandectes et du Code se trouve dès lors modifié, en ce sens que le rapport qui n'était pas exigé entre les héritiers testamentaires, à moins que le testateur ne l'eût expressément ordonné (1), dut désormais s'opérer indifféremment entre tous les héritiers *ab intestat et testamentaires*, à moins que le testateur ne l'eût expressément défendu (2).

Toutefois, Justinien ne poussa pas les choses jusqu'aux dernières limites, il maintint la législation antérieure en ce qui concernait *la répudiation de l'hérédité* qui continua, comme par le passé, d'affranchir les descendants du rapport, comme aussi en ce qui concernait *les legs* faits aux héritiers testamentaires et *ab intestat*, lesquels durent rester comme auparavant, susceptibles d'être réclamés comme *pré-legs* (3).

4. — *Ancienne jurisprudence française.* — Dans l'an-

(1) *Novelle* 18, cap. 6. CUJAS sur cette *Novelle*, pag. 1625, *édit.* FABROT, tom. II, *Ad codicem.*

(2) *Novelle* précitée.

(3) L. ult., ff. *De dot. coll.* L. 25 Cod. *Familiæ erciscundæ.* L. 1, § 19, ff. et LL. 4-10-16, au Cod. *De coll.*

cienne jurisprudence, nous voyons le midi de la France continuer le droit romain (1).

Quant aux pays coutumiers, ils envisagèrent cette question si importante des rapports, sous des aspects divers. Les dispositions des coutumes sur cette matière varient *à l'infini*. Lebrun (2) les divise en *onze* catégories ; mais il tient compte dans sa classification des divergences les plus minimes. Zachariæ (3), d'après Pothier, les a réduites *à trois*.

En réalité, il n'y a que deux systèmes nettement dessinés dans le droit coutumier, savoir : 1° le système des coutumes *d'égalité absolue*, auquel se rattache, quant à la base fondamentale, quoique avec des modifications importantes dans l'application des détails, les nombreuses coutumes que l'on peut appeler *d'égalité tempérée ;* 2° et le système des *coutumes de préciput* qui se rapproche beaucoup du droit romain. Malgré la diversité que l'on remarque entre les dispositions des diverses coutumes en cette matière, il est facile de voir qu'elles ont *toutes* un fond commun qui a sa base dans le caractère de la nation.

La crainte des dissensions de famille, toujours re-

(1) D'Espeisses, tom. II, pag. 400 et suiv., nos 19-20. Furgole, *Testaments*, tom. III, chap. x, sect. 3, nos 76 et suiv.

(2) *Success.*, liv. III, chap. vii, nos 3-17.

(3) Tom. V, § 626 *bis*. Pothier, *Success.*, chap. iv, art. 2, § 1, art. 3, § 2.

doutables chez des peuples guerriers (1); l'envie si souvent à craindre dans *les successions*...;

Le désir d'empêcher autant que possible que les propres ne changent de lignes, malgré la règle *paterna paternis, materna maternis* (2)...,

Et, par dessus tout, la pensée politique du législateur féodal de maintenir le peuple dans la dépendance des seigneurs, au moyen de la division infinie des propriétés roturières, afin d'empêcher la création de fortunes nuisibles à la puissance seigneuriale qui, elle, de son côté, se trouve régie par *un système d'immobilité*....., font proclamer dans la plupart des coutumes, le principe si remarquable de l'incompatibilité de la qualité de donataire, de légataire et de douairier *avec celle d'héritier* (3).

Toutefois, comme il faut au législateur féodal un motif apparent qui soit de nature à lui servir de masque honorable pour recouvrir le fond secret de sa pensée, il le trouve dans *l'égalité*. C'est donc au nom de ce grand mot, toujours si puissant sur les masses, que

(1) POTHIER, *Successions*, chap. IV, art. 3, § 2.

(2) LEBRUN, liv. III, chap. VII, n° 1.

(3) La règle de l'incompatibilité des qualités ne s'appliquait, *stricto sensu*, qu'à la défense du cumul de la qualité de légataire avec celle d'héritier. Les donations entre vifs donnaient lieu au rapport, suivant le droit romain; mais l'obligation de rapporter n'existait pas entre les légataires *per universitatem* dans les successions testamentaires. (LEBRUN, liv. III, chap. VI, sect. 1, n° 20.)

l'incompatibilité des qualités s'établit dans l'ancienne jurisprudence (1).

(1) Dans les coutumes *d'égalité absolue*, tout ce qui est sorti du patrimoine du *de cujus* au profit des successibles (descendants ou collatéraux, sans distinction), doit y rentrer à son décès, lors même que les successibles *répudient* l'hérédité ou que le disposant *les a dispensés du rapport*. C'est, comme on le voit, *un système absolu*.

Les coutumes que nous appelons coutumes *d'égalité tempérée* admettent bien la base fondamentale des coutumes *d'égalité absolue*, mais elles en mitigent les conséquences, suivant les différents cas qui peuvent se présenter. C'est ainsi qu'elles distinguent la qualité de donataire d'avec celle *de légataire*, et la ligne *directe* de la ligne *collatérale*. Si, dans leurs ressorts, les descendants ne peuvent être en même temps *donataires*, *légataires et héritiers*, les collatéraux peuvent être en même temps *donataires et héritiers*, sans pouvoir, toutefois, être en même temps *légataires et héritiers*. Elles redoutaient le testament dans lequel on ne se dépouille que pour le temps où on n'existe plus, plus que la donation qui emporte un dessaisissement actuel : ce qui fait qu'on s'y livre moins facilement.

C'est à cette subdivision que se rattachent le plus grand nombre des coutumes, et notamment celles de Paris et d'Orléans. Comme dans les coutumes d'égalité proprement dites, la volonté de l'homme y est impuissante pour dispenser les successibles *donataires ou légataires* de l'obligation du rapport. Mais à la différence de ce qui se passe dans les premières, les successibles donataires ont la faculté de s'en affranchir, *en renonçant à l'hérédité*. C'est un système mitigé. Les successibles donataires ou légataires y ont *le droit d'opter entre la renonciation ou le rapport*.

Quant à celles des *coutumes* qui ont subi plus spécialement l'influence du droit romain, elles accordent à la volonté du disposant et des acceptants un pouvoir *plus étendu* que les précédentes. L'obligation de rapporter y cesse non-seulement par la renonciation du successible à l'hérédité, mais encore *par une dispense* émanée de l'auteur de la disposition. On les appelle *coutumes de préciput*. (*Coutumes de Nivernais*, titre *des Donations*, art. 2. Voy. Guy-Coquille sur cet article et sur l'art. 7, tom. II de ses œuvres, pag. 274, 269 et suiv.) Le Code a suivi leur système.

La coutume de Reims reconnaît aux enfants la possibilité d'être tout à la fois *donataires*, *légataires et héritiers*, sauf la légitime de leurs frères et sœurs (art. 235, 287, 288).

Quant à celles des coutumes qui sont muettes sur les rapports et sur l'incompatibilité des qualités, le rapport n'est obligatoire que dans la ligne *des-*

Mais quelque soin que puisse mettre une loi politique à déguiser sa pensée secrète sous des apparences libérales, il arrive toujours un moment où la vérité finit par se faire jour : c'est ce qui eut lieu au cas particulier.

Le motif simplement apparent de la féodalité fut un beau jour pris *au sérieux* par la nation tout entière qui se mit tout-à-coup à renverser de fond en comble le *système seigneurial* pour ne conserver que son *motif apparent d'égalité* qui devint alors *réel*, ou du moins, que le grand jurisconsulte Merlin rêva comme pouvant devenir *réel* pour tous. De là, la loi du 17 nivôse an II, laquelle voulant le nivellement des fortunes, ne manqua pas d'accepter comme *bon* l'octroi que le droit féodal avait fait primitivement dans une intention quelque peu perfide à nos ancêtres roturiers. Dès lors, la formule des coutumes *d'égalité absolue* put rester ce qu'elle était auparavant, mais avec un sens

cendante. Il n'y a pas incompatibilité entre les qualités de légataires et d'héritiers dans les lignes ascendante et collatérale. On voit que ces coutumes se rattachent tout à la fois au système coutumier et au système romain. (Voy. à cet égard RICARD, *Traité des donations*, part. I, n° 647. Voy. pourtant n°s 640 et 645. LEBRUN, liv. III, chap. VIII, n° 3. Mais voy. MERLIN, *V° Rapport*, art. 2.)

Du reste, il faut noter avec soin, puisque le Code Napoléon a suivi cette voie, que les coutumes en général admettaient avec le droit romain que les successibles pouvaient se dispenser *eux-mêmes* du rapport *en renonçant à la succession*. Il n'y avait que les coutumes proprement dites *d'égalité* qui leur refusaient cette faculté d'opter entre le rapport ou la renonciation. (Voy. LEBRUN, *loco cit.)*

politique tout différent. La Convention n'eut qu'à mettre de côté, au chapitre des réformes, *la partie immobile* du système féodal, pour en conserver la contre-partie libérale qui consacrait *l'égalité* et, de cette manière, arriver à la conclusion logique et au développement le plus complet de ce grand principe appliqué aux successions : principe qui, si l'on ne veut pas compter avec des préoccupations étrangères, entraîne à sa suite *l'incompatibilité de la qualité de donataire ou de légataire avec celle d'héritier* ACCEPTANT, et même avec celle *d'héritier* RENONÇANT, afin que les prescriptions légales ne puissent être éludées.

5. — Mais si ce système formulé avec une logique rigoureuse a le mérite incontestable d'être d'une simplicité et d'une énergie très-remarquable, il a aussi comme tant d'autres systèmes absolus, le malheur de blesser plusieurs sentiments qu'on doit toujours respecter comme chers au cœur de l'homme. Par la nécessité où il se trouve d'apporter des entraves à la faculté de disposer, il enlève un puissant stimulant au travail.

« Celui qui n'a pour héritiers présomptifs que des « collatéraux éloignés auxquels la loi l'oblige de « laisser les cinq sixièmes de sa fortune, se con- « damne au repos avant l'heure et prive ainsi sa « patrie de richesses nouvelles, ne tenant pas à ac-

« quérir des biens dont il ne lui est pas permis de dis-
« poser à son gré (1). »

D'un autre côté, il énerve la puissance paternelle en ne donnant au chef de famille aucun moyen efficace pour que ce dernier puisse récompenser ceux de ses descendants qui ont conquis plus particulièrement son affection, et contenir dans le devoir, comme aussi punir au besoin ceux qui n'ont pas fait ce que la nature leur enjoignait de faire pour mériter cette affection, sinon pour l'obtenir (2).

Aussi, cette loi de nivôse an II, si brillante de métaphysique fut-elle acceptée froidement dans l'application. Il fallut compter avec les praticiens qui s'attachèrent à éluder et à frauder ses dispositions.

Les pays de petite culture refusèrent même de s'y soumettre (3), de sorte que l'œuvre de la Révolution ne réussit qu'en partie à s'imposer dans les départements.

6. — Le législateur de l'an VIII comprenant que *la Convention* avait dépassé le but et que le moyen d'éviter les abus de la liberté n'était pas d'en en-

(1) Voy. l'excellente thèse de doctorat sur la *quotité disponible* par M. VERNET, pag. 327 et suiv., et l'exposé des motifs de la loi du 4 germinal an VIII, par REGNAULT DE SAINT-JEAN D'ANGÉLY. CARETTE, *Lois*, 1re série, pag. 534

(2) Voy. GUY-COQUILLE, sur l'art. 7 des *Donat. De la coutume du Nivernais*, tom. II, pag. 269.

(3) Voy. le rapport de M. REGNAULT DE SAINT-JEAN D'ANGÉLY précité.

chaîner l'exercice, rendit au père de famille le droit de disposer que la loi de nivôse lui avait enlevé au lieu d'en limiter sagement l'usage. En conséquence, une nouvelle loi portant la date du 4 germinal an VIII, abrogea implicitement par son art. 5 le principe de *l'incompatibilité des qualités* dans ses conséquences les plus importantes au point de vue radical des égalitaires pour faire retour à la raison écrite, c'est-à-dire au système romain que les coutumes *d'égalité absolue* et même *d'égalité tempérée* ainsi que la *loi de nivôse*, avaient plus ou moins complètement répudié.

7. — *Code Napoléon.* — Le Code Napoléon, sauf quelques modifications, du reste assez peu heureuses et dans tous les cas contestables en ce qui touche les différentes quotités disponibles, a reproduit le système de la loi du 4 germinal an VIII, et comme cette loi n'était elle-même qu'un retour au principe du droit romain suivi dans le midi de la France, on peut tenir comme certain que la base fondamentale de la théorie des rapports repose aujourd'hui sur une interprétation légale de la volonté présumée du disposant, sauf peut-être en ce qui concerne les legs dont il est question dans l'art. 843 du Code Napoléon, ce qui n'est qu'un ancien vestige du droit coutumier qu'on aurait bien fait d'oublier dans le nouveau système. Dès qu'on se décidait à retourner au droit romain, il fallait y revenir sous ce rapport comme sous les autres.

Mais les auteurs du Code n'ont voulu être que des *novateurs timides* en cette matière.

Voici le langage que nous tient le législateur sainement interprété :

« Je désire l'égalité, dans tous les cas je la présume, mais je ne l'exige pas, et si le donateur ou le testateur exprime positivement une volonté contraire à cette égalité, je n'en sanctionne pas moins ses dispositions légalement manifestées, pourvu toutefois qu'elles ne portent pas atteinte à la portion de succession que j'entends réserver *intacte* au profit de certains successibles, qui, à mes yeux, ne sauraient être complètement exhérédés et qui, par conséquent, doivent être protégés contre des libéralités excessives (1). »

C'est, comme on le voit, un système de transaction qui a la prétention louable de tout concilier. Il a certainement de grands avantages que l'on ne saurait nier, et il est très-probable que sous ce rapport le Code Napoléon ne sera modifié que de longtemps. Toutefois, il nous semble qu'en exaltant outre mesure la sagesse du législateur de 1803 en cette matière, les apologistes quand même des institutions de l'Empire ne tiennent peut-être pas suffisamment compte des déplorables brouilles de famille qu'engendrent

(1) Voy. la thèse de M. VERNET, pag. 338. Sous le Code, la réserve est une succession *ab intestat* à laquelle il n'est pas permis de porter atteinte.

quelquefois les dispositions nouvelles et des représailles ou actes de vengeance qui en sont la suite.

Quoi qu'il en soit, et tout en reconnaissant avec notre savant maître, M. Blondeau, ce que la loi de nivôse avait de séduisant en théorie, nous ne devons pas moins savoir gré au législateur du Consulat et de l'Empire de l'avoir considérée comme une *utopie* à rejeter puisqu'elle n'a pu se maintenir au contact des faits. Les lois, comme l'a dit *richement* Montesquieu, sont *les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses*. Or, dès qu'une loi fait violence aux mœurs de la nation pour laquelle elle a été créée, elle est par cela même condamnée.

Mais laissons de côté ces problèmes redoutables que le temps seul peut résoudre. C'est plutôt aux publicistes proprement dits qu'aux jurisconsultes-interprètes qu'il appartient d'en sonder les profondeurs (1). Si nos arrière-neveux pensent un jour en écrivant l'histoire de notre siècle que notre législateur contemporain a été quelque peu pusillanime dans ces matières, et qu'il n'aurait peut-être pas dû abandonner comme il l'a fait, le système national des *coutumes d'égalité tempérée,* ils lui rendront assurément cette justice qu'il lui était très-difficile, pour ne pas dire im-

(1) Voy. une sévère critique du Code en cette matière par M. Dufour, *Revue étrangère*, III, 1837, III, pag. 384.

possible, d'agir autrement à l'époque où il s'est mis à l'œuvre pour réparer le mal que les excès de la Révolution avaient pu faire aux institutions du pays (1).

8. — Nous n'en dirons pas, quant à présent, davantage sur *l'histoire des rapports*. Les détails dans lesquels nous aurons à entrer en commentant les textes qui nous régissent, compléteront ce qui pourrait manquer à cet aperçu général de la célèbre question qui doit appeler toute notre attention. *La section des rapports* est l'une des plus importantes et des plus fécondes en difficultés du titre des successions. Pour être bien étudiée à fond, il faudrait sans doute la commenter en même temps que la partie du titre des donations qui traite de *la quotité disponible*, mais nous ne devons pas perdre de vue que ces études

(1) « Il faut que le père de famille que la loi autorise à tester en faveur des « étrangers, puisse aussi exercer ce droit précieux à l'égard de ses enfants, au- « trement il deviendrait sujet de ceux qui lui doivent obéissance. » Voy. GUY-COQUILLE, *Instit. au Droit français, titre des donations*, Cod. Nap., art. 919. Il y a même de très-bons esprits qui pensent que pour donner du nerf à l'autorité paternelle, le père de famille devrait avoir le droit de disposer de sa fortune suivant sa volonté et que les restrictions que contient le titre des donations à cet égard devraient disparaître de la législation. Nous croyons qu'il y aurait exagération à suivre cet ordre d'idées. L'autorité paternelle est trop peu respectée en France pour qu'un tel système puisse y être admis facilement, Il faudrait pour cela que la famille française fût plus chrétienne et plus disciplinée dans son intérieur qu'elle ne l'est encore aujourd'hui. L'éducation universitaire ne développe pas suffisamment chez les jeunes gens le sentiment et le respect de la famille. Il y a là un grand vice auquel il faudrait remédier.

n'ont trait qu'au *droit de succession* : ce qui nous impose l'obligation de nous restreindre à notre sujet déjà bien assez vaste par lui-même.

9. — *Code Napoléon*, *art.* 843. — Cela posé, entrons en matière par une explication sommaire des termes dont la loi se sert dans l'art. 843 du Code Napoléon. Cet article résume en quelques mots toute la théorie nouvelle *des rapports*. Il est ainsi conçu :

« Tout héritier, même bénéficiaire, venant à une « succession doit rapporter à ses co-héritiers tout ce « qu'il a reçu du défunt, par donation entre vifs, « directement ou indirectement : il ne peut retenir « les dons, ni réclamer les legs à lui faits par le défunt « à moins que les dons et legs ne lui aient été faits « expressément par préciput et hors part ou avec dis- « pense de rapport. »

Reprenons les termes de la loi :

1° *Tout héritier*..., c'est-à-dire toute personne appelée par la loi à la succession *ab intestat*, mais non pas tout successeur aux biens appelé par la volonté de l'homme à la succession testamentaire. *Tout* héritier quel qu'il soit. Il n'y a plus à distinguer sous le Code, comme autrefois, entre les héritiers des lignes ascendante, collatérale et descendante. Le système du Code veut ramener autant que possible tous les successibles à l'égalité et le défunt y est présumé n'avoir donné ou légué ce qu'il a pu donner ou léguer qu'à la

charge par les donataires ou les légataires de rapporter à la masse partageable tout ce dont il a disposé au profit de ses successibles *ab intestat*, qu'ils soient ascendants, collatéraux ou descendants, peu importe.

2° *Même bénéficiaire*..., en ce qui concerne sa famille, l'héritier bénéficiaire, *re verâ hæres est*. Il est donc tenu du rapport tout aussi bien qu'un héritier pur et simple, et cela lors même qu'il se démettrait de l'administration de la succession bénéficiaire en abandonnant les biens aux créanciers (1). Par ces expressions *même bénéficiaire*, les auteurs du Code ont tranché *du bon côté* une question qui était très-controversée entre nos anciens coutumiers.

3° *Venant à succession*.... Le rapport ayant pour but l'égalité entre les héritiers, ne peut être dû que *de co-héritier à co-héritier*. Mais il est bien évident que pour être tenu de cette obligation, il faut accepter la succession *ab intestat*, puisqu'autrement on ne serait pas *co-héritier*. Les renonçants n'y sont pas soumis, attendu que loin de venir à la succession comme le veut l'art. 843, ils sont censés n'avoir jamais existé par rapport à elle (2). Le système des rapports dont il est ici question ne concerne pas non plus *les successeurs aux biens*, tels que les donataires universels ou

(1) *Suprà*, tom. II, nos 317 et suiv.

(2) Cod. Nap., art. 785.

les légataires partiaires, soit qu'ils concourent avec des héritiers réservataires ou avec des successeurs de même nature que la leur. Mais nous aurons à voir si les enfants naturels qui ont reçu quelque chose du défunt ne doivent pas le rapport comme les héritiers légitimes. Notons seulement quant à présent qu'ils ne sont pas appelés *par la volonté de l'homme*. C'est la loi elle-même qui a fixé leurs parts (art. 757).

4° *Doit rapporter à ses co-héritiers tout ce qu'il a reçu du défunt par donation entre vifs : doit*, tout héritier est soumis individuellement au rapport. Il ne faut pas confondre l'action personnelle en rapport avec l'action réelle en réduction des dispositions entre vifs ou testamentaires qui excèdent la quotité disponible. Cette dernière action n'appartient qu'à ceux des héritiers qui sont spécialement protégés contre des libéralités excessives, tandis que la première peut être exercée par tout successible de quelque ligne qu'il soit, pourvu qu'il vienne utilement à la succession *ab intestat*. L'art. 304 de la coutume de Paris qui a servi sous ce rapport de type à l'art. 843 était ainsi conçu : « Les « enfants (aujourd'hui tout héritier) venant à la succession du père ou de la mère (aujourd'hui du *de* « *cujus*) doivent rapporter ce qui leur a été donné, « pour, avec les autres biens de la succession, être mis « en partage entre eux, ou moins prendre. » (Compar. Cod. Nap., art. 843 et 858.)

5° *Directement ou indirectement*. L'art. 303 de la coutume de Paris disait : *en manière quelconque*. Ces mots *directement ou indirectement* viennent de Pothier (1). Mais ils n'ont plus entièrement aujourd'hui le sens qu'y attachait ce jurisconsulte en ce qui concerne le mot *indirectement*. Les avantages indirects rapportables comprenaient : 1° les donations faites à l'un des successibles au moyen de personnes interposées; 2° tous les dons déguisés sous forme de conventions à titre onéreux ; 3° les remises d'obligations souscrites par l'un des successibles, les quittances données sans sommes reçues, la suppression ou l'anéantissement de reconnaissances de prêt, etc... Nous aurons à voir plus tard en quoi cette théorie a été conservée et en quoi elle a été modifiée par les rédacteurs du Code Napoléon (2).

6° *Il ne peut retenir les dons*. Les dons entre vifs forment l'objet du rapport *proprement dit*.

7° *Ni réclamer les legs*. Comme le legs, qui est une délibation de l'hérédité, n'existe réellement qu'au décès, il est clair que le légataire n'a pas, à vrai dire, à le *rapporter* à la masse puisque avant l'ouverture de la succession, la chose qui a été léguée ne se trou-

(1) POTHIER, *Introd. au tit.* XVII *d'Orléans*, nos 56, 76, 77. *Succes.*, chap. III, sect. 3, art. 1.

(2) La preuve des avantages indirects peut être administrée *quoquo modo*. Cass., 29 juillet 1863. DEVILL. et CARETTE, 1864, I-79.

vait pas en sa puissance et que la *collatio est rei propriæ in communem hæreditatem contributio*. Aussi la loi qui se sert très-exactement du mot *retenir* en ce touche la donation, emploie-t-elle une autre expression à l'égard des legs. L'héritier ne peut *réclamer* la chose qui en fait l'objet comme *sienne*. Mais comme le système du Code est un système mitigé dans lequel la volonté du testateur ou du donateur a acquis un pouvoir qu'elle n'avait pas dans les coutumes *d'égalité absolue et tempérée*, aujourd'hui le légataire peut *réclamer* ou le donataire peut *retenir* la chose léguée ou donnée *comme sienne*, dans le cas exceptionnel prévu par la fin de l'article qui nous occupe, c'est-à-dire.....

10. — *Lorsque les dons et les legs lui ont été faits expressément par préciput et* (traduisez, *ou*) *hors part, ou avec dispense de rapport.*

Ainsi, les auteurs du Code Napoléon ont modifié l'ancien droit coutumier, sans toutefois l'abroger complètement. Aujourd'hui comme hier, l'incompatibilité des qualités de donataire et de légataire avec celle d'héritier existe encore, mais les conséquences de ce principe sont susceptibles d'être mises de côté par la volonté du défunt. Ce n'est que quand le donateur ou testateur n'a pas manifesté une volonté contraire à l'égalité qui doit, de droit commun, régner entre les héritiers, qu'il est appelé à continuer sa carrière. Dans le système du Code, tout ce que le donateur ou le tes-

tateur a pu donner ou léguer à ses successibles venant à l'hérédité, est présumé l'avoir été *à titre d'avancement d'hoirie* et se trouve par conséquent rapportable ou imputable à moins que les gratifiés n'aient été expressément dispensés du rapport ou de l'imputation. Sous la loi actuelle, contrairement aux coutumes d'égalité, la volonté de l'homme a la puissance de rendre cette dispense *efficace,* à la condition néanmoins que les dispositions entre vifs ou testamentaires n'auront pas porté atteinte à la réserve des successeurs *ab intestat* qui sont spécialement protégés à raison de leurs qualités d'ascendants ou de descendants, contre des libéralités excessives (Cod. Nap., art. 844-913-915) : auquel cas, il y a lieu de les réduire dans les limites de la quotité disponible.

11. — *Méthode.* — Cette explication abrégée des termes de l'art. 843 du Code Napoléon contient en germe toute la théorie actuelle des rapports. Mais il faut, bien entendu, la reprendre en sous-œuvre pour en étudier les détails très-compliqués. C'est ce que nous allons faire, en divisant la matière à traiter en cinq sections.

Dans *la première,* nous rechercherons par qui est dû le rapport.... ;

Dans *la deuxième*, à quelle succession il se fait.... ;

Dans *la troisième,* quelles sont les personnes qui ont le droit de l'exiger... ;

Dans *la quatrième*, de quoi il est dû....;

Et dans *la cinquième*, comment il se fait, et quels sont ses effets.....

SECTION Ire.

Par qui est dû le rapport.

12. — MÉTHODE. — Nous subdiviserons cette section en trois paragraphes.

13. — Il faut, avons-nous dit, pour être tenu du rapport ou de l'imputation : 1° être *héritier* et donataire ou légataire du défunt ; 2° venir à sa succession *ab intestat ;* 3° et n'avoir pas été déchargé de l'obligation de rapporter ou d'imputer sur la part héréditaire par une dispense expresse émanée du *de cujus*.

Ces trois conditions nécessaires feront l'objet des trois paragraphes suivants.

§ 1er.

IL FAUT ÊTRE HÉRITIER ET DONATAIRE OU LÉGATAIRE.

SOMMAIRE.

14. — Il faut être *héritier*.

15. — Le mot *héritier* de l'art. 843 ne contient pas les

successeurs aux biens appelés par la volonté de l'homme.

16. — Les enfants naturels sont-ils soumis au rapport?

17. — Le successible donataire ou légataire qui n'était pas héritier présomptif lors de la donation ou du testament, mais qui l'est devenu plus tard, est assujetti au rapport.

18. — Sens de l'art. 847.

19. — Le représentant doit le rapport de ce qui lui a été donné personnellement ainsi que de ce qui a pu l'être au représenté.

20. — Suite.

21. — Les rapports pour autrui n'existent plus. Inconvénients de l'ancien système.

22. — Les dons et legs faits au conjoint du successible ne sont pas rapportables. *Secùs*, s'ils sont faits aux deux époux conjointement.

23. — L'art. 1573 s'applique-t-il sous le régime de la communauté?

24. — Une espèce dans laquelle le père devrait rapporter le don fait à sa fille à la succession du *de cujus*. Dissentiment avec M. Duranton.

25. — Le donataire qui vient à l'hérédité *de son chef* ne doit le rapport que de ce qu'il a reçu.

26. — Méthode.

---

14. — Il faut être *héritier*. — Quel est le sens de ce mot *héritier* dans l'art. 843 du Code Napoléon?

Il est d'abord évident qu'il comprend tous les héritiers légitimes qui viennent utilement à la succession

ab intestat, c'est pour eux principalement que l'institution des rapports a été créée.

Mais comprend-il les successeurs aux biens qui sont appelés à l'hérédité par la volonté de l'homme légalement manifestée?...

Non. Ni les donataires de succession, ni les légataires universels ou à titre universel ne sont obligés au rapport, soit qu'ils se trouvent en conflit avec des héritiers même réservataires (la réduction à la quotité disponible restant bien entendu entière au profit de ces derniers), soit qu'ils se trouvent concourir avec des successeurs d'une nature semblable à la leur. Nos Codes n'ont imposé nulle part l'obligation du rapport aux donataires et aux légataires dont il s'agit, et il faudrait un texte pour les y soumettre. Or la loi ne s'est occupée que de l'égalité qu'elle désire entre les héritiers qu'elle appelle elle-même à la succession : elle a laissé la succession testamentaire se régler suivant la volonté du donateur ou du testateur. Ce n'est pourtant pas que l'idée de Justinien qui a soumis indistinctement au rapport tous les enfants, même dans le cas où ils venaient à l'hérédité en qualité *d'héritiers institués*, fût mauvaise. Non. Il peut y avoir des raisons qui militent en sa faveur; mais la Novelle 18, chap. VI, n'a jamais été observée en France, dans les pays coutumiers, et les auteurs du Code n'ont fait que continuer la tradition à cet égard. Nôtre législateur n'a voulu

maintenir l'égalité autant que possible, qu'entre les héritiers dont il a fixé lui-même les droits successifs. Or ce motif n'existe réellement plus, quand il s'agit d'une succession testamentaire, déférée en dehors de ses prévisions, à des donataires ou à des légataires dont les titres doivent être exécutés d'après les intentions du donateur ou du testateur seul.

Tenons donc pour certain qu'il n'y a que ceux que la loi appelle elle-même à l'hérédité qui puissent être tenus, en qualité de donataires ou de légataires, de rapporter ce qui leur a été donné ou légué par le défunt, sans dispenses de rapport, et que les personnes qui ne sont pas héritières dans la succession *ab intestat*, lors même qu'elles seraient appelées par la volonté de l'homme à la succession testamentaire, ne sont pas tenues de cette obligation, soit à l'égard des héritiers proprement dits, soit entre elles.

Nos interprètes paraissent être unanimes sur la solution de cette question (1).

15. — *Quid juris*, à l'égard des enfants naturels? Sont-ils soumis au rapport comme les héritiers légitimes?....

Nous pensons que l'enfant naturel étant appelé à la

(1) DALLOZ, *V° Succession*, n° 1024. DURANTON, tom. VII, n^os^ 227-228. CHABOT, art. 843, n° 11. ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, § 629, 2°, tom. V. DEMANTE, tom. III, n° 192 *bis*. DEMOLOMBE, *Success.*, tom. IV, n° 173. MOURLON, *Rép. écrites*, tom. II, pag. 163, § 7.

succession aux biens de ses père et mère par la loi, et non pas par la volonté de l'homme, doit au cas particulier être assimilé à un héritier légitime et que par conséquent il est soumis comme tout autre héritier au rapport, soit *en nature*, soit *en moins prenant*, des immeubles ou des meubles qui ont pu lui être donnés entre vifs. Il n'est pas question ici de savoir si l'enfant naturel est ou n'est pas un héritier continuateur de la personne du défunt tenu des dettes *ultrà vires* envers les créanciers héréditaires, il ne s'agit que de rechercher comment on composera la masse à partager pour arriver ensuite à fixer sa part et celle de ses co-partageants. Or le principe qui détermine cette part est écrit en toutes lettres dans les art. 757, 908 et 913 du Code Napoléon, et il en résulte que la quotité variable à laquelle il a droit se détermine d'après le lotissement qu'il aurait eu s'il eût été *légitime*. Il faut donc fictivement le considérer comme *enfant légitime* pour fixer l'obligation de rapport ou d'imputation qui peut peser sur lui, et par conséquent lui faire application des règles qui régissent les rapports d'après le droit commun, en observant que l'art. 760 n'a eu pour but que d'empêcher les clauses de préciput qui seraient de nature à lui procurer plus que la part à laquelle le législateur l'a réduit, comme aussi d'empêcher qu'il pût jamais cumuler ce qui lui aurait été donné, avec sa part héréditaire fixée par l'art. 757. Voilà pourquoi la

Cour de cassation a mis de côté toutes les subtilités que nos interprètes ont imaginées à propos de *l'imputation* dont il est parlé dans l'art. 760 : imputation qu'ils disent avoir un caractère tout différent *du rapport* au moyen de combinaisons *inintelligibles* (1), et pourquoi elle a décidé le 16 juin 1847 (2), conformément au bon sens et nous osons le croire, à la loi, malgré tous les arguments qu'on oppose à sa doctrine que, dès que les droits de l'enfant naturel ont été fixés sur la base et le type des enfants légitimes, cet enfant naturel doit tout aussi bien que l'enfant légitime être grevé de l'obligation de rapporter tout ce qu'il a reçu de ses père et mère soit en nature, soit en moins prenant, et qu'il doit pareillement avoir le pouvoir d'exiger le rapport de la part de ceux avec lesquels il peut se trouver en concours.

La théorie que les partisans du système de *l'imputation* et principalement M. Demante ont cherché à établir, en en faisant un événement juridique différent du rapport (3), est bien trop compliquée pour que les

(1) Voy. notamment M. Demante, nos 76 *bis*, 1, et 79 *bis*, I-II-III-IV-V-VI. Notre savant professeur a, au cas particulier, élucubré un système effrayant de complications : le tout parce que la loi dans l'art. 760 a dit : *imputer*, au lieu d'avoir dit : *rapporter en nature ou en moins prenant* suivant les cas !... Voy. aussi Dalloz, *Vo Succession*, nos 295 et suiv.

(2) Devill., 1847, I-660.

(3) M. Demante prétend que c'est seulement lorsque l'enfant naturel est en

auteurs du Code y aient jamais songé un seul instant. Il est impossible d'admettre avec notre savant maître, que le législateur ait voulu fixer *deux modes* différents de constituer la masse partageable, suivant les qualités diverses des héritiers concourant avec l'enfant naturel, quand l'art. 757 n'en reconnaît *qu'un seul* qui consiste tout simplement à considérer l'enfant naturel comme *légitime,* afin d'arriver à fixer définitivement sa part. Aussi, avons-nous vu avec un vif plaisir M. Demolombe saper par la base tout ce qui a été publié en cette matière, pour donner raison à la Cour de cassation contre les interprètes du titre des successions qui semblent avoir pris à tâche de tout embrouiller au cas particulier (1). *L'imputation* dont il est question dans l'art. 760 n'est qu'un mode de rapport qui s'appliqtie au cas où le rapport se fait en moins prenant; mais

concours avec un ou plusieurs enfants légitimes, que son droit a pour type la mesure d'une portion héréditaire (Voy. tom. III, n° 76 *bis*, 1). C'est une restriction arbitraire de l'art. 757 que nous rejetons comme ne reposant sur rien.

(1) Voy. MERLIN, *Répert.*, *V° Réserve*, sect. 2, n° 19, et M. DEMOLOMBE, *Successions*, tom. II, n^os^ 89 à 102 où il réfute nos adversaires communs.

Voy. en sens contraire, CHABOT, art. 760, n° 2. Il avoue que son système est *injuste et incohérent* (même article, n° 1). POUJOL, n° 760, n° 1. MARCADÉ, art. 760, n° 11, qui les combat avec raison, sous un rapport, mais qui admet avec eux que la valeur imputable est invariablement celle qu'avait la chose donnée au moment de la donation. Ce système de l'imputation est modifié dans plusieurs de ses conséquences par DEMANTE *(loc. cit.)*, par ZACHARIÆ-MASSÉ et VERGÉ, tom. II, pag. 438, et DALLOZ, *Recueil alph. V° Succession*, n^os^ 339 et suiv. Nous croyons que tous ces auteurs ont donné à l'art. 760 une portée exagérée, et qu'il faut s'en tenir au système simple et satisfaisant ci-dessus résumé.

elle n'est pas exclusive du rapport en nature, lorsque par exemple il a été donné un immeuble à l'enfant naturel. S'il n'était pas obligé d'en faire le rapport en nature, les art. 855, 859 et 860 lui seraient étrangers, et on arriverait à cette conséquence déraisonnable qu'il conserverait le profit résultant des augmentations survenues à l'immeuble dans le temps intermédiaire, au préjudice de la masse, comme aussi le produit des fruits et les intérêts des capitaux sujets à rapport, même depuis l'ouverture de la succession, puisque dans le système que nous repoussons, l'art. 856 ne pourrait lui être appliqué : ce qui porterait en réalité sa part dans la succession, à un chiffre supérieur à la quotité dont le législateur l'a gratifié dans les art. 757 et 908 !... Il est vrai qu'il courrait la chance de n'avoir rien du tout, si les biens donnés venaient à périr par cas fortuits. Mais qui ne voit que tout cela est contraire à l'esprit de la loi qui veut que l'enfant naturel ait quelque chose, et qui ne veut pas qu'il obtienne jamais plus qu'elle ne lui accorde !...

Même solution dans le cas où la succession serait déférée à plusieurs enfants naturels suivant l'hypothèse de l'art. 758, et à d'autres parents naturels appelés par les art. 765 et 766 du Code Napoléon (1).

En résumé, nous pensons que le mot *imputer* em-

(1) *Junge*, M. DEMOLOMBE, *Success.*, tom. II, nos 102-107, et tom. IV, n° 175.

ployé dans l'art. 760 est synonyme du mot *rapporter* en général. Cependant nous aurons plus tard à signaler quelques différences entre le rapport proprement dit des héritiers légitimes et *l'imputation* qui concerne les successeurs irréguliers : différences qui résultent des art. 843, 760, 845, 848 et 849 (1).

16. — Le successible donataire ou légataire qui n'était pas héritier présomptif au moment de la donation ou de la confection du testament, mais qui l'est devenu plus tard, doit-il rapporter ce qui lui a été donné ou légué sans dispense de rapport ?

Oui. Dès que le donateur ou le testateur ne l'a pas dispensé du rapport suivant l'art. 919, la loi présume que le don ou le legs ne lui a été fait qu'à titre de *présuccession,* tout aussi bien que s'il s'était trouvé héritier présomptif à l'époque de la libéralité. L'égalité entre héritiers exigeait cette interprétation, du reste très-raisonnable, de la volonté du disposant. Il est en effet probable que si le donataire ou le légataire s'était trouvé héritier présomptif au moment de la donation ou de la confection du testament, la donation ou le legs n'auraient pas eu lieu, ou qu'ils n'auraient été faits qu'en avancement d'hoirie (art. 846). Ainsi, quoique dans le principe la donation faite au non-successible

(1) Voy. M. Mourlon, *Répét. écrit.*, tom. II, pag. 66, et *infrà*, tom. V, n° 231, 7°.

n'était imputable que sur la quotité disponible, la circonstance que le donataire arrive en qualité d'héritier à la succession, fait qu'elle devient *avancement d'hoirie*, imputable par conséquent sur sa part héréditaire. La loi a dû s'expliquer catégoriquement à cet égard, parce qu'on aurait pu mettre ce point en question (1).

17. — Il faut, avons-nous dit, être *héritier ou enfant naturel* reconnu, pour être tenu de l'obligation du rapport. En effet, le rapport ayant pour objet de rétablir l'égalité entre les successibles, n'est jamais dû que *de co-héritier à co-héritier*. Il n'est pas dû de ligne à ligne, de souche à souche, de branche à branche. Il n'est dû que individuellement par le donataire ou par le légataire venant ensuite à la succession *ab intestat*. Les articles 162 et 163 du projet de l'an VIII s'en expliquaient de la manière la plus claire : Ils étaient ainsi conçus : Art. 162. « *L'héritier n'est tenu de rapporter que le legs qui lui a été fait personnellement.* » Art. 163. « *Le père ne rapporte pas le don fait à son fils non-successible.* » Bien que ces articles, en formant l'art. 847 du Code Napoléon, aient subi une modification dans la rédaction, il n'est pas douteux que le sens soit resté le même. Ceci est du droit nouveau.

Chez les Romains, lorsque l'aïeul dotait sa petite-

(1) Voy. DEMANTE, n° 181, tom. III, et DEMOLOMBE, *Success.*, tom. IV, n° 179.

fille, il était censé acquitter la dette de son fils envers elle : d'où cette conséquence que le fils n'était rien autre chose qu'un *donataire* de son père et qu'un *donateur* de sa fille, bien que la valeur dotale fût fournie par l'aïeul de cette dernière. Il résultait de là un système tout contraire à celui qui a été adopté par les rédacteurs du Code, à savoir, que le père de la mariée devait rapporter à la succession de son père la dot que ce dernier avait constituée à sa petite-fille en l'acquit de son fils (1). Les choses se passaient ainsi dans les pays du midi de la France où le droit romain était suivi (2).

Dans les pays coutumiers, on arrivait au même résultat, mais par d'autres motifs. Comme les coutumes d'égalité tempérée (Paris et Orléans) ne reconnaissaient pas au donateur le droit de dispenser ses descendants du rapport, on dût prendre des précautions pour empêcher les fraudes qu'on aurait été tenté de commettre au préjudice de la prohibition. Aussi ces coutumes très-sévères sur la base fondamentale de leur système, trouvèrent-elles le moyen de parer au danger qu'elles redoutaient, en réputant *les petits-enfants personnes interposées* entre l'aïeul donateur et son

(1) L. 6, ff. *De collat.*

(2) ROUSSEAU DE-LACOMBE, *V° Rapport à success.*, sect. 2, n° 13. LEBRUN, *Success.*, liv. III, chap. VI, sect. 3, n° 49.

fils : de sorte que ce dernier était, comme dans le droit romain, astreint au rapport, tout comme si la donation lui avait été faite personnellement, bien qu'elle n'eût été consentie qu'au profit de ses enfants. C'était un rapport *pour autrui*.

Sous le Code Napoléon, le système des coutumes est abandonné, puisque la loi reconnaît, ce qui n'existait pas autrefois, au donateur le droit de dispenser les donataires du rapport, pourvu que la réserve reste intacte (1). On sent dès lors que, sous ce dernier système, le motif que nos vieux coutumiers faisaient valoir pour obliger le père de la fille dotée par son aïeul, au rapport de la dot constituée par ce dernier, a cessé d'exister. Voilà l'origine de l'art. 847 du Code Napoléon qui décide que les dons et legs faits au fils ou à la fille de celui qui se trouve héritier à l'époque du décès du *de cujus* sont *toujours réputés faits avec dispense de rapport :* traduisez : ne sont jamais *rapportables*. Car ces expressions : *sont toujours faits avec dispense de rapport* n'ont été introduites dans la rédaction de l'art. 847, qu'à la suite d'une malencontreuse observation de Tronchet à la séance du Conseil d'Etat du 23 nivôse an XI.

Si on les prenait au pied de la lettre, on pourrait en conclure que, dans l'esprit de la loi, le père de la ma-

(1) Art. 843-919.

riée devrait être considéré dans l'espèce ci-dessus comme étant véritablement donataire à la place de sa fille : laquelle ne serait qu'une personne interposée entre son père et son aïeul, et que, par conséquent, il devrait le rapport du don fait par l'aïeul, lorsqu'il viendrait à la succession dudit aïeul, si la loi ne l'en avait pas expressément dispensé. Mais tel n'a jamais été le sens de l'art. 847. Suivant les art. 911 et 1100, les effets que peut produire l'interposition de certaines personnes n'ont lieu que dans les cas *d'incapacité* du degré intermédiaire, tandis qu'ici, le fils est supposé capable de recevoir. Donc le fils venant à la succession de l'aïeul donateur ne doit pas le rapport de ce que l'auteur commun a pu donner à sa petite-fille. Au surplus, comme l'a fort bien remarqué M. Demante (1), de deux choses *l'une, ou* la fille dotée est réellement donataire, et comme son père n'a rien reçu, il ne doit rien rapporter à la succession de l'aïeul, *ou* c'est le père de la mariée que l'on doit considérer comme donataire réellement, et alors, il ne doit pas davantage le rapport, puisque l'art. 847 l'en dispense.

Notons que cette disposition législative ne regarde que le père de la mariée dotée par son aïeul, et que, par conséquent si elle vient elle-même personnellement un jour à la succession de son grand-père, *même*

(1) N° 183 *bis*, *loc. cit.*, tom. III.

par représentation de son père, elle n'en devra pas moins rapporter à ses co-héritiers le don qui lui aurait été fait sans dispense de rapport (art. 846-849), puisque nous avons vu précédemment que tout *héritier donataire* est individuellement soumis au rapport.

18. — Nous disons : *même par représentation de son père,* quoique ce dernier ne devrait pas le rapport de la chose donnée à sa fille, s'il venait personnellement à la succession de l'aïeul donateur. En effet, l'art. 843 est conçu en termes *absolus. Tout héritier donataire* doit le rapport à ses co-héritiers, et la fiction de la représentation ne saurait avoir la puissance de faire mettre de côté une disposition aussi tranchante et aussi impérative que celle que contient cet article. Il ne faut pas perdre de vue que le rapport a surtout pour objet de rétablir l'égalité entre tous les héritiers. Or cette égalité serait rompue, si la petite-fille donataire de son aïeul pouvait en être dispensée par cela seul que son père qu'elle représente, n'en aurait pas été tenu (1) (art. 846).

19. — Nous pensons aussi que si elle venait à la succession de son bisaïeul par représentation de son père et de son aïeul, elle devrait non-seulement le rapport de ce qui lui aurait été donné personnellement par le *de cujus,* mais encore de ce qui aurait été donné

(1) M. VALETTE à son cours. Cod. Nap., art. 848.

à son père et à son aïeul prédécédés, parce que, pour arriver à la succession de son bisaïeul, elle serait obligée de passer par tous les degrés en remontant et de les prendre à profit et à perte pour monter au degré utile. Il est évident que dans le système du Code sur la représentation infinie, elle ne représenterait son aïeul dans la succession de son bisaïeul qu'autant qu'elle aurait d'abord représenté son père.

Cependant cette théorie n'est pas admise par tout le monde, et MM. Ducaurroy, Bonnier et Roustain pensent que les arrière-petits-enfants ne sont pas tenus de rapporter à la succession de leur bisaïeul ce qu'il aurait pu donner à leur père (son petit-fils) mais seulement ce qui aurait pu être donné à leur aïeul au degré duquel ils montent pour arriver utilement à l'hérédité. Ces jurisconsultes rompent la chaîne de la représentation par le milieu, pour la renouer toutefois au degré le plus proche du *de cujus*. Mais il nous semble que l'art. 743, en opérant la subdivision entre les membres de chaque branche, règle la succession par représentation des têtes de chaque colonne, et que par conséquent, il fait défaillir dans sa base le système qu'ils ont proposé sous ce rapport (1).

(1) Voy. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, tom. II, nos 703, *in fine*. Marcadé, art. 848. Voy. aussi M. Mourlon, *Rép. écrit.*, tom. II, pag. 152. Mais voy. Demante, tom. III, n° 184 *bis*, II. Demolombe, *Success.*, tom. IV, nos 197 à 200. M. Valette, à son cours, enseigne le système que nous suivons. Voy. Dalloz, *V° Successions*, nos 1044-1045.

20. — Nous venons de voir que les avantages faits par le défunt aux enfants du successible, ne sont plus, comme autrefois, réputés faits à ce dernier, qu'en un mot, les rapports que nos anciens coutumiers appelaient *rapports pour autrui* sont abrogés. Sous l'empire du Code Napoléon, « le père n'a plus besoin de mas- « quer l'avantage qu'il veut faire à son fils ou au con- « joint du successible, puisqu'il peut ouvertement le « dispenser du rapport (Cod. Nap., art. 843-919-927). » On sent dès lors qu'une simulation ou une interposition de personnes ne saurait avoir désormais la raison d'être qui l'avait fait admettre autrefois.

Tout le monde sait de combien de difficultés pratiques était hérissée cette matière *des rapports pour autrui*, dans l'ancienne jurisprudence. Les orateurs du gouvernement s'en sont expliqués en présentant le titre des successions au Corps législatif (1). La création nouvelle des art. 847, 848 et 849 est le fruit de la même pensée. On a voulu tarir la source des procès nombreux auxquels donnaient lieu ces sortes de rapports. Aujourd'hui, à la différence de ce qui se pratiquait dans le droit coutumier, il faut être *person-*

(1) Voy. la séance au Conseil d'Etat du 23 nivôse an XI, et TREILHARD au Corps législatif à la séance du 19 germinal an XI. « De nombreuses difficultés, « disait ce conseiller d'Etat, s'élevaient autrefois sur les questions : si un fils « devait rapporter ce qui avait été donné à son père, un époux, ce qui avait été « donné à l'autre époux. Mais la source de ces contestations est heureusement « tarie. »

nellement donataire ou légataire pour être tenu du rapport, ou venir à la succession par représentation d'une personne qui s'y serait trouvée obligée si elle eût survécu au *de cujus* (art. 848-743) (1) : auquel cas le représentant doit non-seulement rapporter ce qui lui a été *personnellement* donné, mais encore ce qui a pu l'être à ceux qu'il représente (art. 848) (2).

21. — D'après cela, il est facile de comprendre que les dons et legs faits au conjoint d'un époux successible ne sont pas *rapportables* (Cod. Nap., art. 849), lors même qu'il serait constant, en fait, que l'héritier en aurait indirectement profité, par exemple, parce que le don ou le legs serait tombé en communauté. Nous ne rapportons plus en France ce que le défunt a pu donner à nos femmes *non successibles*. Cela paraît juste ; car, dans cette hypothèse, ce n'est pas nous qui sommes les donataires du *de cujus*, et le profit que nous pouvons en tirer ne provient que du contrat de la société conjugale : lequel n'a pas trait à la matière des rapports. Ce profit éventuel est *une acquisition nouvelle, ex aliâ causâ*.

(1) Voy. DEMANTE, tom. III, n° 184. DEMOLOMBE, *Success.*, tom. IV, n^os^ 181 et suiv.

(2) De ce que je représente mon père dans la succession de mon aïeul, je ne perds pas mon individualité d'héritier pour cela. Seulement, je cumule dans cette hypothèse deux qualités activement et passivement. Ce principe a cependant été méconnu par quelques jurisconsultes, notamment par MARCADÉ, MM. DU-

22. — Mais il est bien entendu que si le don ou le legs a été fait à l'époux *successible* pour le tout, ou aux deux époux conjointement, dont l'un seulement vient à la succession, le rapport devra se faire pour le tout *dans le premier cas*, et pour la moitié seulement *dans le second* (art. 849). Il est clair que dans ces hypothèses, c'est l'époux *successible* qui est donataire ou légataire personnel et que c'est, dès lors, le cas de rentrer dans la règle générale de l'art. 843, lors même qu'il n'en aurait pas réellement profité (Cod. Nap., art. 1492).

23. — L'art. 1573 du Code Napoléon s'applique-t-il sous le régime de la communauté?

Nous ne le pensons pas. L'art. 1573 qui exonère la femme mariée du rapport de la dot *mobilière* compromise par le fait ou par l'impéritie de l'ascendant donateur et qui s'est trouvée *perdue aussitôt que constituée* est spécial au régime dotal. La femme commune doit donc le rapport à tout événement. La disposition de l'art. 1573 est tirée de la Novelle 97 et la loi 5 au Code *De Collationibus*. « Elle n'a jamais été admise en France « dans les pays de communauté (1), pas même, d'après « Denizart, dans les pays de *droit écrit* du Parlement

CAUBROY, BONNIER et ROUSTAIN qui le mettent en question, malgré le texte formel de l'art. 743 (*Suprà*, n° 18).

(1) DUMOULIN, Paris, art. 55.

« de Paris où la fille n'était jamais recevable, suivant « les arrêts, à rapporter seulement l'action qu'elle « avait contre son mari (1). »

NOTA. Marcadé professe que l'art. 1573 doit s'appliquer tout aussi bien à la dot *immobilière* qu'à la dot *mobilière* (2). Mais comment concevoir que le mari puisse perdre la dot *immobilière*. Sa mauvaise administration ne paraît avoir rien à faire ici. Ce qu'il faut pour que l'article précité soit applicable, c'est que la dot se soit perdue par la faute du donateur *aussitôt qu'elle a été constituée*. Or, ce motif ne saurait s'appliquer *qu'aux meubles* (3).

24. — Que décider dans l'espèce suivante? Le défunt a donné à sa petite-fille une somme de 40,000 francs au moment de son mariage, mais il est convenu avec son fils que cette somme serait rapportée par lui à sa succession; l'art. 847 sera-t-il appliqué dans cette hypothèse?

(1) Voy. DENIZART, *V° Rapport*. Sous le Code, la question est controversée. DELVINCOURT, tom. II, pag. 40, n° 1, et M. VAZEILLE, art. 850, n° 8, prétendent que l'article précité s'applique dans *tous les régimes*. Mais leur opinion est condamnée par l'histoire. Voy. LEBRUN, liv. III, chap. VI, sect. 2, n° 2. DEMANTE, tom. III, n° 185 *bis*, II. CHABOT, art. 843, n° 12. DURANTON, tom. VII, n^os^ 416-420. GRENIER, *Des donations*, tom. II, n° 530. DEMOLOMBE, *Succes.*, tom. IV, n° 210.

(2) Art. 1573, n° 1.

(3) GRENIER, *Donations*, tom. II, n° 531. CHABOT, *loc. cit.* DEMANTE, n° 202, tom. III.

M. Duranton (1) décide qu'il y a présomption *légale* que le don a été fait à la petite-fille, et que, par conséquent, les co-héritiers du père de la mariée ne sauraient, en aucun cas, le contraindre au rapport.

Nous croyons que cette interprétation de l'art. 847 est l'excès de la vérité. Sans doute, la présomption est que la donation faite nominativement à la petite-fille, ne l'a pas été à son père. Mais est-ce à dire pour cela que l'art. 847 devra nécessairement s'appliquer lorsqu'il sera bien évidemment démontré, *puta* par l'aveu du père, que le successible était en réalité le véritable donataire et que sa fille n'a été qu'une personne *interposée?* Nous n'oserions aller jusque-là. La loi n'a voulu abroger que les *rapports pour autrui* et ici le père est au fond des choses le *donataire direct;* par conséquent il est tenu du rapport (2).

25. — Lorsque le successible donataire ou légataire vient à la succession *de son chef*, il est bien évident qu'il doit rapporter ce qu'il a reçu et seulement ce qu'il a reçu (art. 848). Il ne doit pas le rapport du don qui aurait pu être fait à son père qu'il ne représente pas, même quand il aurait accepté sa succession et, par conséquent, profité comme héritier, de la libéralité. Puisqu'il ne fait valoir que les droits qui lui

(1) Tom. VII, nos 317-319.

(2) Voy. M. DEMOLOMBE, *Success.*, tom. IV, n° 192.

sont *personnels*, il ne peut être tenu d'autres obligations que de celles inhérentes à sa propre qualité.

Mais il en est autrement quand il vient à la succession par *représentation*. Dans cette hypothèse, le petit-fils qui représente son père doit, comme nous l'avons déjà dit, rapporter ce qui a été donné à ce dernier.

Pourquoi cela? C'est parce que si le père n'était mort qu'après l'aïeul, il aurait été obligé de rapporter à sa succession ce qui lui aurait été donné. Or, le petit-fils qui exerce ses droits par représentation, est soumis aux mêmes obligations que celui qu'il représente. Il est donc tenu *tàm proprio quàm alieno nomine* au rapport. C'est le seul cas de nos lois actuelles où le rapport *pour autrui* existe encore (Cod. Nap., art. 848 *in fine*).

Remarquez qu'il importe peu qu'il ait répudié la succession de celui qu'il représente (Art. 739-744 *in fine* et 848) (1).

26. — *Méthode.* — La première règle qui exige, pour être tenu du rapport, que celui qui en est chargé soit tout à la fois *héritier et donataire ou légataire du défunt*, se trouvant suffisamment développée par ce qui précède, nous passons à la seconde qui veut de plus *qu'il vienne réellement à la succession*.

(1) Voy. DALLOZ, *Répert.*, *V° Succession*, n° 1015.

§ 2.

IL FAUT VENIR A LA SUCCESSION AB INTESTAT (COD. NAP., ART. 843 845).

SOMMAIRE.

27. — Pour être tenu du rapport, il faut être héritier *acceptant*. Conséquences.

28. — *Quid*, du renonçant et de l'indigne?

29. — L'enfant renonçant peut-il retenir, outre la quotité disponible, la part qui lui serait revenue dans la réserve, et doit-il compter pour calculer cette quotité disponible? Non.

---

27. — Il ne suffit pas d'être successible appelé pour être tenu du rapport, il faut de plus être *héritier acceptant*, soit purement et simplement, soit au moins sous *bénéfice d'inventaire* (Cod. Nap., art. 843). Il est clair que le partage n'est possible qu'entre *co-héritiers acceptants* ou considérés provisoirement comme tels au cas de l'art. 113 du Code Napoléon.

Concluons de là :

1° Que si le successible donataire en avancement d'hoirie est mort avant le *de cujus*, sans laisser d'enfant qui le représente ;

2° Que s'il est exclu de la succession pour cause d'indignité;

3° Ou s'il renonce à la succession aux termes de l'art. 784, il cesse d'être obligé au rapport. L'art. 843 pose en principe que le rapport n'est dû que par l'héritier *qui vient à l'hérédité*, parce que l'égalité proportionnelle ne peut être requise qu'entre co-partageants *acceptant la succession*.

28. — Quelle est la position juridique du successible gratifié qui se trouve exclu pour cause d'indignité, ou qui renonce à la succession?...

Elle est identiquement celle d'un *étranger*, puisqu'il est censé n'avoir jamais existé par rapport à l'hérédité (Cod. Nap., art. 785). Au cas d'exclusion pour indignité, la saisine est rescindée *ex tunc*, telle est du moins l'opinion que nous avons émise (1). L'indignité doit, suivant nous, produire les mêmes effets qu'une renonciation; ce n'est qu'une *renonciation forcée*. On sent dès lors que devenant étranger à la succession l'indigne ou le renonçant a le droit de retenir, s'il n'y a pas eu de révocation de la donation prononcée pour cause d'ingratitude, ce qui lui a été donné jusqu'à concurrence de ce dont le défunt aurait pu disposer en faveur d'un étranger (Cod. Nap., art. 913).

Tel est le système du Code Napoléon. Il est fort

(1) *Suprà*, tom. I, nos 166 et suiv.

ancien. Déjà dans le droit romain et même dans les coutumes d'égalité tempérée, bien que la base de leur théorie semblait exiger une solution contraire, les successibles donataires avaient la faculté de s'affranchir de l'obligation du rapport en *renonçant* à la succession.

Cela ne paraît pas juste au premier coup d'œil. Il semble, en effet, si l'on ne va pas au fond des choses, que le législateur n'aurait pas dû laisser ainsi à la volonté capricieuse d'un successible donataire en avancement d'hoirie, le sort incertain dans l'avenir des libéralités que le défunt aura été en droit de faire ultérieurement au profit d'autres donataires ou légataires (Cod. Nap., art. 913-923).

Quoi qu'il en soit, le texte est formel (art. 843-845). Le successible qui renonce *retient* la libéralité qui lui a été faite jusqu'à concurrence *de la quotité disponible*, et cela malgré la volonté contraire du donateur qui, en gratifiant l'un de ses enfants d'un don en avancement d'hoirie, n'a pas entendu se priver du droit de disposer que lui reconnaît dans certaines limites l'article 913. Dans le système qui nous régit, s'il plaît à l'enfant avantagé à titre de pré-succession de renoncer à l'hérédité pour s'en tenir à son don, il peut rendre complètement *caduques* toutes les dispositions que son père aura pu faire postérieurement à la donation, aux termes de l'art. 923; de sorte que ce dernier se

sera trouvé par le fait de son fils et contre sa volonté privé du droit de pouvoir être libéral même en faveur d'un homme qui lui aura sauvé la vie (1).

Ce résultat paraît heurter la raison et aller contre l'autorité paternelle.

Mais la réponse est qu'il ne faut pas seulement voir les convenances du père de famille. Ce n'est pas pour nous uniquement que Dieu nous fait la grâce d'avoir des enfants. Il ne faut pas oublier le *sic vos non vobis mellificatis apes*. Nous devons nous sacrifier à eux et aussi à l'avenir de nos petits-enfants. Il faut donc tenir grand compte de la position dans laquelle peut se trouver le fils ou la fille avantagés à titre de pré-succession. Or, elle serait intolérable pour un enfant ou pour un gendre qui aurait reçu une valeur considérable en avancement d'hoirie, au moment d'un mariage, s'il était obligé toujours de rapporter ce qui lui aurait été donné sans avoir aucun moyen légal de s'affranchir du rapport. Le système des coutumes *d'égalité absolue* avait le très-grave inconvénient de faire qu'un homme à son aise, la veille du décès du donateur, pouvait se trouver ruiné le lendemain avec toute sa famille!...

D'un autre côté, nous ne devons pas perdre de vue

(1) Voy. DALLOZ, *V° Succession*, n° 1034 et les arrêts qui ont tenté d'éviter arbitrairement ce grave inconvénient. Ils sont cités par DALLOZ, *loc. cit.*

que la donation emporte désaisissement actuel et irrévocable de la chose donnée (Cod. Nap., art. 894), que le don en avancement d'hoirie est une donation tout comme une autre, et que le donataire est devenu par la libéralité qui lui a été faite, non pas seulement propriétaire sous une condition *suspensive*, mais bien réellement propriétaire sous une condition *résolutoire potestative*, ce qui est bien différent. Il n'a pas qu'une espérance, il a un droit acquis *ab initio* qui ne peut disparaître qu'autant que l'événement résolutoire vient à se produire plus tard dans les cas déterminés par la loi (art. 843-865).

L'inconvénient que signale le père de famille par rapport à la restriction que son fils peut faire subir à son droit de disposer de la quotité disponible, n'est pas d'ailleurs *irrémédiable*. S'il veut absolument conserver *intact* le droit que la loi lui concède (art. 913), il peut, au moment de la donation, prendre ses précautions pour l'avenir et stipuler que le don fait en avancement d'hoirie ne s'exécutera que sur ce qui pourra rester du disponible après l'acquittement des libéralités qu'il ferait ultérieurement ou bien que la donation sera considérée comme nulle et non avenue dans le cas où le donataire viendrait à renoncer à sa succession (1).

(1) Voy. M. MOURLON, *Répét. écrit.*, tom, II, pag. 149, et M. VALETTE

29. — Quant aux points de savoir si l'enfant renonçant *peut retenir outre la quotité disponible* la part particulière qui lui revenait dans la réserve, et *s'il doit être compté pour calculer cette quotité*, nous n'avons pas à les discuter ici. Ces questions qui ont longtemps agité le monde judiciaire appartiennent à un traité du titre des donations (art. 913 à 919).

Nous les signalons toutefois *pour ordre* en cet endroit, en notant que la première vient d'être tranchée *in terminis* (nous aimons à le croire), par les chambres réunies de la Cour de cassation, sur les conclusions conformes de M. le procureur général Dupin et au rapport du savant M. Faustin Hélie, le 27 novembre 1863 (1). L'arrêt a décidé avec raison que la réserve sous le Code Napoléon, n'est rien autre chose que la *succession elle-même diminuée de la portion disponible*,

à son cours. Voy. aussi et surtout M. VERNET, *De la quotité disponible*, pag. 409 et suiv., et ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, tom. V, § 629, note 6. MARCADÉ, sur l'art. 845, coupe le nœud gordien avec plusieurs arrêts dont nous ne saurions accepter la doctrine. Il va jusqu'à obliger en réalité les renonçants au rapport, puisque, à l'en croire, ils ne peuvent conserver ce qui leur a été donné qu'autant que les libéralités faites postérieurement par le défunt avec dispense de rapport à d'autres successibles ou à des étrangers, n'ont pas épuisé la quotité disponible. Il oublie que les renonçants sont toujours considérés comme préciputaires jusqu'à concurrence de cette qualité.

(1) Affaire Lavialle. Voy. le compte-rendu de cet arrêt très-nettement motivé par M. COIN DE LISLE, dans la *Revue critique*, tom. XXIV, pag. 97. Tous les débats sans fins auxquels a donné lieu cette célèbre question, sont rapportés dans la nouvelle édition de DALLOZ, *V° Succession*, n° 1028 et suiv. Voy. aussi DEVILL. et CARETTE, 1863, I-513 et suiv.

et que, par conséquent, les enfants du *de cujus* ne sauraient y avoir droit qu'à titre *d'héritiers acceptants*. Malheureusement la Cour n'a pas eu à se prononcer sur le second point : *celui de savoir si les enfants renonçants doivent faire nombre pour fixer la quotité disponible*. M. Coin-Delisle continue de décider que cette quotité est invariablement fixée par le nombre des enfants existants au moment du décès du disposant et non pas par le nombre des enfants qui acceptent la succession. Il argumente, pour soutenir son opinion du texte judaïquement interprété de l'art. 913, mais il nous semble qu'il est sous ce rapport dans l'erreur et que les art. 785 et 786, en considérant ceux qui renoncent à la succession comme n'ayant jamais existé par rapport à elle, font crouler la base de son système. Dès qu'on admet que la réserve est *la succession ab intestat* protégée contre des libéralités excessives et qu'elle n'est pas attribuée uniquement à la *qualité d'enfant*, mais bien à la qualité d'enfant *acceptant*, il faut suivre le principe dans toutes ses conséquences (1).

(1) La jurisprudence que la Cour a abandonnée avait vu à tort dans la *qualité d'enfant* une manière particulière d'acquérir la propriété en dehors de celles déterminées par l'art. 711. Mais, après un débat solennel, on a reconnu qu'il y avait un inconvénient énorme à placer, contrairement à la volonté du père de famille, les successibles renonçants dans une position plus avantageuse que celle des préciputaires. De là, l'arrêt du 27 novembre 1863. Pour compléter la doctrine qu'il consacre, il ne s'agit plus que de décider, ce que n'a

§ 3.

IL FAUT N'AVOIR PAS ÉTÉ DÉCHARGÉ PAR LE DÉFUNT DE L'OBLIGATION DE RAPPORTER OU D'IMPUTER SUR LA PART HÉRÉDITAIRE CE QUI A ÉTÉ DONNÉ OU LÉGUÉ (COD. NAP., ART. 843-916).

SOMMAIRE.

30. — Rappel historique. Aujourd'hui la dispense du rapport est autorisée par la loi.

31. — *Première hypothèse*. Du cas où le défunt qui est mort sans héritier à réserve, a dispensé son donataire successible du rapport.

32. — *Deuxième hypothèse*. Du cas où la libéralité n'excède pas la quotité disponible et où il y a des héritiers à réserve.

33. — *Troisième hypothèse*. Du cas où la libéralité excède la quotité disponible.

34. — La dispense de rapport doit être *expresse*. Sens de cette expression.

pas eu à faire la Cour, que les enfants *acceptants* doivent *seuls* être comptés pour établir le calcul de la quotité disponible. Sous ce dernier rapport, on suit encore dans la pratique ce qu'a décidé l'arrêt Laroque, du 18 février 1818. C'est un point à revoir en jurisprudence, car, si ce célèbre arrêt a bien décidé la *première* question qui lui était soumise, il s'est certainement mépris sur la solution à donner à la *seconde*. Le mot *laissé* de l'art. 913 signifie *laissé comme héritiers*. Cela est si vrai que c'est eu égard au nombre des enfants qui se partagent la réserve, que le législateur l'augmente ou la diminue en même temps qu'il augmente ou diminue corrélativement d'autant la quotité disponible. Voy. DEMOLOMBE, *Traité des donations*, tom. II, n° 99. Voy. pourtant Montpellier, 8 mars 1864. DEVILL., 1864, II-145, et Paris, 9 juin 1864. DEVILL., *eod. loco*.

35. — Application du principe à plusieurs espèces.

36. — La nature elle-même de la disposition peut être considérée comme un indice suffisant de la volonté du donateur.

37. — Le don de la quotité disponible emporte virtuellement une dispense de rapport.

38. — Il en est de même au cas de substitution au profit des petits-enfants nés ou à naître.

39. — L'obligation imposée à l'un des héritiers de payer seul un legs au delà de sa part contributoire dispense implicitement ses co-héritiers du rapport du profit qu'ils font par une telle disposition.

40. — Un partage anticipé d'ascendant renferme implicitement une dispense de rapport.

41. — La question de la dispense de rapport est une question d'interprétation de volonté abandonnée à l'appréciation des juges du fond.

42. — *Hypothèses inverses* dans lesquelles il n'y a pas dispense de rapport.

1° La prédilection du défunt n'équivaut jamais à cette dispense.

43. — 2° *Quid*, du cas où le testament porte que tous les biens dépendant de la succession seront partagés également entre les enfants. La donation entre vifs faite à l'un d'eux sans dispense expresse de rapport est rapportable.

44. — 3° Les dons manuels occultes ou ostensibles sont soumis au rapport.

45. — 4° Les donations déguisées, soit par des interpositions de personnes, soit par des actes à titre onéreux, doivent être rapportées si elles

ne contiennent pas de dispenses expresses de rapport. Controverse.

46. — A. *Premier système*. Ses partisans prétendent que la nature même de la donation déguisée dispense virtuellement du rapport.

47. — B. *Deuxième système*. Il faut s'en tenir à la disposition précise de l'art. 843 qui veut que les dons directs et *indirects* soient rapportables.

48. — C. *Troisième système*. Tempérament qué la jurisprudence apporte à ce deuxième système. Rejeté par l'auteur dans les cas où les juges sont obligés d'aller chercher des probabilités dans des circonstances *extrinsèques*.

49. — *Méthode*.

---

30. — *Rappel historique*. — Nous avons vu précédemment (1) qu'à Rome les enfants et descendants du défunt devaient rapporter à la masse partageable ce qui leur avait été donné, à moins qu'ils ne *renonçassent à l'hérédité*, et que l'obligation du rapport ne s'appliquait pas aux legs, lesquels étaient censés faits *per præceptionem, ex voluntate defuncti* (2).

Nous avons vu ensuite que l'institution qui nous occupe avait été poussée jusque dans ses dernières

(1) *Suprà*, nos 2 et 3.

(2) L. 25, Cod. *Famil. ercisc.*, et à cette occasion, L. 39, § 1, *Famil. ercisc*. L. 1, § 19, ff. et LL. 10-16, Cod. *De collat*.

limites dans les coutumes *d'égalité absolue* qui, sans tenir compte de la volonté du *de cujus*, exigeaient impérieusement le rapport en défendant au père de famille de faire, en aucun cas, *enfant chéri*, comme on disait alors ; mais que ce système exagéré avait été mitigé par les coutumes *d'égalité tempérée* de plusieurs manières, et que, dans leurs ressorts, on reconnaissait à l'héritier la possibilité de s'affranchir du rapport en renonçant à la succession : les réserves coutumières restant intactes en souvenir de la falcidie et de la légitime des Romains. Ce dernier point est très-obscur dans l'histoire du droit.

Enfin nous avons ajouté qu'un assez bon nombre de coutumes avaient plus spécialement que celles dont nous venons de parler, subi l'influence du droit romain. On les appelait *coutumes de préciput*. Sous leur empire, non-seulement les héritiers pouvaient se libérer de l'obligation du rapport en répudiant la succession, mais la volonté du disposant pouvait encore les en affranchir; c'est à ce dernier système que les auteurs du Code Napoléon se sont rattachés. *Aujourd'hui la dispense de rapport est autorisée par la loi* (1).

Comme ce principe demande, pour être bien compris, à être suivi dans l'application, nous allons parcourir en quelques mots les diverses hypothèses qui se

(1) *Suprà*, n° 4 aux notes, et Cod. Nap., art. 843, 844, 849, 866, 919.

voient habituellement dans la pratique des affaires, et dans lesquelles se rencontre ou ne se rencontre pas la dispense dont il s'agit.

31. — *Première hypothèse.* — *Le défunt, en faisant une libéralité à l'un de ses successibles, l'a expressément dispensé du rapport, et il meurt sans laisser d'héritiers à réserve qui acceptent sa succession* (Cod. Nap., art. 843 et 916). Il est clair que dans cette hypothèse, le gratifié n'a rien à rapporter à ses co-héritiers, soit en nature, soit en moins prenant (Cod. Nap., art. 843-848), puisque dans le système de la loi actuelle, à la différence de ce qui se passait sous l'empire des coutumes, le donateur ou le testateur a pu valablement disposer de *tous* ses biens, tout aussi librement en faveur de l'un de ses successibles qu'il aurait pu le faire en faveur d'un étranger (Cod. Nap., art. 913, 916, 919).

32. — *Deuxième hypothèse.* — *Le défunt a fait, toujours avec dispense expresse de rapport, à l'un de ses héritiers, une libéralité qui n'excède pas la quotité disponible fixée par les art.* 913 *et* 922, *et il meurt laissant des héritiers à réserve qui acceptent sa succession.*

Dans ce cas encore, le successible avantagé *par préciput* n'a rien à rapporter à ses co-héritiers réservataires, puisque la succession *ab intestat* qui constitue leur réserve est restée *intacte* et que la loi n'en demande pas davantage pour sanctionner les dispositions du défunt (Cod. Nap., art. 843, 913, 919). Le rapport *fictif*

dont il est fait mention dans l'art. 922, n'est qu'une opération de mathématique dont l'objet est de savoir si la quotité disponible n'a pas été dépassée.

33. — *Troisième hypothèse. — La libéralité excède la quotité disponible.* — Dans ce cas, la loi accorde aux héritiers à réserve *deux* actions qu'ils ont le droit d'exercer, suivant les circonstances, pour reconstituer la succession *ab intestat* ébréchée par des dons excessifs :

1° *L'action en réduction* à la quotité disponible au moment du décès (art. 920-921). Ainsi que nous l'avons déjà dit plus haut, cette action est *réelle* et elle peut, au besoin, s'exercer utilement contre les tiers détenteurs auxquels le successible gratifié outre mesure aurait aliéné les biens donnés par le *de cujus*, à les supposer toutefois susceptibles d'être revendiqués (Cod. Nap., art. 930-2279).

2° Et l'action *personnelle* en rapport contre le donataire avantagé, *pour ce qui excède la quotité disponible*. Les art. 844 *in fine* et 866 disposent textuellement que *l'excédant de cette quotité* est *sujet à rapport*. La loi suppose dans ces articles que le successible avantagé vient à la succession à partager avec ses co-héritiers, et comme il n'a pu être valablement dispensé du rapport que jusqu'à concurrence de la quotité disponible, il se trouve, pour ce qui excède cette quotité, malgré sa clause de préciput, absolument dans la même posi-

tion que celle d'un simple donataire en avancement d'hoirie *non dispensé* du rapport.

Si donc les héritiers à réserve ont intérêt à prendre cette voie plus simple et quelquefois plus avantageuse pour eux que celle que leur offre l'action en réduction des art. 920 et suivants, ils procèdent par l'action personnelle en rapport ordinaire, et c'est alors le cas d'appliquer les art. 868-869 et notamment l'art. 859, qui leur permet d'exiger le rapport en nature dans les cas qu'il indique à l'égard des immeubles *non aliénés*, mais qui leur refuse implicitement l'action *en revendication* contre les tiers acquéreurs qu'ils ne peuvent évincer qu'à l'aide de l'action *réelle en réduction,* aux termes de l'art. 930 du Code Napoléon (1).

C'est donc à tort, ce nous semble, que M. Mourlon (2) et Marcadé (3) critiquent la rédaction de l'art. 844 et qu'ils changent ces mots : *l'excédant est sujet à rapport* en ceux-ci : *est sujet à réduction* : ce qui les conduit à dire que cet article aurait dû être placé dans la section relative *à la réduction* (Cod. Nap., art. 920 à 930) et

(1) Voy. Cass., 14 janvier 1856. DEVILL., 1856, I-289. DEMANTE, tom. III, n° 195 *bis*, I. L'intérêt de la question se fait surtout sentir lorsque les immeubles donnés ont augmenté de valeur dans le temps intermédiaire qui s'est écoulé du décès au partage (Comp. à cet égard les art. 859, 861 et 922).

(2) *Rép. écrites*, tom. II, pag. 150.

(3) Sur l'art. 844. Voy. aussi dans le même sens MM. DUCAURROY, BONNIER et ROUSTAIN, tom. II, n° 700, *in fine*.

non pas comme l'ont fait les rédacteurs, *dans la section des rapports du titre des successions*. Le don fait par le défunt à l'un de ses successibles qui accepte plus tard sa succession n'est pas considéré *absolument* comme *nul* pour l'excédant de la quotité disponible, comme l'est celui fait à un étranger. Seulement il ne peut être dispensé du rapport, quelque clause de préciput qui puisse exister. Dans le système du Code, l'action en rapport et celle en réduction concourent souvent, dans leurs cercles respectifs, au même but sans s'exclure. L'art. 844 s'occupe uniquement *de la première*, l'article 920, *de la seconde*, et il y a lieu d'appliquer les règles de la section des rapports toutes les fois que cette application ne porte pas de préjudice à la famille réservataire. Ce n'est que dans les cas où la reconstitution de la succession *ab intestat* qui doit toujours rester *intacte* pour fournir les réserves, devient impossible soit par suite de l'insolvabilité du débiteur du rapport, soit pour tout autre cause susceptible d'empêcher la remise à la masse des biens donnés, qu'il faut recourir aux règles de *la réduction* qui permettent la revendication non-seulement contre l'héritier avantagé outre mesure, mais même au besoin contre les tiers détenteurs (art. 930). Voilà pourquoi l'art. 844 dispose que ce qui excède la quotité disponible est sujet *à rapport et non pas à réduction*, bien que l'intention des rédacteurs n'ait pas été de refuser l'action *en réduction* dans

les hypothèses où elle serait nécessaire aux héritiers à réserve (1). Toutefois, s'ils choisissent la voie du rapport suivant les art. 844 et 866, ils renoncent par cela même au droit que leur reconnaît l'art. 930, d'évincer les tiers acquéreurs qu'il ne faut en effet déposséder que quand on ne peut agir autrement pour reconstituer les réserves (2).

34. — Cela posé, voyons dans quelle forme la dispense de rapport doit se produire pour être efficace. La loi dispose textuellement dans les art. 843 et 919 que la dispense de rapport ne produit d'effet qu'autant qu'elle est *expresse*, d'où il résulte que tout don ou legs non dispensé *expressément* du rapport, est rapportable ou imputable. L'intention du donateur ou du testateur ne saurait être mise en doute, lorsque le don ou le legs a été fait *par préciput* ou *hors part*. Mais ces termes employés par le législateur ne sont pas *sacramentels*. Ils peuvent être remplacés par des équipollents, pourvu qu'il en ressorte *(expressim, evidenter)*

(1) L'action en rapport et l'action en réduction diffèrent cependant à certains égards l'une de l'autre. L'objet de la première est de rétablir l'égalité entre les héritiers. La seconde est un privilége particulier que la loi accorde aux ascendants et aux descendants, à l'exclusion des collatéraux auxquels la réserve ne peut jamais advenir. La réunion des biens donnés à la masse héréditaire ne s'opère pas toujours de la même manière dans les deux actions. Voy. à cet égard, Cass., 14 janvier 1856. DEVILL., 1856, I-289. DEMANTE, tom. III, n° 178 *bis*, II. DEMOLOMBE, *Success.*, tom. IV, n° 223.

(2) *Bona fides non patitur ut bisidem exigatur.*

une dispense manifeste de rapport. Le doute devrait s'interpréter en faveur de l'égalité entre les héritiers. On sent en effet que dès qu'il s'agit de sortir du droit commun qui présume toujours un simple avancement d'hoirie, il faut que la volonté d'y déroger soit bien clairement manifestée. Du reste, la jurisprudence reconnaît que c'est là une question d'interprétation qui rentre dans l'appréciation souveraine des juges du fond. La Cour de cassation a maintes fois consacré ce principe aujourd'hui généralement admis (1). Elle a même été jusqu'à décider que la dispense de rapport peut résulter non-seulement de la donation ou d'un testament postérieur, mais encore *des circonstances qui ont précédé, accompagné et suivi* ces actes (2). Cette dernière proposition est à notre sens susceptible d'une vive controverse, parce que les art. 843 et 919 n'ont évidemment entendu parler que de la dispense de rapport résultant soit de la donation elle-même, soit du testament ou de l'acte postérieur revêtu des formes exigées pour les dispositions entre vifs ou testamen-

(1) Voy. rejet, 20 février 1817. DEVILLENEUVE, Ve volume, 1815-1818, I, pag. 283, et la note de l'arrêtiste. Cass., 9 février 1830. DEVILL., 1831, I-339. Cass., 7 juillet 1835. DEVILL., 1835, I-914. Cass., 20 mars 1843. DEVILL., 1843, I-451. Cass., 20 décembre 1843. DEVILL., 1844, I-13. Cass., 12 août 1844. DEVILL., 1845, I-42, et à cet égard, DEMANTE, tom. III, n° 177 *bis*. ZACHARIÆ-MASSÉ et VERGÉ, tom. II, pag. 418. M. DEMOLOMBE, tom. IV, nos 231-232.

(2) Cass., 10 juin 1846. DEVILL., 1846, I-541.

taires dont il est question dans ce dernier article (1). M. Jaubert, en présentant le titre des donations au Corps législatif, s'en est positivement expliqué. « *La « volonté du disposant doit se lire dans la disposition « elle-même.* »

35. — Quoi qu'il en soit, la jurisprudence fournit à cet égard une multitude de décisions qui prouvent qu'en cette matière rien n'est *absolu*. Parcourons quelques espèces :

1° Au lieu de s'être servi des expressions données par l'art. 843 à titre d'exemple, *par préciput ou hors part*, le donateur ou le testateur a employé les phrases suivantes pour exprimer le fond de sa pensée : la libéralité est faite *par forme d'avantage..., pour faire jouir le successible des avantages permis par la loi* (2)..., *le surplus des biens donnés ou légués sera partagé entre le successible gratifié et ses co-héritiers* (3)..., *il ne sera pas tenu de remettre à la masse héréditaire ce qui lui est donné ou légué* (4). Dans ces cas et autres analogues, les expressions *par préciput ou hors part* se trouvent

(1) Voy. DEMANTE, tom. III, n° 177 *bis*, III.

(2) Paris, 28 juillet 1825. SIREY, 1826, II-23. DEMOLOMBE, *loc. cit.*, n° 239.

(3) Turin, 24 mars 1806. SIREY, 1806, II-131. DEMANTE, tom. III, n° 177 *bis*, III. DURANTON, tom. VII, n° 221. DEMOLOMBE, *Successions*, IV, n° 237.

(4) LEVASSEUR, *De la portion disponible*, pag. 166. GRENIER, *Donations*, tom. II, n° 484. RICARD, *Donations*, part. I, n° 654. DEMOLOMBE, *Success.*, tom. IV, n° 236.

remplacées par des équipollents. Dès que l'intention du disposant est manifestée sans équivoque possible, la dispense du rapport est expresse. La loi n'en demande pas davantage.

36. — *La nature* de la disposition peut aussi être considérée en elle-même comme un indice certain de la volonté du défunt. Exemple :

2° J'ai fait un legs universel ou une institution contractuelle au profit de l'un de mes successibles (1). Il est clair que ma volonté ne saurait s'exécuter telle que je l'ai conçue, si les biens qui en font partie étaient considérés comme devant être rapportés à ma succession.

Ma disposition est inconciliable avec l'idée d'un rapport. Je n'ai pu la faire qu'avec l'intention expresse et manifeste, lors même qu'elle ne serait pas écrite, d'en dispenser celui que j'ai gratifié du don ou du legs universel. Cela est évident, car dès que je n'ai pas voulu qu'il fût *co-partageant*, en qualité d'héritier *ab intestat*, relativement à ce que je lui ai donné ou légué, c'est que j'ai entendu qu'il ne serait pas soumis à une obligation de rapport qui ne peut peser que sur des

(1) Voy. Cass., 14 mars 1853. DEVILL., 1853, I-267, et la note de l'arrêtiste où d'autres arrêts sont cités. Cette question ne soulève plus de discussion aujourd'hui. Voy. DEMOLOMBE, *Success.*, tom. IV, n° 242, et tous les auteurs auxquels il renvoie. TROPLONG, *des Donations et Testaments*, tom. II, n° 883, et GRENIER, *Donations*, tom. II, n°s 485-488.

co-partageants, en leurs qualités de représentants de ma personne.

On verra donc facilement une dispense de rapport dans les legs universels et à titre universel, par interprétation de la volonté du testateur, quoiqu'en principe ces espèces de legs rentrent dans les termes généraux de l'art. 843 (1).

37. — 3° J'ai donné ou légué à l'un de mes héritiers présomptifs la *quotité disponible*. Une telle disposition est encore inconciliable avec l'idée d'un simple avancement d'hoirie. Elle serait *un non-sens*, si le rapport pouvait être exigé; je dois donc être considéré comme ayant voulu l'en dispenser, à moins d'indices contraires à cette interprétation de ma volonté (2).

38. — 4° J'ai grevé de restitution au profit de mes petits-enfants nés et à naître, la libéralité que j'ai faite de mon disponible à l'un de mes enfants (art. 1048-1049). Il est encore évident que mon fils, grevé de substitution, étant obligé *de conserver et de rendre* aux appelés les biens qui lui ont été donnés, ne saurait être tenu de les rapporter à ma succession (3).

(1) Voy. DALLOZ, *V° Success.*, n^os^ 1091, 1092, 1096.

(2) Paris, 28 juillet 1825. Caen, 16 décembre 1850. Bastia, 25 mars 1833. Montpellier, 9 juin 1833. DALLOZ, *loc. cit.*, n° 1095. Voy. pourtant M. DEMOLOMBE, *loc. cit.*, n° 243.

(3) Cass., 16 juin 1830, 23 février 1831. DEVILL., 1830, 1-542, et 1831, 1-424. DEMOLOMBE, n° 244, et les autorités qu'il cite.

39. — 5° J'ai imposé à l'un de mes héritiers l'obligation de payer *seul* les legs contenus en mon testament, au-delà de la part qu'il aurait dû en supporter d'après le droit commun. Ses co-héritiers qui se trouvent avantagés par cette disposition en ce qu'ils se trouvent déchargés d'autant, ne sont pas tenus de rapporter à la masse partageable le bénéfice qui en résulte pour eux. Ici encore, la volonté du défunt est inconciliable avec l'obligation du rapport dont on prétendrait les grever (1).

40. — 6° J'ai fait entre mes enfants, soit par donation entre vifs, soit par testament, le partage de mes biens aux termes des articles 1075 et 1076 du Code Napoléon. Il est clair qu'une telle opération emporte par sa nature une dispense de rapport, puisque le rapport ne serait rien autre chose que l'anéantissement du partage lui-même. Or, je n'ai pas pu vouloir en même temps procéder à un partage *définitif* et à un partage qui ne serait que *provisoire* si les dons qu'il renferme pouvaient être soumis au rapport. Ces deux idées sont inconciliables, et par conséquent le partage d'ascendant renferme toujours virtuellement des clauses de préciput, à moins que le contraire n'y soit exprimé. On sent, en effet, que les co-partagés n'ayant plus de partage à faire n'ont plus de masse à recomposer, et

(1) DURANTON, tom. VII, n° 200. DEMOLOMBE, n° 249, *loc. cit.*

que par suite ils n'ont rien à y rapporter. Il faut cependant noter que si les attributions faites dans la donation-partage ou dans le testament, à l'un ou à plusieurs des descendants, outrepassaient *la quotité disponible*, il y aurait lieu à réduction comme dans les cas ordinaires (1). Mais dans cette hypothèse, le rapport qui se fait, au décès du donateur ou du testateur, de tous les biens partagés, n'a pas pour résultat d'anéantir le partage qui n'en reste pas moins *définitif*. Il n'a pour but que de reconstituer *fictivement* la masse générale, afin que l'on puisse fixer exactement la quotité disponible, et par suite retrancher des lots excessifs, l'excédant de cette quotité au profit des héritiers à réserve qui s'en trouveraient lésés, si la disposition était maintenue pour le tout, au mépris de l'article 913 (2). (Cod. Nap., art. 922, 1077.)

41. — Il est inutile de pousser plus loin l'application du principe ci-dessus rappelé. La question de

(1) Voy. COLMET DE SANTERRE, *Traité des donations*. IVe volume du *Cours analytique* de DEMANTE, n° 245 *bis*. I. GENTY, *des Partages d'ascendants*, n° 20. CHABOT, art. 843, n° 9. DURANTON, tom. IX, n° 650. Limoges, 24 décembre 1835. DALLOZ, 1836, 1-297. Caen, 2 décembre 1847. DEVILL., 1849, II-193. DEMOLOMBE, *Success.*, tom. IV, n° 248, et *Traité des donations*, tom. II, nos 319 et suiv.

(2) Les biens compris dans un partage d'ascendant n'étant transmis *qu'à titre de donation*, sont soumis à la réunion fictive, nécessaire pour calculer la quotité disponible au moment du décès. (Voy. pourtant Cass., 4 février 1845. DEVILL., 1845. I-305.) Mais la jurisprudence est revenue aux vrais principes qu'elle avait d'abord méconnus. (Voy. notamment les arrêts de Cass. du 13 février 1860. DEVILL., 1860, I-552. 24 avril 1861. DEVILL., 1861, I-599.)

savoir si telle ou telle libéralité doit être considérée comme dispensée du rapport, est une question d'interprétation de volonté. Les juges, en appréciant les actes, peuvent en faire résulter une manifestation certaine et non douteuse, ou une déclaration expresse quoique souvent implicite d'une dispense de rapport; mais ils ne doivent jamais perdre de vue la règle générale posée dans l'art. 843, à savoir que l'intention de dispenser les successibles avantagés de l'obligation que la loi met à leur charge, *ne se présume pas* et que pour être admise, elle demande à n'être pas *équivoque*.

Nous verrons plus loin qu'il existe encore d'autres avantages faits aux successibles que la loi elle-même dispense du rapport (1).

42. — Parcourons maintenant quelques hypothèses inverses, dans lesquelles il est impossible d'admettre la dispense qui nous occupe.

1° La prédilection que le défunt a pu avoir pour celui de ses enfants qu'il a gratifié, ne suffit pas pour le dispenser du rapport. Il faut, sans hésiter, rejeter la doctrine de la Cour de cassation qui permet aux juges de se décider par des circonstances extrinsèques. L'enfant dont il s'agit ne se trouve pas dans le cas de l'exception de l'art. 843 (2).

(1) *Infrà*, nos 120 et suiv.

(2) Voy. DEMANTE, tom. III, n° 177 *bis*, III.

43. — 2° Un père de famille a fait à l'un de ses enfants une donation entre vifs sans le dispenser du rapport. Plus tard, il fait un testament dans lequel il dit *que tous les biens qu'il laissera, ou qui se trouveront lui appartenir à son décès seront partagés également entre ses enfants.*

Lebrun se demande si une telle clause n'emporte pas virtuellement une disposition préciputaire relativement à la donation entre vifs, et il décide avec raison que la clause testamentaire étant équivoque par elle-même, il y a lieu par le donataire entre vifs qui accepte la succession, de rapporter à la masse partageable ce qu'il a pu recevoir, parce que le rapport est un moyen de conserver l'égalité et que le fils, en se déclarant héritier, fait que les libéralités qu'il a reçues du défunt sont considérées comme faisant partie de la succession au moment même du décès; d'où il suit que les biens donnés se trouvent rentrer dans les termes de la clause du testament pour être également partagés entre tous (1).

44. — 3° Les dons manuels, qu'ils soient occultes ou ostensibles, sont aussi soumis au rapport, à moins que le donateur ne les en ait postérieurement affranchis, suivant l'exception de l'art. 843, par une dispense ex-

(1) LEBRUN, liv. III, chap. VI, section 1, n° 10. Voy. à cet égard, Cass., 19 juillet 1836. DEVILL., 1836, I-590. Cass., 10 juin 1846. DEVILL., 1846, I-511.

presse (Cod. Nap., art. 919 *in fine*). La remise de la main à la main est insuffisante par elle-même pour établir juridiquement cette dispense. Il faut même, pour juger la question, ne tenir compte que des faits *concomitants*, et non pas des circonstances *extrinsèques éloignées*, en ne perdant jamais de vue que tout don direct ou indirect est soumis au rapport suivant l'article 843, à moins qu'il ne se trouve dans le cas exceptionnel prévu par cet article (1). Le déguisement d'une libéralité ne saurait emporter par lui-même une dispense de rapport, bien que plusieurs jurisconsultes aient soutenu le contraire. Est-ce que le donateur n'a pas pu prendre une voie détournée ou secrète pour des motifs tout autres qu'une dispense de rapport, par exemple pour éviter des droits d'enregistrement, ou pour conserver la bonne harmonie entre ses enfants, en leur laissant ignorer ce qu'il a voulu faire en faveur de l'un d'eux (2)?

45. — 4° C'est bien à tort que l'on s'est fait une

(1) Voy. Cass., 12 août 1844. DEVILL., 1845, I-42, et la note de l'arrêtiste.

(2) Voy. M. DEMOLOMBE, tom. IV, n° 255. Il est cependant un cas où le rapport n'aurait pas lieu par suite des principes qui régissent l'indivisibilité de l'aveu. Exemple : le donataire manuel avoue le don qui n'est prouvé que par son aveu, et il ne fait cet aveu qu'en disant que le don lui a été fait par préciput. Que doit faire la justice? Elle doit prendre l'aveu tel qu'il est fait, sans pouvoir le diviser. Mais il faut bien remarquer que si le rapport n'a pas lieu dans cette hypothèse, c'est par une raison étrangère aux principes de la section des rapports que nous traitons.

montagne de la question de savoir si les donations déguisées soit par interposition de personnes, soit par des actes à titre onéreux, sont ou ne sont pas dispensées du rapport. Comment est-il possible de mettre ce point en discussion, en présence de l'art. 843 qui dispose que tout héritier acceptant doit rapporter à ses cohéritiers tout ce qu'il a reçu du défunt *directement ou indirectement* (c'est-à-dire, d'une manière quelconque) (1), à moins que les dons *directs ou indirects* ne lui aient été faits avec une dispense expresse de rapport? Evidemment l'esprit de controverse a dépassé toutes les bornes en cette matière! Aussi la jurisprudence paraît-elle revenir tous les jours à la vérité si longtemps méconnue, bien qu'elle ait encore un pas à faire pour se soumettre complètement à la volonté du législateur (2).

Trois systèmes, dont le dernier n'est qu'une ramification du second, sont à examiner.

46. — A. — *Le premier* consiste à dire que les donations déguisées sont, par *leur nature elle-même*, virtuellement dispensées du rapport lorsque le défunt

(1) Paris, art. 246, 276, 304, 306. Comp. Cod. Nap., art. 843, 853 et 854. Ces deux derniers articles ne traitent que d'une question de rapport et non pas ainsi qu'on l'a prétendu à tort, d'une question *de réserve ou de capacité personnelle*.

(2) Voy. DALLOZ, *V° Success.*, n° 1123. Cass., 20 mars 1843. Cass., 10 novembre 1852. Cass., 16 juillet 1855. Cass., 31 décembre 1855. DEVILL., 1857, I, pag. 200.

n'a pas manifesté une volonté contraire. Dans cette théorie, l'art. 843 n'aurait pas tranché la question qui serait restée *entière*, en l'absence de dispositions dans le Code susceptibles de régler le sort des donations dont il s'agit (1).

47. — B. — *Le second* auquel nous nous rangeons en rejetant le tempérament qu'y apporte la jurisprudence de la Cour suprême n'est rien autre chose que la mise en action pure et simple des art. 843 et 919 du Code Napoléon. Il n'y a pas à discuter quand la loi a parlé. Dès que l'on décide que les donations déguisées sous le masque des actes à titre onéreux sont *valables*, l'avantage indirect qui en résulte pour le successible acheteur simulé, mais en réalité donataire, doit être rapporté à la succession du donateur comme les autres dons qu'il aurait pu faire sans dispense de rapport : les termes *directement* ou *indirectement* (d'une manière quelconque) de l'art. 843 s'appliquant à toutes les libéralités, n'importe la forme qu'elles ont pu prendre pour se déguiser. Ces expressions ont été copiées dans Pothier qui comprenait précisément les

(1) Voy. TOULLIER, tom. IV, n° 474. Il y discute la question à son point de vue, et il restreint l'application des art. 843 et 853 aux donations indirectes *prohibées*. MALPEL, n° 266. POUJOL, art. 843, n° 8. BELOST-JOLIMONT sur CHABOT, art. 843, observ. IV. MARCADÉ, art. 851, n^os^ 1-5. ZACHARIÆ-MASSÉ et VERGÉ, tom. II, pag. 405-406. VAZEILLE, art. 843, et tous les arrêts au nombre de quatorze, cités par M. DEMOLOMBE, n° 252. Voy. aussi DALLOZ, *V° Succes.*, n° 1120, où il rapporte ce système sans l'accepter toutefois lui-même.

donations dont il s'agit dans les avantages *indirects* rapportables (1) et rien n'est de nature à faire penser que les auteurs du Code y aient attaché un sens différent. Il n'y a donc pas lieu, comme l'ont voulu quelques jurisconsultes, de distinguer les donations *indirectes* des donations *déguisées* pour restreindre arbitrairement l'application de l'art. 843 aux premières seulement. L'esprit général de la loi est avant tout l'égalité entre les héritiers et l'inégalité n'est autorisée qu'autant que la disposition a été faite avec une clause expresse de dispense de rapport (art. 843, *in fine*).

Quant à l'argument principal sur lequel s'appuie le premier système, à savoir qu'en adoptant la forme d'un contrat onéreux pour couvrir sa libéralité, le défunt a *nécessairement et évidemment* voulu avantager par préciput celui de ses successibles qu'il a gratifié par cette voie détournée, il n'est pas *sérieux*. De ce que j'ai vendu à l'un de mes héritiers présomptifs, moyennant 30,000 francs un immeuble qui en vaut 50,000, est-ce qu'il en résulte nécessairement que j'ai voulu faire tort à mes autres successibles de la différence du prix comparé à la valeur réelle, de l'excédant jugé en fait être une donation et non pas une vente?... Est-ce que je n'ai pas pu avoir d'autres motifs que celui vainement allégué, pour agir comme je l'ai fait? Bien

(1) *Traité des Succes.*, chap. IV, art. 2, § 2.

évidemment. Donc les donations déguisées sous forme de contrat à titre onéreux ou masquées sous des personnes interposées, sont soumises au rapport comme toutes les autres pour lesquelles la loi n'a pas fait d'exception et pour lesquelles l'obligation de l'art. 843 n'est pas inconciliable avec l'exécution à donner à la pensée du donateur ou du testateur. Tel est, sans aucun doute, l'esprit de la législation qui nous régit en cette matière. Encore une fois, le Code Napoléon veut l'égalité entre les héritiers, et il ne permet de la rompre, dans les limites qu'il a tracées, que quand la volonté du défunt est positivement exprimée à cet égard (Cod. Nap., art. 843, *in fine*). Les art. 853 et 854 prouvent, à n'en pas douter, que les donations déguisées ne sont pas, par leur nature, dispensées du rapport. L'art. 918 dont on a argumenté dans le système contraire, n'a réglé qu'un cas particulier qu'il ne faut pas étendre par analogie. La transaction qu'il renferme ne concerne pas les collatéraux et il est même des hypothèses dans lesquelles les héritiers à réserve eux-mêmes ne sauraient l'invoquer, ce qui prouve qu'il doit être rejeté de la discussion sur la question dont nous venons de résumer les véritables principes (1).

(1) MERLIN, *Quest. V° Donation*, § 5, n° 3. DURANTON, tom. VII, n° 313. PROUDHON, *De l'usufruit*, n° 2396. PONT, *Revue de législation*, tom. XXII,

48. — C. — *Le troisième système* admet bien la base du précédent, mais il reconnaît aux juges du fond un pouvoir discrétionnaire pour décider d'après les circonstances de la cause abandonnées à leur appréciation, la question d'intention sur la dispense ou la non dispense de rapport. C'est celui vers lequel incline aujourd'hui la jurisprudence de la Cour suprême. La dispense n'a pas besoin d'être exprimée, il suffit que les juges, souverains appréciateurs du fait, déclarent qu'elle existe, et on ne serait pas admis à leur demander, en cassation, compte de leur manière de voir.

Ce système nous paraît trop dangereux pour être admis sans limite. Il ne faut pas oublier que M. Jaubert en présentant au Corps législatif le titre des donations a positivement enseigné que *la volonté du disposant devait se lire* (ajoutons, ou s'interpréter) *par la disposition elle-même*. Dans notre opinion conforme à celle

pag. 284. DELVINCOURT, tom. II, pag. 120-121. *Une dissertation* de M. PONT, insérée dans le *Recueil* de DEVILL. et CARETTE, Ve vol., 1815-1818, pag. 362. COULON, *Quest. de Droit*, tom. III, pag. 170. DUCAURROY, BONNIER et ROUSTAIN, tom. II, n° 678. TROPLONG, *Donations*, tom. II, n° 863. DEMANTE, tom. III, n° 187 *bis*, V et VI. MOURLON, *Répét. écrit.*, tom. II, pag. 160, III. DEMOLOMBE, *Success.*, tom. IV, n° 253.

Bruxelles, 30 mai 1812. Grenoble, 10 juillet 1819. Bruxelles, 26 juillet 1820. Toulouse, 10 juin 1820. DEVILL., 1830, II-78. Montpellier, 26 février 1830. DALLOZ, 1830, II-233. Agen, 13 juin 1831. DALLOZ, 1831, II-227. PARIS, 19 juillet 1833. DEVILL., 1833, II-297. Nancy, 26 novembre 1834. DEVILL., 1835, II-63. Montpellier, 21 novembre 1836. DEVILL., 1837, II-360. Limoges 30 décembre 1837. *Palais*, 1839, II-274.

de M. Demante, les juges n'ont pas le droit d'aller chercher la probabilité de l'intention dans des circonstances *extrinsèques* : c'est ce qui nous paraît résulter de l'art. 843 combiné avec l'art. 919. Quoiqu'il en soit, la Cour suprême autorise les magistrats à se décider en cette matière, comme des jurés, suivant l'impression produite par les débats sur leur conscience (1). C'est un exemple de plus, qui prouve que les assemblées délibérantes se portent volontiers vers les systèmes mitoyens. Cette tendance a cependant bien des inconvénients ; car elle a souvent pour conséquence de rendre la science incertaine, et par suite, de laisser les parties dans le doute sur ce qu'elles doivent ou ne doivent pas faire. Il vaudrait certainement mieux, au cas particulier, rester complètement dans les règles tracées par la loi que d'exposer les juges à se trouver aux prises avec des questions psychologiques sur lesquelles se produisent autant d'opinions qu'il y a de magistrats appelés à en connaître.

49. — *Méthode*. — Nous venons de voir par qui est dû le rapport, nous avons maintenant à rechercher à quelle succession il se fait.

(1) Voy. TROPLONG, *Donat. et Testam.*, tom. II, n° 863. DALLOZ, *Rép. V° Succession*, n^os^ 1122-1123. Cass., 20 mars 1843. DEVILL., 1843, I-451. Cass., 20 décembre 1843. DEVILL., 1844, I-13. Cass., 10 novembre 1852. DEVILL., 1853, I-289. Cass., 16 juillet 1855. DEVILL., 1856, I-246. Cass., 31 décembre 1855. DEVILL., 1857, I-200.

SECTION II.

A quelle succession se fait le rapport (Cod. Nap., art. 850).

SOMMAIRE.

50. — Le rapport ne se fait qu'à la succession du donateur ou du testateur.

51. — La dot constituée par moitié par les époux donateurs se rapporte moitié à la succession du premier mourant, et moitié à la succession du survivant.

52. — Des effets de la clause qui impute la dot sur la succession du premier mourant.

53. — Du cas où la dot a été constituée par le mari *seul* en biens de communauté.

---

50. — *Le rapport*, porte l'art. 850 du Code Napoléon, *ne se fait qu'à la succession du donateur, ou du testateur* s'il s'agit d'un legs qui n'en est pas dispensé expressément (art. 843).

Cette règle est fort ancienne (1). Il est clair que le rapport ayant pour objet de rétablir l'égalité entre les

(1) Voy. POTHIER, *Success.*, chap. IV, art. 2, § 5. *Introd. au titre XVII de la coutume d'Orléans*, nos 84, 85, 87. L. 39, § 1, ff. *Famil. ercisc.*, L. 1, §§ 10, 16, 19, ff. *De coll.*

héritiers, ne peut avoir lieu qu'à la succession où l'égalité a été rompue par les avantages particuliers que quelques-uns des héritiers présomptifs ont pu recevoir en avancement d'hoirie.

Concluons de là : 1° Que l'obligation du rapport ne commence à exister réellement *comme dette exigible* qu'à partir de l'ouverture de la succession, bien qu'elle ait été contractée *ab initio*, sous la condition : *Si le donataire accepte l'hérédité quand elle sera ouverte...;*

2° Que le petit-fils ne doit pas rapporter à la succession de son père, les dons qu'a pu lui faire son aïeul, mais qu'il devrait les rapporter à la succession de ce dernier s'il y venait soit *de son chef*, soit *par représentation* (1)... ;

3° Qu'il ne serait pas davantage tenu de les rapporter à la succession de son père, lors même que ce dernier aurait accepté la succession de l'auteur commun, c'est-à-dire de l'aïeul donateur : de sorte que dans le système de la loi qui a limité l'obligation du rapport à la seule succession du donateur, il peut arriver qu'un petit-fils avantagé par son aïeul de la moitié de ses biens par exemple, et qui sera devenu plus tard donataire par préciput de la quotité disponible de son père, aura la plus grande partie des biens de la famille au préjudice de ses frères et sœurs. Ce résultat paraît

(1) *Suprà*, nos 18 et suiv.

contraire à l'égalité qui doit toujours, autant que possible, régner entre les descendants. Mais il faut observer qu'il y a ici *deux* transmissions indépendantes l'une de l'autre ; *deux successions distinctes*, et que le petit-fils avantagé ne doit pas rapporter ce qui lui a été donné par son aïeul à la succession de son père, puisqu'il n'est pas, on le suppose, *héritier du donateur* (1) ; il ne serait passible que de l'action en réduction à la quotité disponible, comme le serait un étranger, si cette quotité avait été dépassée par l'aïeul et par son père dans l'une ou l'autre succession.

51. — Si deux époux ont doté conjointement leur enfant commun par égales portions, en avancement d'hoirie, le rapport se fait pour moitié à la succession du premier mourant et pour l'autre moitié à celle du survivant.

Si le mari a fourni la dot par exemple, pour les trois quarts et la femme pour un quart, l'enfant donataire à titre de pré-succession, rapporte les trois quarts à la succession de son père et le reste à celle de sa mère.

52. — Quel serait l'effet de la clause d'un contrat de mariage par laquelle il aurait été stipulé que la dot s'imputerait uniquement sur la succession du premier mourant des ascendants donateurs ? Aurait-elle pour résultat d'obliger l'enfant donataire en avancement

(1) Voy. DURANTON, tom. VII, n° 241. DEMOLOMBE, tom. IV, n° 266.

d'hoirie, à rapporter *tout* ce qui lui aurait été donné à la succession du premier mourant de ses père et mère, ou bien au contraire, ne serait-il tenu qu'à en rapporter la moitié à chaque succession ?

La Cour de Paris avait d'abord jugé dans ce dernier sens, en alléguant qu'une telle clause avait uniquement pour objet de procurer au survivant une jouissance plus étendue que celle à laquelle il se serait trouvé restreint au décès de son conjoint, si elle n'avait pas été stipulée, mais que cela n'empêchait pas de faire supporter la dot constituée conjointement dans les termes ci-dessus indiqués par les deux successions, soit qu'on eût à les liquider ensemble ou séparément (1). C'était là une erreur. Car, lorsque la clause dont il s'agit a été insérée dans un contrat de mariage, *c'est le premier mourant qui fait la dot*, et par conséquent, le rapport ne doit se faire qu'à sa succession. Aussi la Cour de Paris est-elle revenue depuis sur sa première jurisprudence, et aujourd'hui la question ne se discute plus (2).

(1) Paris, 10 août 1843. DEVILL., 1843, II-544-545.

(2) Paris, 16 mars 1850. DEVILL., 1850, II-321. Cass., 11 juillet 1814. DEVILL., vol. IV, I-592. TOULLIER, tom. XII, n° 340. DURANTON, tom. VII, n° 243, et tom. XV, n° 366. PONT et RODIÈRE, *du Contrat de mariage*, tom. I, n° 99. POTHIER, *Coutume d'Orléans, introduct. au titre XVII*, n° 86. DEMOLOMBE, *Success.*, tom. IV, n° 271.

Quid, si le mari *constante matrimonio* était tombé en faillite après avoir payé des deniers de la communauté, la dot imputable sur la succession du pre-

53. — *La constitution de dot au lieu d'avoir été faite par les deux époux conjointement, ne l'a été que par un seul.* — Il n'est pas douteux que le rapport n'a lieu qu'à la succession de l'époux donateur. Mais *quid juris, si c'est le mari qui a doté l'enfant commun avec des biens de la communauté?* Comment s'exécutera le rapport? Devra-t-il se faire à la communauté? Non. Car le rapport n'est dû qu'à *la succession* du donateur. La liquidation de la communauté n'est qu'une opération préliminaire qui a pour but de faire connaître le chiffre des bénéfices ou des pertes de la société : chiffre indispensable à fixer pour établir la liquidation de la succession de l'un ou de l'autre des époux. Ce n'est donc pas à la communauté que le rapport doit être effectué (1). Mais alors à quelle succession? Sera-ce à la succession du mari seulement, ou bien tout à la fois à la succession du mari et à celle de la femme?... Il faut distinguer.

Si, au décès du mari, la femme survivante renonce à la communauté, elle est censé n'avoir jamais été commune. Or, comme le don fait à son fils a été fourni en biens de communauté, et que toutes les valeurs

mier mourant, la femme qui demanderait la séparation de biens, ne devrait-elle pas souffrir sur ses reprises une réduction de la moitié de la dot, quoiqu'on ne saurait pas encore quel est celui des époux qui aurait fait la dot? Je le pense.

(1) Cass., 31 mars 1846. DEVILL., 1846, I-337. Voy. M. DEMOLOMBE, *Success.*, tom. IV, n° 274.

de cette communauté sont conservées par le mari *jure non decrescendi,* c'est le mari qui par l'événement se trouve avoir seul doté son fils avec des biens à lui propres, et par conséquent c'est à sa succession que le rapport doit se faire *pour le tout*.

Si au contraire, la femme accepte la communauté, elle ratifie ce qu'a fait son mari, et comme elle prend moitié de l'actif et moitié du passif, sauf le bénéfice que lui réserve l'art. 1483, elle est censée avoir doté son fils pour moitié, et par conséquent la moitié de la dot bien que constituée par le mari seul, en apparence, est rapportable à sa succession. Ainsi, quoiqu'une femme ne soit pas tenue de doter ses enfants, le mari peut s'arranger de manière à ce qu'elle les aura dotés en réalité, à supposer qu'elle accepte plus tard la communauté ; mais il faut pour cela qu'ils aient été dotés en biens dépendant de cette communauté.

SECTION III.

Quels sont ceux qui ont le droit d'exiger le rapport et d'en profiter (art. 857).

SOMMAIRE.

54. — *Droit romain.*
55. — *Code Napoléon.*

56. — Le rapport entre les héritiers testamentaires n'a pas été admis en pays coutumier.

57. — Le mot *co-héritier* de l'art. 857 est synonyme du mot *héritier* de l'art. 843. Conséquences.

58. — Sens de la règle qui veut que le rapport ne soit pas dû aux légataires ni aux créanciers de la succession.

59. — Du cas où la succession est soumise au régime de *confusion restreinte*.

60. — Inconséquence du système de M. Demolombe qui charge l'héritier pur et simple des legs *ultrà-vires*. L'art. 857 est contraire à sa théorie.

61. — Les créanciers de l'héritier profitent du rapport. Les créanciers du défunt qui ne réclament pas la séparation du patrimoine sont compris dans les créanciers de l'héritier.

62. — De l'imputation des donations et des legs.

63. — A. De l'imputation *des donations*. 1° Du cas où il y a eu dispense de rapport, la quotité disponible n'étant pas dépassée.

64. — 2° Du cas où le successible a renoncé pour s'en tenir à son don.

65. — 3° Du cas où la quotité disponible a été dépassée.

66. — 4° Dans le cas où les biens donnés sont rapportables, l'imputation a-t-elle pour effet de diminuer la quotité disponible jusqu'à due concurrence, ou bien de faire rentrer les objets donnés dans la réserve d'abord, et subsidiairement dans la quotité disponible? Discussion.

67. — Suite.

68. — 3° Le prélèvement à faire au profit du légataire

universel ne s'opère intégralement que dans les cas où les donations en avancement d'hoirie n'excèdent pas le chiffre de la réserve.

69. — B. *De l'imputation des legs.*

70. — Du cas où le legs n'est ni imputable, ni rapportable.

71. — Du cas où le legs est imputable ou rapportable.

72. — L'imputation sur la quotité disponible ou sur la réserve dépend d'une question d'interprétation qui se résout suivant les circonstances.

---

54. — *Droit romain.* — *La collatio* n'étant qu'une *bonorum confusio inter fratres* n'avait lieu qu'en ligne descendante. En recueillant la succession de leurs ascendants, les descendants étaient tous assujettis les uns envers les autres à rapporter jusqu'à concurrence de ce dont ils étaient devenus plus riches, ce qu'ils avaient reçu du *de cujus* pendant sa vie (1). *La collatio* se faisait, comme chez nous, en nature ou en moins prenant (2). Toutefois la loi ne les obligeait pas toujours au rapport. Dans certains cas que nous aurons à examiner bientôt, ils en étaient dispensés.

55. — *Code Napoléon.* — A qui est dû le rapport?

(1) Voy. Ulpien, *Régl.*, tit. xxviii, § 4. LL. 6 et 8, ff. *De coll.*

(2) Voy. Mackeldey, § 696.

Au co-héritier et il n'est dû qu'à lui. Par qui est-il dû? Par le co-héritier et par lui seul. C'est la disposition formelle de l'art. 857. « Le *rapport*, dit cet article, *n'est dû que par le co-héritier à son co-héritier*. » La loi est conçue d'une manière limitative, d'où il suit qu'il n'est pas dû aux légataires, ni aux créanciers de la succession. Les biens qui sont sortis du patrimoine du défunt ne peuvent plus y rentrer à leur profit. Tel est le principe général qui domine cette matière. Il demande à être précisé dans l'application.

56. — Puisque le rapport n'a pour but que de rétablir et de maintenir l'égalité entre les héritiers et qu'il n'y a pas de texte qui autorise les légataires à titre universel à demander à leurs co-légataires à titre universel, le rapport de ce qui aurait pû leur être donné ou légué particulièrement à titre singulier, ces sortes de successeurs ne sont pas grevés entre eux de l'obligation de rapporter ce qui a pu leur être donné *singulatim*, à moins que le testateur n'ait à cet égard manifesté une volonté positivement exprimée dans son testament. Nous avons vu précédemment que l'idée de Justinien qui voulait le rapport entre les héritiers testamentaires, n'a pas été admise en France si ce n'est dans les pays régis par le droit romain (1).

57. — Le mot co-héritier qui se lit dans l'art. 857

(1) *Suprà*, n° 15.

a le même sens que le mot *héritier* qui se trouve dans l'art. 843. Il est donc inutile que nous revenions sur les explications que nous avons données à propos de cette expression (1).

Concluons de là :

1° Que tous les héritiers ou co-héritiers venant à la succession du donateur ou du testateur sont seuls créanciers ou débiteurs du rapport, individuellement, activement ou passivement à l'égard les uns des autres.

2° Qu'il faut comprendre parmi eux, au cas particulier, les enfants naturels reconnus, bien qu'en général on ne saurait leur donner le titre et la qualité *d'héritiers* (Cod. Nap., art. 757) (2).

3° Qu'il en est de même de l'héritier bénéficiaire. Il est créancier ou débiteur du rapport comme un héritier pur et simple (3).

Concluons à l'inverse :

1° Que le rapport ne saurait être dû au successible qui se trouve exhérédé en fait par les dispositions du défunt. Pour avoir droit au rapport, il faut venir utilement au partage en qualité de co-héritier, et celui qui a été privé de sa part héréditaire par le testament

(1) *Suprà*, n° 15.

(2) *Suprà*, n° 16.

(3) Cod. Nap., art. 843.

du *de cujus* ne saurait être *un co-héritier co-partageant* dans le sens des art. 843 et 857.

2° Qu'il n'est pas dû davantage aux renonçants. Ils sont censés n'avoir jamais existé à l'égard de la succession (art. 785) ;

3° Non plus qu'à l'indigne qui se trouve dans la même position puisqu'il est écarté du partage (1). Dès qu'il est exclu, il cesse d'être un héritier venant à la succession (art. 843-727), et par conséquent, le rapport ne saurait le concerner.

58. — L'art. 857 ajoute que *le rapport n'est pas dû aux légataires ni aux créanciers de la succession.* Cela signifie que les biens donnés en avancement d'hoirie sont définitivement sortis du patrimoine du défunt en ce qui les regarde et qu'ils ne peuvent plus y rentrer à leur profit.

Cette règle ne souffrira aucune difficulté dans l'application lorsque la succession sera soumise au régime de séparation collective résultant du bénéfice d'inventaire. Il est clair que l'héritier bénéficiaire qui est tenu de l'obligation du rapport à l'égard de ses co-héritiers comme un héritier pur et simple (art. 843), mais qui n'y est pas astreint à l'égard des créanciers du défunt séparés de sa personne et de son propre patrimoine, ne saurait être exécuté par ceux-ci sur les

(1) *Suprà*, n° 28.

biens rapportés qui ne sont pas *héréditaires* par rapport à eux.

59. — Elle n'en souffrira pas davantage, si la succession est soumise en tout ou en partie au régime de *confusion restreinte* (à la séparation des patrimoines). Dès que les biens donnés ne peuvent rentrer dans l'hérédité au profit des créanciers du défunt, et, par conséquent, de ceux d'entre eux qui se sont inscrits au vœu de l'art. 2111, il est clair que les inscriptions qu'ils ont pu prendre ne grèveraient pas utilement les biens rapportés à la masse partageable, lors même que ces biens, par l'événement du partage, seraient tombés dans le lot de la portion de la succession qui serait, en ce qui les concerne, soumis au régime de *confusion restreinte*.

60. — Lorsque l'hérédité tombe dans le régime pur de confusion, les jurisconsultes qui considèrent avec M. Demolombe l'héritier pur et simple comme tenu personnellement des legs *etiam ultra vires*, devraient, ce nous semble, pour être conséquents avec eux-mêmes, décider que les légataires ont droit au rapport du chef de leur débiteur (art. 1166), puisqu'ils les assimilent complètement à des créanciers personnels de l'héritier. Il est évident que l'art. 757 suffirait à lui seul pour saper leur théorie dans sa base, lorsqu'il dispose en termes positifs que les légataires ne peuvent pas plus profiter du rapport qu'ils n'ont le

droit de l'exiger. Pour nous, qui croyons fermement que l'héritier pur et simple n'est jamais tenu des legs que jusqu'à concurrence de l'émolument existant qu'il recueille au moment du décès, sans y comprendre les biens rapportés, les légataires ne sauraient jamais profiter du rapport : ce qui est conforme au texte et à l'esprit de l'art. 857.

61. — Mais si les créanciers du défunt et ses légataires ne doivent, en aucun cas, profiter du rapport (1), il n'en saurait être de même des créanciers de l'héritier, puisque la loi les autorise par ses art. 1166, 882 et 2205 du Code Napoléon à intervenir au partage et à faire fixer la part héréditaire de leur débiteur, pour ensuite exercer leurs droits de créances sur tous les biens (y compris ceux rentrés à la masse par suite du rapport) qui pourraient lui avoir été attribués. Ils ont donc incontestablement le droit d'exiger le rapport et d'en profiter du chef de leur débiteur (Cod. Nap., art. 1166), à la différence des légataires et des créanciers du défunt.

Parmi les créanciers de l'héritier, il faut comprendre les créanciers du défunt qui ont accepté le régime de

(1) Art. 857. Les légataires n'ont que le droit de requérir l'imputation sur la réserve de ce que les réservataires, donataires en avancement d'hoirie, viennent prendre dans la succession en qualité d'héritiers (art. 920, 921, 922). Voy. LEBRUN, *Success.*, liv. II, chap. III, sect. 9, nos 4 et 5. Il ne faut pas confondre l'imputation des donations avec le rapport.

confusion (Cod. Nap., art. 879) et qui n'entendent pas réclamer le privilége que leur concède l'art. 2111 : de sorte que ces expressions de l'art. 857, *le rapport n'est pas dû aux légataires ni aux créanciers de la succession*, ne s'appliquent, en réalité, qu'à tous les créanciers séparés de la personne de l'héritier bénéficiaire et à ceux des créanciers de la succession acceptée purement et simplement qui inscrivent leur cause de préférence sur les immeubles laissés par le *de cujus*, ou qui la font valoir sur le mobilier héréditaire non confondu en fait et non encore réputé confondu (art. 880) avec celui de l'héritier. Bien plus, les créanciers du défunt, même inscrits suivant l'art. 2111, profitent malgré l'art. 857, indirectement du rapport, comme étant devenus forcément créanciers personnels de l'héritier, et comme pouvant en cette qualité concourir, *au marc-le-franc*, avec les créanciers particuliers de ce dernier sur son propre patrimoine comprenant nécessairement les biens rapportés (1).

62. — Cela posé, nous avons à rechercher ici, en quelques mots, bien que cette matière appartienne plutôt à des *études* sur la quotité disponible et sur l'action en réduction des libéralités excessives (Cod. Nap., art. 913 à 930) qu'à notre sujet qui ne s'occupe que

(1) C'est la conséquence forcée du revirement qui s'est opéré dans le Code, en matière de *séparation des patrimoines* ou plutôt de *confusion restreinte*. (Voy. *suprà*, tom. II, nos 488 et suiv.)

des rapports entre les héritiers, quel est le résultat des règles de l'imputation, dans leur combinaison avec l'art. 857 qui nous occupe en ce moment. Voyons d'abord quelle sera l'imputation *des donations* non rapportables et rapportables. Nous dirons ensuite un mot de l'imputation *des legs*.

63. — A. — *De l'imputation des donations.* — *Les donations* faites par le défunt, doivent-elles être imputées, se prendre sur la réserve de la famille protégée contre des libéralités excessives, ou bien sur la quotité disponible qui forme la contre-partie corrélative de l'hérédité et dont le défunt avait la libre disposition (art. 913)?

Il faut distinguer :

1° *La donation faite par le défunt à l'un de ses enfants a été dispensée du rapport.*

Dans cette hypothèse, l'enfant avantagé n'a rien à rapporter à ses co-héritiers non plus qu'aux légataires du *de cujus* (art. 843-857). Il retient ce qui lui a été donné hors part. Toutefois, comme il pourrait se faire que la quotité disponible eût été outrepassée, et comme dans ce cas, l'excédant est sujet à retranchement ou à rapport (art. 844-920), on se trouve dans la nécessité de faire le calcul de cette quotité. L'art. 922 du Code Napoléon a tracé pour cet objet un procédé général qui doit toujours être suivi dans tous les cas possibles. Pour dégager de la masse le chiffre auquel peut se

monter l'importance de cette quotité, on recompose le patrimoine entier, en y faisant le rapport *fictif* de tout ce qui en est sorti à titre gratuit, même avec dispense de rapport. Mais il faut bien remarquer que ce n'est là qu'une opération de mathématique dont le but unique est d'arriver à connaître l'importance de la portion dont le défunt aura pu valablement disposer d'une manière irrévocable. Si la quotité dont il s'agit n'a pas été outrepassée, le préciputaire conserve ce qui lui a été donné au préjudice de ceux qui pourraient y prétendre droit en vertu de titres postérieurs au sien (Cod. Nap., art. 923). Il est évident que dans ce cas la portion disponible se trouvant par la libéralité préciputaire diminuée d'autant, le défunt n'a pu ensuite transférer soit par donation entre vifs, soit par testament, ce qu'il avait précédemment donné définitivement.

Exemple : Le défunt a laissé trois enfants et un légataire universel ou un légataire à titre universel de la quotité disponible. La succession recomposée au vœu de l'art. 922 s'élève à 100,000 fr. La quotité disponible étant d'un quart (Cod. Nap., art. 913) le légataire universel devrait en principe avoir droit à 25,000 fr. Mais comme le défunt de l'espèce a déjà disposé de son vivant, d'une partie de son disponible, *putà* de 15,000 fr. avec dispense de rapport, et comme cette somme a dû se prendre sur le quart disponible à

sa volonté, le légataire universel ou à titre universel du quart ne pourra obtenir l'exécution de son legs que sur la différence, c'est-à-dire sur 10,000 fr. seulement.

64. — 2° Si le donataire renonce à la succession pour s'en tenir à son don, la quotité disponible est d'un tiers au lieu d'être d'un quart, puisqu'il n'y a plus que deux enfants venant à la succession. Les 33,333 fr. 33 c. qui représentent ce tiers, seront attribués au successible donataire pour ..... 15,000 fr. »
et le reste (18,333 fr. 33 c.) représentera la valeur sur laquelle le légataire universel pourra utilement exercer son legs de 33,333 fr. 33 c. Il sera caduc jusqu'à concurrence de 15,000 fr.... ci la différence..... 18,333 fr. 33

Total égal à la quotité disponible... 33,333 fr. 33

Dans cette hypothèse, comme dans la précédente, la donation lors même qu'elle aurait été faite en avancement d'hoirie au successible renonçant, s'impute sur la quotité disponible et non pas sur la réserve (Arg. de l'art. 845).

65. — 3° Si la donation avait dépassé la quotité disponible, il y aurait lieu d'abord de l'imputer sur cette quotité, et l'excédant serait réductible ou rapportable au profit de la réserve (art. 844). Dans cette dernière hypothèse, tous les legs seraient *caducs,* puisque

le défunt n'aurait pu léguer un disponible dont il aurait préeédemment disposé d'une manière irrévocable.

66. — 4° Supposons maintenant le cas le plus fréquent, celui où la donation a été faite *en avancement d'hoirie ou sans dispense de rapport* à l'un des successibles qui accepte la succession. Sur quoi doit s'imputer le don fait à titre de pré-succession ?

Il est évident que dans cette hypothèse, les biens donnés sont *rapportables* aux co-héritiers du donataire. L'imputation aura-t-elle pour résultat de diminuer la quotité disponible jusqu'à due concurrence, ou de faire rentrer les biens donnés dans la réserve d'abord, et subsidiairement dans la quotité disponible ? La question est très-importante en ce qui touche les légataires ; car si l'imputation se fait d'abord sur la quotité disponible, les legs deviendront le plus souvent *caducs* soit pour le tout, soit pour partie. Si au contraire, l'imputation doit se faire sur la réserve, la quotité disponible pourra rester *intacte,* et alors, les légataires pourront trouver de quoi asseoir leurs legs.

Entre ces deux modes d'imputation des biens rapportables, nous n'hésitons pas à accepter le second comme étant le seul conforme aux textes et à l'esprit de la loi, bien que la question ait longtemps reçu une solution contraire à la Cour de cassation.

Il suffit en effet, pour dégager juridiquement l'inconnu du point en litige, de se demander ce que c'est

que le rapport? C'est une obligation de co-héritiers à co-héritiers à la suite de laquelle la donation rapportable est résolue au profit des successibles qui doivent en profiter (Cod. Nap., art. 843, 857, 865). A quelle succession doit-il se faire? A la succession *ab intestat* du donateur (Cod. Nap., art. 850). Qu'est-ce qui constitue la succession *ab intestat* du donateur? C'est la portion de son patrimoine que la loi a voulu protéger contre des libéralités excessives, c'est-à-dire la réserve diminuée de la quotité disponible. Donc l'imputation des biens rapportables doit se faire sur la réserve et non pas sur la quotité disponible, qui ne saurait faire partie de la succession *ab intestat* que jusqu'à concurrence de ce que le défunt n'en aurait pas distrait au préjudice de ses héritiers et au profit de donataires ou légataires étrangers ou de successibles assimilés soit par leur volonté (art. 785-845), soit par celle du *de cujus lui-même* (art. 843, *in fine*, 844-846) à des donataires ou à des légataires étrangers.

Ainsi, dans l'espèce précédemment posée d'une succession de 100,000 fr. déférée à trois enfants, dont l'un est donataire en avancement d'hoirie d'une valeur de 15,000 fr. et qui se trouve en conflit avec un légataire universel ou avec des légataires par préciput ou étrangers, l'imputation doit être dirigée de la manière suivante ;

1° Biens extants au décès faisant partie de l'indis-

ponible.....	60,000 fr.
2° Dons rapportables.....	15,000
Total égal aux trois quarts montant de la réserve.....	75,000 fr.
3° Quotité disponible représentée au décès par des biens extants d'une valeur de un quart de 100,000 fr.....	25,000
Total égal à l'importance de l'hérédité.	100,000 fr.

Dans notre système, les légataires profitent de la quotité disponible de 25,000 fr. suivant l'art. 922, puisqu'elle est restée intacte par suite de l'imputation des 15,000 fr. donnés sur la succession *ab intestat* ou *la réserve*.

67. — Suivant une jurisprudence que la Cour suprême a abandonnée depuis, la quotité disponible ne devait se calculer pour fixer la part du légataire universel que sur les biens existants au moment du décès, sans y réunir *fictivement* les biens donnés en avancement d'hoirie (1) : de sorte que dans l'espèce ci-dessus, la succession se trouvant réduite dans ses rapports avec le légataire à 85,000 fr., il ne pouvait réclamer que le quart de ces 85,000 fr., c'est-à-dire, 21,250 fr.

(1) Voy. Cass., 30 décembre 1816, 27 mars 1822, 17 novembre 1823, 8 décembre 1824, 5 juillet 1825, et une dissertation de MALPEL, *Successions*, n° 276, en faveur de cette jurisprudence.

au lieu de 25,000 fr. que lui attribuait l'art. 913 combiné avec l'art. 922 ; et cela, lors même que le testateur avait manifesté une intention contraire !...

Mais la Cour suprême est revenue à la vérité, le 8 juillet 1826 dans un célèbre arrêt rendu, chambres réunies, sous la présidence de M. de Peyronnet, garde des sceaux, sur les conclusions contraires de M. Mourre, procureur général. Il fut reconnu que dans le système de la loi, l'art. 857 et l'art. 922 n'étaient pas inconciliables, et que chacun de ces articles pouvait avoir sa part d'application : ce qui est très-juste. La première jurisprudence de la Cour avait le très-grave inconvénient de faire souvent tomber des legs, contrairement à la volonté du testateur. Aujourd'hui l'opinion générale est conforme à l'arrêt précité, de sorte que la question ne se discute plus. Il résulte de là que la quotité disponible doit toujours se calculer suivant le mode prescrit par l'art. 922 du Code Napoléon, et que la part à laquelle ont droit les légataires universels est fixée à l'aide du rapport *fictif* de tous les biens sortis du patrimoine par des donations entre-vifs (1).

(1) Voy. Cass., 13 mai 1828, 29 août 1829, 8 janvier 1834, 17 mai 1843. DEVILL., 1843, I-689. GRENIER, *Donations*, tom. II, n° 597. DURANTON, tom. VII, n^os^ 296-297. COIN-DELISLE, *Donat.*, art. 919, n° 18. TROPLONG, *Donat.*, tom. II, n° 990. DEMANTE, tom. III, n° 192 *bis*, II. MARCADÉ, art. 857, III. DEMOLOMBE, *Success.*, tom. IV, n° 290, et surtout une grande dissertation sous l'arrêt du 8 juillet 1826 rapporté dans le recueil de DEVILLENEUVE à sa date, tom. VIII, I-383.

68. — 5° Ce n'est pas à dire pour cela que le prélèvement à faire au profit d'un légataire universel jusqu'à concurrence de la quotité disponible fixée par les art. 913 et 922, pourra toujours s'exécuter et que le legs ne sera jamais caduc en tout ou en partie. Loin de là; car ce prélèvement ne se fera intégralement que dans les cas où les donations en avancement d'hoirie n'auront pas excédé le chiffre de la réserve. Exemple : les successibles acceptant la succession ont reçu entre vifs, sans dispense de rapport, 90,000 fr., et la succession, en y comprenant *fictivement* les biens donnés, s'élève à 100,000 francs; quelle sera la part du légataire universel en présence de trois enfants? Le calcul de la quotité disponible lui donne 25,000 fr. Mais sur quoi pourront s'asseoir ces 25,000 fr.? C'est uniquement sur ce qui existera encore entre les mains du défunt au moment de son décès, et non pas sur les biens qu'auront pu rapporter les donataires en avancement d'hoirie, puisque le rapport ne lui profite pas aux termes de l'art. 857. Ses 25,000 fr. se réduiront donc en fait à 10,000 fr. et son legs sera caduc pour 15,000 fr. Ainsi, il faut tenir comme règle fondamentale en cette matière, que *les legs ne peuvent jamais s'exécuter que sur les biens existants au décès.* S'ils sont suffisants pour les payer, tant mieux pour les légataires; dans le cas contraire, les legs sont caducs en tout ou en partie (art. 925).

69. — B. — *De l'imputation des legs.* — Comme les libéralités testamentaires ne peuvent recevoir leur exécution qu'après le paiement des créanciers de la succession, par application de la règle *nemo liberalis nisi liberatus*, il est clair que le rapport et l'imputation des legs ne sauraient ni leur nuire ni leur profiter. Ils n'ont aucun intérêt à voir comment doivent se faire ces opérations.

Mais si l'imputation des legs est chose indifférente pour les créanciers, il n'en est pas de même à l'égard des co-légataires entre eux et à l'égard des héritiers à réserve. Reprenons les deux hypothèses et voyons si ce que nous avons dit des donations s'applique complètement au rapport et à l'imputation des legs.

70. — 1° *Le défunt a laissé trois enfants et une fortune de* 100,000 *francs; par son testament il a légué à l'aîné* 25,000 *francs avec dispense de rapport.* Dans cette hypothèse, le légataire n'est tenu à aucune imputation ou rapport de son legs, puisqu'il est préciputaire de la quotité disponible et que cette quotité n'a pas été dépassée par la libéralité (art. 843, *in fine*).

71. — 2° *Le défunt a fait deux legs, l'un de* 20,000 *francs au profit d'un étranger et l'autre de* 10,000 *fr. à l'un de ses enfants, mais sans dispense de rapport.* Dans ce cas, le legs du successible est rapportable et imputable. Comment faudra-t-il procéder pour satisfaire légalement aux droits de chacun?

Voici. La quotité disponible calculée suivant l'article 922 donne un chiffre de 25,000 francs à répartir entre les denx légataires. Mais comme elle est outre passée par les dispositions testamentaires, il y a lieu de réduire proportionnellement les deux legs de manière à les ramener (réunis) à un chiffre égal à la masse à distribuer. Il reviendra donc au légataire étranger ..... 16,666 f. 66
qu'il prendra dans la succession d'une manière définitive puisqu'il ne doit, en qualité d'étranger, aucun rapport aux co-partageants.

La proportion donne pour le legs fait au successible légataire..... 8,333 34

Total égal à la quotité disponible..... 25,000 f. 00

Que deviendront ces 8,333 f. 34 c.? Le successible légataire pourra-t-il les conserver pour lui comme l'étranger? Il le pourrait, sans doute, s'il avait été gratifié par préciput ou hors part. Mais comme il n'a pas été dispensé de l'imputation ou du rapport, il doit remettre ces 8,333 f. 34 c. à la succession *ab intestat*, c'est-à-dire à la réserve, pour être ensuite partagés entre tous les héritiers suivant leurs parts et portions héréditaires.

Ainsi, le successible légataire qui accepte la succession et qui n'a pas été dispensé de l'imputation, rap-

porte à la réserve *en qualité d'héritier* tout ce qu'il a pu toucher dans la répartition *de la quotité disponible en qualité de légataire* : le tout conformément aux articles 843 et 857 combinés avec les règles de la réduction des libéralités excessives.

Notons que dans cette hypothèse, l'imputation des legs ne se fait pas complètement de la même manière que celle des donations rapportables. Nous avons vu, en effet, que le légataire de la quotité disponible pouvait contraindre les donataires en avancement d'hoirie à imputer leurs dons rapportables sur la réserve, afin d'avoir le plus possible dans la quotité disponible. Il n'en est pas de même dans l'imputation des legs rapportables, car l'étranger légataire de 20,000 francs n'a pas le droit de forcer le successible légataire de 10,000 francs à diriger l'imputation de cette somme sur la réserve, afin de se faire payer l'intégralité de son legs sur la quotité disponible libérée d'autant; leurs titres sont égaux, il s'agit entre eux d'une question de réduction (art. 926) et non pas d'une question de rapport et dès lors il y a lieu de les réduire proportionnellement de manière à épuiser la quotité disponible, sauf par l'un à conserver son legs et par l'autre à le rapporter à la successsion aux termes de l'art. 843 du Code Napoléon (1).

(1) Art. 926. Si les choses se passent autrement dans l'imputation des dona-

72. — Du reste, les difficultés auxquelles peuvent donner lieu les imputations, soit sur la quotité disponible, soit sur la réserve, sont, comme en matière de rapport, *des questions d'intention*. Elles se résolvent assez souvent d'après les circonstances. Mais il ne faut jamais perdre de vue qu'en cas de concours de deux qualités dans la même personne, ces qualités doivent rester soumises aux règles particulières qui concernent chacune d'elles (1).

SECTION IV.

De quoi est dû le rapport.

SOMMAIRE.

73. — Droit romain.

74. — Code Napoléon. Retour au droit romain.

tions en avancement d'hoirie, c'est parce que le *de cujus* n'y a pas entendu, en faisant sa libéralité rapportable, se dépouiller du droit que la loi lui concède de disposer ultérieurement de la quotité disponible. Le légataire qui vient au décès requérir l'imputation des donations sur la réserve pour conserver son legs, ne fait qu'exécuter la pensée du défunt. Dans un testament, au contraire, dont les effets ne se produisent qu'au décès, cette raison ne peut exister en ce qui concerne les légataires entre eux, et le testateur est présumé avoir voulu que tous les legs seraient réduits proportionnellement dans le cas où ils excéderaient la quotité disponible (Cod. Nap., art. 926).

(1) Voy. Troplong, *Donat.*, tom. III, n° 990. Demolombe, *Success.*, n^os^ 286-293. Paris, 17 mars 1846. Devill., 1846, II-182, et sur toutes ces questions Zachariæ-Aubry et Rau, § 630, notes 8 et suiv., et les arrêts qui s'y trouvent cités.

75. — De quoi est dû le rapport et en quoi il consiste.

76. — Ce qui a été employé pour l'établissement d'un successible ou pour le paiement de ses dettes est sujet à rapport.

77. — A. Du rapport *des dons*.

78. — Ce que comprennent les dons *directs*.

79. — Une dot non payée dans les 30 ans de son exigibilité est néanmoins rapportable.

80. — Divers cas de dons directs rapportables.

81. — Les dons manuels sont rapportables.

82. — L'obligation du rapport n'est exigible qu'au décès.

83. — La validité ou la nullité de l'instrument de la donation n'a pas d'influence sur la question des rapports.

84. — Du rapport des dons *indirects*.

85. — Les donations rémunératoires et onéreuses sont-elles rapportables? Et en quel sens?

86. — B. Du rapport *des legs*.

87. — C. Du rapport *des dettes*.

88. — *a*. Des dettes *rapportables*.

89. — Neuf espèces dans lesquelles il y a lieu au rapport des dettes.

90. — Les femmes sont aussi tenues du rapport des dettes.

91. — 1° Distinction à faire dans le cas où l'avance a été faite au mari seul et dans son intérêt exclusif.

92. — 2° *Quid*, si la communauté n'est pas encore dissoute au moment de l'ouverture de la succession? Controverse.

93. — 3° Du cas où le prêt a été accepté *conjointement* par le mari et par la femme.

94. — 4° De celui où ils l'ont accepté *solidairement*.

95. — 5° Le prêt fait par le père à sa fille mariée sous le régime dotal est-il rapportable? Oui.

96. — 6° *Quid*, à l'égard des prestations personnelles que les co-héritiers peuvent se devoir entre eux *ex hæreditariâ causâ*, pour causes postérieures au décès? Controverse.

97. — *b*. Des dettes *non rapportables*.

98. — Les dettes des successibles ne sont assimilées aux donations que pour rétablir l'égalité entre eux.

99. — *c*. *Des effets du rapport des dettes*.

100. — Le rapport des dettes diffère d'un paiement ordinaire, il diffère aussi, à certains égards, du rapport des dons et des legs.

101. — Réflexions sur le système. L'auteur pense avec M. Labbé que les art. 853 et 854 n'ont pas eu pour objet de limiter la règle de l'art. 829. Dissentiment avec MM. Demolombe et Demante, comme aussi avec la jurisprudence de la Cour suprême.

102. — Suite.

103. — Origine et explication des art. 853 et 854.

104. — Suite.

105. — Suite.

106. — Conclusion.

107. — Application de la théorie à plusieurs espèces. *Première espèce*, relative aux profits encaissés par le successible emprunteur et qui n'ont pas diminué le patrimoine commun.

108. — *Deuxième espèce*. Le successible rapporte le prix encore dû au décès de l'acquisition qu'il a pu faire du père de famille. Dissentiment avec M. Demolombe.

109. — *Troisième espèce*. Même décision dans le cas d'un échange avec soulte.

110. — *Quatrième espèce*. La somme prêtée par un père à son fils pour que ce dernier puisse fournir son apport social dans la société loyale qu'il contracte avec lui est rapportable. Les bénéfices de l'entreprise ne le sont pas.

111. — Réflexions sur l'interprétation que l'on donne, dans la jurisprudence, aux art. 853 et 854. Méthode. Exception de l'art. 853 relative aux avantages indirects.

112. — Premier exemple d'avantage indirect dans une vente.

113. — Deuxième exemple, dans un bail.

114. — Toute société entre père et fils qui n'est pas rédigée par acte authentique est réputée *frauduleuse* en ce qui touche la loi des rapports.

115. — L'art. 854 s'applique sans difficulté aux sociétés particulières.

116. — En est-il de même à l'égard des sociétés universelles ? Vive controverse.

Premier système. L'art. 1840 les répute toujours frauduleuses.

117. — *Deuxième système*. Elles sont valables et le fils associé peut conserver le profit qui en résulte pour lui jusqu'à concurrence de la quotité disponible.

118. — *Troisième système*. La société loyalement faite

est valable. L'art. 1840 n'a pas voulu limiter l'art. 854. Les bénéfices sont acquis au fils qui n'est tenu à aucun rapport.

119. — Application à une espèce.

120. — *Méthode. Transition à l'art.* 852.

121. — A. Des frais de nourriture et d'entretien.

122. — B. Des frais d'éducation et d'apprentissage.

123. — *Quid*, si ces frais sont excessifs?

124. — C. Des frais d'équipement.

125. — D. Des frais de noces.

126. — E. Des présents d'usage.

127. — F. Du rapport des fruits (art. 856).

128. — 1° Les fruits antérieurs au décès ne sont pas rapportables.

129. — Les fruits postérieurs se réunissent de plein droit à la masse.

130. — 2° L'art. 856 suppose que la chose donnée est frugifère.

131. — 3° *Quid*, si la donation a pour objet une succession de fruits, sans capital, et si le donataire n'a pas été dispensé du rapport?

132. — 4° *Quid*, au cas où la donation ne porte que sur un droit d'usufruit ou sur une rente viagère ou perpétuelle?

133. — Explication des art. 855 et 859 du Code Napoléon. L'héritier qui doit le rapport d'un immeuble est débiteur d'un corps certain. Conséquences.

134. — *Quid*, si l'immeuble a péri par cas fortuit après l'aliénation consentie par l'héritier, mais avant le décès du donateur?

135. — L'art. 1733 n'est pas applicable en matière de rapports.

136. — L'indemnité reçue d'une compagnie d'assurances pour cause d'incendie n'est pas rapportable.

137. — Le mot *faute* employé dans l'art. 855, s'entend de la négligence et même du simple fait.

138. — *Méthode.*

---

73. — *Droit romain.* — Nous avons vu précédemment (1) que l'édit perpétuel du préteur n'accordait la possession des biens *undè liberi* aux enfants émancipés, qu'à la charge par eux d'apporter à la masse qu'ils devaient partager avec leurs frères restés en puissance, tout ce qu'ils avaient pu acquérir à la faveur de leur émancipation (2). Cette obligation *de rapport* ou plutôt *d'apport* ne leur était pas imposée lorsqu'ils ne concouraient pas avec des *héritiers siens*. Dans cette hypothèse, chaque émancipé pouvait conserver le fruit de son travail et de son industrie (3). Les interprètes discutent cependant à cette occasion le point de savoir s'ils ne se devaient pas, au moins entre eux, réciproquement le rapport des biens pro-

(1) *Suprà*, n° 1.

(2) L. 1, ff. in princip. *De collatione.*

(3) L. 1, § 24. L. 2, § 5. L. 3, § 2, ff. *eod. tit.* L. 9, Cod. *De collat.*

fectices (*bona à patre profecta*). Cujas, par argument de la loi 4 au Code *De collatione* qui ne fait pas de distinction, au sujet du rapport de la dot *profectice*, entre la fille émancipée et celle qui ne l'est pas, se prononce pour l'affirmative (1).

Quant aux héritiers *siens* restés en puissance, ils furent tous assujettis, les uns à l'égard des autres, au rapport des pécules *profectices* (2) *et adventices* (3).

Mais au VI^e^ siècle, les pécules *adventices* cessèrent d'être rapportables (4) par suite d'une constitution de Justinien qui en changea la nature, en les attribuant aux enfants comme propriété exclusive, sous une réserve d'usufruit faite au profit du père de famille : lequel usufruit prenait fin à l'extinction de la puis-

(1) Cujas, *Observ.*, liv. III, chap. xxx, et sur la L. 1, § 15, ff. *De collat.*

(2) *Le pécule profectice (bona quæ a patre obveniunt)* se composait d'une portion plus ou moins considérable détachée du patrimoine familial dont le chef de famille confiait la gestion à l'un ou à plusieurs de ses enfants. Le père en conservait la propriété et il pouvait faire cesser cette administration quand bon lui semblait, à la charge par lui d'acquitter les engagements contractés par l'administrateur jusqu'à concurrence de la valeur du pécule, pour quoi la loi accordait aux intéressés contre lui une action appelée *de peculio*.

(3) *Le pécule adventice (bona quæ aliundè quàm a patre obveniunt)* se composait de tout ce que les fils de famille avaient pu acquérir d'une source étrangère au patrimoine familial et qui ne rentrait pas dans les pécules *castrens* et *quasi castrens*. Dans le principe ce pécule appartenait au père comme le pécule *profectice*. Mais le droit s'est modifié au VI^e^ siècle en ce qui le concerne. Voy. Instit. de Just., liv. II, tit. ix, §§ 1-2, et sur leur explication, Ducaurroy, tom. I, pag. 413, 3^e^ édition, et M. Etienne, pag. 317 et suiv., tom. 1, de ses instit.

(4) L. 6 et § 1, Cod. *De bon. quæ liber*, et Instit. *loco citato*.

sance paternelle (1). En cas d'émancipation, le père de famille pouvait d'abord retenir le tiers des biens *adventices :* mais ce tiers en propriété fut changé par l'empereur en un usufruit sur la moitié des biens ainsi acquis par le fils de famille (2).

C'est ainsi que dans le dernier état de la jurisprudence romaine, tous les enfants sans distinction entre les *sui juris* et ceux qui étaient restés en puissance, finirent par n'être tenus de rapporter à la succession paternelle, que ce qu'ils avaient pu recevoir du père de famille *(bona profecta à parentibus) :* ce qui comprenait notamment les dots et les *donations propter nuptias in compensationem dotis*. La matière des rapports s'est ensuite simplifiée encore en France, dans les pays de droit écrit, par suite des modifications apportées à la constitution de la famille et à la puissance paternelle (3). Mais c'était autrefois une question très-débattue entre les interprètes du droit romain que celle de savoir si les *simples donations entre vifs* étaient ou n'étaient pas rapportables. Les Allemands la discutent encore aujourd'hui. L'opinion qui paraît prévaloir est que les donataires *inter vivos* n'étaient assujetties au

(1) Voy. PÉRÈZE, sur le Code, liv. VI, tit. LXI, n° 14, *De bonis quæ liber.*

(2) Voy. Instit., *loc. cit.*, § 2, L. 1, Cod. Théodosien, *De bon. mater.*, et L. 6, § 3, au Cod. *De bon. quæ liber.*

(3) Voy. à cet égard D'ESPEISSES, tom. II, pag. 410, n° 20.

rapport qu'autant qu'un enfant autre que le donataire *entre vifs*, avait reçu du père de famille, soit une dot, soit une donation *propter nuptias* sujette elle-même au rapport (1).

L'obligation du rapport cessait :

1° *Par la volonté du testateur*. — C'est des Romains que nous vient la dispense de rapport dont il est question dans les art. 843, 844, 919 du Code Napoléon. Le père de famille pouvait donc dispenser du rapport l'enfant enrichi *ex bonis profectis a patre*. Toutefois cette dispense ne produisait d'effets qu'autant que la légitime des autres enfants n'était pas ébréchée (2). A l'inverse, la loi reconnaissait au testateur la faculté d'ordonner que les choses qu'il avait *pu* donner et qui, légalement, n'étaient point sujettes à rapport seraient néanmoins rapportées à la masse partageable. Mais, dans ce cas, il fallait que l'obligation de rapporter eût été imposée au moment de la libéralité (3).

2° *Par la volonté de l'enfant gratifié*. — L'héritier

(1) L. 20, Code, § 1, *De collationibus*, et à cet égard, MACKELDEY, § 696. CUJAS, *loc. cit.*, les fait rapporter par les émancipés aux héritiers siens. Il existe dans ces matières, de nombreuses controverses parmi les interprètes du droit romain (Voy. ZOEZIUS, sur le titre au Digeste *De collatione*, n^os^ 22 et suiv.) Ces discussions n'ont plus pour nous l'intérêt qu'elles pouvaient avoir autrefois, en présence de la disposition générale et absolue de l'art. 843 du Code Napoléon.

(2) *Novelle* 18, cap. 6.

(3) L. 20, § 1, *in fine*, Cod. *De collat.*

sien qui s'abstenait de l'hérédité paternelle et l'héritier institué qui répudiait la succession qui lui était offerte, cessaient d'être soumis au rapport (1).

3° Et *par la disposition de la loi elle-même*. — Les frais de nourriture, d'entretien, d'instruction et d'éducation (2)... Les legs, les fidéi-commis, les donations à cause de mort : *ex interpretatione voluntatis defuncti* (3). Les pécules *castrens* (4) et *quasi-castrens* (5), les fruits des choses rapportables (6)...., les actions d'injures susceptibles de compéter aux enfants émancipés (7)...,

(1) L. 9, ff. *De dot. collat.*, L. 22, § 1, *in fine*, Cod. *De jure deliber*. L. 25, Cod. *Familiæ erciscundæ. Si avi successionem respueris conferre fratribus compelli non potes* (Cod. Nap., art. 843, 845, 857).

(2) Quæ in liberorum alimenta, vel studia, vel dignitatem erogavit pater... Voy. à cet égard, LL. 11-15, Cod. *De negotiis gestis*. L. 50, ff. *Famil. ercisc*.

(3) L. 1, § 19, ff. *De coll*. LL. 10, 13, 15, Cod. *De collationibus*.

(4) Ils se composaient de ce que les fils de famille avaient acquis au service militaire et de ce qui leur avait été donné par leurs parents et amis, à cette occasion, lors de leur départ pour une expédtiton (Voy. M. Etienne, Instit. *per quas personas nobis acquiritur*, liv. II, tit. IX, 1-2). Ce pécule appartenait en propre aux fils de famille et ils pouvaient en disposer à leur volonté (L. 1, § 15, ff. *De coll.*)

(5) Ce pécule se composait des économies, des dons de l'empereur et de tout ce que les fils de famille avaient pu gagner dans les fonctions publiques et du palais. Ce pécule était assimilé au précédent, et les fils de famille en conservaient la propriété, avec les droits qu'ils avaient sur leur pécule *castrens* sauf qu'ils ne pouvaient en disposer par testament avant Justinien (Inst. *De mil. test.*, § 6). Voy. M. Demangeat, *Traité du droit romain*, tom. I, pag. 599.

(6) A moins qu'on ne fût en retard. Dans le cas de la demeure, les intérêts de la dot se rapportaient. L, 5, § 1, ff. *De dotis collatione*.

(7) L. 2, § 4, ff. *De coll. Secùs* des actions de vol qui étaient *transmissibles*.

les dons que le père de famille avait faits et les sommes qu'il s'était obligé à donner pour élever ses enfants *en dignité, ostentandi causâ* (1)...., enfin, les choses données par le défunt, mais qui avaient péri depuis son décès, sans la faute du donataire émancipé (2)...., *n'étaient pas assujettis au rapport.*

74. — *Code Napoléon.* — Les auteurs du Code, en rejetant le système des coutumes d'égalité absolue et même d'égalité tempérée pour adopter celui des coutumes de préciput, ont fait retour au droit romain. Il existe toutefois quelques différences importantes à noter entre les deux systèmes. *En droit français*, les donations entre vifs et même les legs se rapportent ou s'imputent sur la part héréditaire du donataire ou du légataire qui vient à la succession du *de cujus* (Cod. Nap., art. 843) (3), l'obligation du rapport s'y étend indistinctement à tous les successibles *ab intestat,* et ne pèse sur les successeurs testamentaires qu'en vertu de la volonté expresse du testateur, tandis qu'il n'en était pas de même dans le droit de Justinien. Du reste,

(1) L. 1, § 16, *eod. tit.*

(2) L. 2, § 2, *eod. tit.*

(3) Nous devons cependant dire que dans la pratique actuelle, notre système qui permet de réclamer *in specie*, l'objet légué sans dispense de rapport, sauf à en précompter la valeur sur la légitime, a de la peine à se faire admettre. Les notaires considèrent le legs sans dispense de rapport comme ne devant produire aucune espèce d'effet (*Suprà*, n° 9, 7°, et *infrà*, n° 79).

les bases du système sont à peu près les mêmes dans les deux législations.

75. — Cela posé, voyons de quoi est dû *le rapport* et en quoi il consiste.

Le principe général qui domine cette matière est que *tout héritier*, même *bénéficiaire*, *venant à une succession*, doit rapporter à ses co-héritiers tout ce qu'il a reçu du défunt *(omnia bona quæ a parente defuncto obveniunt)* d'une manière quelconque, *directement ou indirectement* (Cod. Nap., art. 843).

Concluons de là que toute espèce de libéralité émanée du défunt et qui est susceptible de diminuer son patrimoine au profit d'un successible et au préjudice des autres, est soumise au rapport, quelle qu'ait été la forme sous laquelle elle a pu se produire. Dès que l'opération à laquelle s'est livré le défunt, renferme un avantage réel pour l'un de ses héritiers, cet avantage est censé fait en avancement d'hoirie, et le moyen à l'aide duquel il s'est réalisé n'a pas d'importance sur la question de savoir s'il est rapportable. La loi qui désire l'égalité entre les héritiers n'exige à cet égard qu'une seule chose, c'est que le successible gratifié *ait reçu du de cujus à titre gratuit* un avantage quelconque, soit par donation, soit par testament, soit sous forme d'actes à titre onéreux, soit à l'aide d'interposition de personnes. Le défunt a-t-il voulu avantager le successible dont il s'agit, et l'a-t-il avantagé réellement ?

Voilà le point important à décider en cette matière.

76. — L'art. 851 fait une application directe de ces principes lorsqu'il soumet au rapport ce qui a été employé pour l'établissement de l'un des co-héritiers ou *pour le paiement de ses dettes*. Cet article n'est que le développement des art. 843 et 829 qui obligent chaque co-héritier à rapporter à la masse les dons qui lui ont été faits et *les sommes dont il est débiteur*.

Occupons-nous d'abord *du rapport des dons et des legs ;* nous passerons ensuite *au rapport des dettes*.

77. — A. — *Du rapport des dons*. — Ils sont rapportables soit qu'ils aient été faits par le défunt à ses héritiers présomptifs, *directement ou indirectement* (Cod. Nap., art. 843).

78. — Parmi *les dons directs,* il faut ranger :

1° *Les donations et les constitutions de dot par contrat de mariage* (art. 851), *ainsi que les augments de dot postérieurs*.

Du reste, il est évident que les donataires ne peuvent jamais être assujettis au rapport que jusqu'à concurrence de ce qu'ils ont réellement reçu du défunt (Cod. Nap., art. 843).

Ainsi, une dot promise mais non payée, même par le fait de l'enfant doté qui en aurait fait remise à son père, par exemple, ne serait pas rapportable à ses cohéritiers. On n'est tenu de remettre à la masse partageable que ce qui en a été tiré. Les co-partageants

n'auraient donc pas d'action en rapport contre celui d'entre eux qui aurait consenti une telle remise, pour l'en rendre responsable vis-à-vis d'eux. Quant au point de savoir si la dot promise a été réellement fournie par celui qui la devait, c'est une question de fait qui rentre dans les principes généraux relatifs à la preuve (Cod. Nap., art. 1315 à 1369) (1).

79. — On s'est demandé si une dot constituée par contrat de mariage, mais non payée dans les trente ans de son exigibilité, n'est pas présumée avoir été reçue, et si, par conséquent, elle ne doit pas être rapportée par ce motif à la succession du constituant ?

Il faut répondre que *non*. De ce que le *de cujus* s'est trouvé libéré par la prescription de l'obligation qu'il avait contractée, il ne résulte en aucune façon qu'il soit pour cela devenu, et que par conséquent ses représentants soient devenus plus que lui *créanciers* d'une action en répétition contre l'enfant doté qui n'a réellement rien reçu du patrimoine commun. La prescription dont il s'agit, au cas particulier, est une prescription libératoire, et non pas une prescription acquisitive. Ce n'est qu'une exception qui laisse intacte l'obligation naturelle et qui, par conséquent, ne prouve pas le paiement réel.

(1) Voy. Cass., 21 juillet 1846. DEVILL., 1846, I-826. Caen, 14 février 1844. Rouen, 29 janvier 1847. DEVILL., 1847, II-572.

Il pourrait même y avoir une présomption de paiement à l'égard du mari qui serait légalement censé avoir reçu la dot au cas de l'art. 1569 du Code Napoléon, sans que cette circonstance fût un motif suffisant pour autoriser les co-héritiers de la femme qui ne l'aurait pas touchée, à en exiger le rapport à la succession du constituant. On ne peut jamais être tenu de rendre à la masse partageable que ce que l'on en *a reçu*, et ce qui se passe entre le mari et la femme, au cas indiqué, est chose étrangère aux co-héritiers (1).

80. — 2° *Tout ce que le défunt a pu donner ou débourser pour l'établissement de ses héritiers présomptifs* (art. 851), *putà* pour l'achat d'un fonds de commerce, d'un achalandage, pour l'acquisition d'un office de notaire, d'avoué, d'huissier ou de commissaire-priseur, d'une bibliothèque d'avocat ou de médecin, etc., etc. (2).

La démission qu'un officier ministériel pourvu d'une charge *vénale* donnerait pour faire nommer l'un de ses enfants à sa place, constituerait un avantage *rapportable* (3).

(1) Voy. M. TROPLONG, *Contrat de mariage*, n° 3667. DEMOLOMBE, *Success.*, tom. IV, n° 314.

(2) Voy. POTHIER, *Success.*, chap. IV, art. 2, § 3. DUCAURROY, BONNIER et ROUSTAIN, tom. II, n° 708.

(3) La pratique des procureurs est sujette à rapport et se prise à la juste valeur, eu égard au temps où le fils la prend, sans s'arrêter à l'estimation du père.

Il en serait autrement si la charge n'était pas *vénale*, quelque considérable que pourrait être le profit à en résulter pour le successible nommé en remplacement du démissionnaire. La raison de cette différence provient de ce que les fonctions publiques *non vénales* sont nécessairement en dehors de nos patrimoines. C'est le chef de l'Etat qui les confère. Ce n'est pas le père de famille qui les donne. S'il n'en est pas ainsi en ce qui touche *les charges vénales,* c'est parce que *la finance* y est distincte du titre, et parce que *cette finance* constitue, comme tout autre bien, *une valeur pécuniaire patrimoniale*. Or, s'il est vrai que les successibles doivent rapporter ce qu'ils ont reçu, il est certain aussi qu'ils ne doivent jamais rapporter *que ce qu'ils ont reçu du défunt* (art. 843) (1).

81. — 3° *Les dons manuels*. — Nous avons vu qu'ils sont rapportables (2). M. Jaubert s'en est expliqué formellement dans son rapport au Tribunat à la séance du 9 floréal an XI, sur le titre des *Donations et Testaments,* à propos de l'art. 948. « Nous devons, a-t-il « dit, remarquer que le projet se sert des termes : « *Tout acte de donation. Tout acte*..... Le projet ne

Voy. LEMAISTRE, *Cout. de Paris*, sur l'art. 304. Arrêt du 21 mai 1621. BRODEAU sur LOUET, lett. E, n° 2. ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, tom. V, § 631-*b*.

(1) Voy. M. DEMOLOMBE, *Successions*, tom. IV, n° 315.

(2) *Suprà*, n° 44.

« parle pas *des dons manuels*, et ce n'est pas sans motif.
« Les dons manuels ne sont susceptibles d'aucune
« forme. Il n'y a d'autre règle que la tradition, sauf
« néanmoins *la réduction et le rapport* dans les cas de
« droit (1). »

Nous n'avons pas ici à nous occuper des questions de preuve et d'indivisibilité d'aveux auxquelles ces sortes de libéralités donnent souvent lieu. Elles sont en dehors de notre sujet.

Quant au point de savoir ce qu'il faut entendre par un *don manuel rapportable*, c'est une question qui ne peut se résoudre que d'après les circonstances. Il résulte de l'art. 852 que les présents d'usage, les petits présents de choses mobilières, les dons de sommes modiques, les cadeaux qui se font dans les familles, ne doivent pas être assujettis au rapport. Ce qu'il y a de mieux à dire en cette matière, c'est que tout y est relatif à la fortune et à la condition sociale des parties intéressées. Tel don manuel devra être rapporté dans un cas, qui ne le sera pas dans un autre. Il faut y consulter le vœu de celui qui l'a fait et de celui qui l'a reçu (2). Le parti à prendre dépend le plus souvent de

(1) Voy. Cass., rejet du 12 août 1844, et le rapport de M. MESTADIER, rapporté par DEVILLENEUVE, 1845, I, pag. 43 et suiv. Voy. aussi DALLOZ, *V° Successions*, n^os 1106 et suiv. ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, tom. V, § 632, *in fine*.

(2) Voy. Montpellier, 11 juin 1846. DEVILL., 1848, II-115. M. DEMOLOMBE, *Success.*, tom. IV, n° 330. Voy. ARGOUT, Instit., tom. I, pag, 462.

la nature même de la chose donnée manuellement. Toutefois, il n'en faut pas moins tenir pour constant que les dons manuels sont en général rapportables. L'égalité entre les héritiers l'exige, et l'article 843 les a évidemment compris dans sa formule absolue.

82. — Quoique l'obligation du rapport se contracte implicitement au moment de la libéralité, sous la condition, *si le successible avantagé vient à la succession,* elle n'est cependant exigible qu'à partir du décès. Il résulte de là que l'héritier actionné par ses co-héritiers en rapport de ce qui lui a été donné à titre de présuccession, ne peut invoquer aucune prescription pour s'en dispenser (art. 2257), lors même que la donation rapportable remonterait à plus de trente ans avant l'ouverture de l'hérédité (1).

83. — Enfin, la validité ou l'invalidité de l'instrument contenant une donation entre vifs, n'a aucune influence sur la question du rapport, puisque les dons manuels faits *sans écrit* sont eux-mêmes rapportables. Tout ce qui résulterait de la nullité de la donation, c'est que les co-héritiers auraient *deux* actions au lieu d'une pour faire rentrer à la masse partageable ce qui en aurait été distrait : à savoir, *l'action en nullité du don et l'action personnelle de rapport.* Si le co-héritier avantagé par un acte nul renonçait à la succession, ils

(1) Voy. Amiens, 17 mars 1853. DEVILL., 1855, II-97-162.

n'auraient que l'action en nullité, puisque les renonçants sont affranchis du rapport (art. 845-857).

Cela dit sur ce qui concerne les dons *directs*, nous passons aux dons *indirects* qui sont également rapportables (art. 843).

84. — *Du rapport des dons indirects* (1). — Les libéralités indirectes peuvent varier à l'infini. La règle générale qui domine cette matière, doit se formuler de la manière suivante.

Tout acte dont l'objet est d'avantager le successible qui n'y comparaît pas comme partie, toute libéralité faite en dehors des formes prescrites pour les donations ou déguisée sous l'apparence d'un contrat à titre onéreux, constituent ce qu'on appelle un *avantage indirect* rapportable de sa nature, à moins que le gratifié d'une manière quelconque ne se trouve dans le cas de l'exception prévue par l'art. 843 du Code Napoléon.

C'est ainsi : 1° Qu'une renonciation faite *cùm animo donandi* par le *de cujus* à une succession lucrative qui lui serait échue, pour en faire profiter par accroissement ou dévolution, un ou plusieurs de ses successibles.....;

2° Qu'une stipulation pour autrui, au cas de l'article 1121 du Code Napoléon; qu'une remise de dette;

3° Qu'un prêt de consommation, en ce qu'il pourrait

(1) Voy. DALLOZ, *Répert. V° Successions*, n^os^ 1120, 1113 et suiv.

avoir d'avantageux, pour l'emprunteur, si la jouissance était susceptible de se continuer à une époque postérieure à l'ouverture de la succession ;

4° Qu'un cautionnement consenti gratuitement au profit de l'un de ses héritiers présomptifs.... etc., etc., doivent être considérés par le notaire liquidateur, comme constituant des avantages en avancement d'hoirie, et que par conséquent l'héritier gratifié serait tenu pour être admis au partage égal, d'en faire raison à ses co-héritiers, soit en les rapportant réellement à la masse, soit en les imputant sur sa part héréditaire, soit en payant les intérêts du prêt de consommation (art. 856) à partir du décès, soit enfin en procurant la décharge du cautionnement donné par le défunt (1).

85. — *Des donations rémunératoires et onéreuses* (2). — Les donations rémunératoires et onéreuses sont-elles rapportables ?...

Dans l'ancien droit, l'ordonnance de 1731 (3) appliquait à ces sortes de donations les règles qui régissent les donations en général, et les art. 843 et 960 du Code Napoléon paraissent avoir voulu purement et simplement continuer le passé en cette matière, puisque la

(1) Voy. DEMANTE, tom. III, n° 187 *bis*, I-II-III-IV. M. DEMOLOMBE, *Success.*, tom. IV, n° 356. AUBRY et RAU sur ZACHARIÆ, § 632, note 15.

(2) Voy. DALLOZ, *Répert. V° Succession*, n° 1105.

(3) Art. 20-39.

loi nouvelle soumet, comme l'ancienne, les donations rémunératoires à la révocation pour survenance d'enfants (1). Cependant il est mieux de décider les questions de rapport qui se présentent à l'occasion des donations dont il s'agit, suivant les circonstances, que de chercher à établir un système absolu.

1° La donation est-elle l'équivalent, ou à peu près, de services constants, appréciables et susceptibles de produire une action au profit du donataire?... Dans cette hypothèse qui se présente assez souvent, les magistrats, souverains appréciateurs des actes qui leur sont déférés, peuvent juger en fait que la prétendue donation n'a de donation que le nom, qu'elle constitue, au fond, un véritable acte à titre onéreux, et que par conséquent elle ne doit pas être soumise au rapport (art. 853);

2° L'acte litigieux présente-t-il un caractère mixte ou mélangé d'affaire et de libéralité, *mixtum negotium cum donatione* (2)?

Rien n'empêche le juge d'arbitrer ce qu'il renferme d'onéreux et de gratuit. Dans ce cas, il ordonne le

(1) BELOST-JOLIMONT sur CHABOT, art. 843, obs. 3, ZACHARIÆ-MASSÉ et VERGÉ, tom. II, pag. 405, et VAZEILLE, art. 843, n° 23, sauf quelques restrictions, décident que ces donations doivent être rapportées. Cette doctrine va au-delà de la vérité. Comme le dit fort judicieusement M. DEMOLOMBE (tom. IV, n° 318), le point de fait domine le droit en cette matière.

(2) L. 18, ff. *De donat.* L. 1, *eod. tit.*

rapport à la masse de ce qui est libéralité, et le surplus en est dispensé.

3° La donation est-elle une rémunération de services non appréciables à prix d'argent et non susceptibles d'engendrer une action civile ?

Dans cette hypothèse, nous pensons qu'il y a lieu, en principe, à l'application de l'art. 843, mais que les juges ne manqueront pas de décider en fait, *ex interpretatione voluntatis defuncti*, qu'une telle donation a été faite par préciput, et que par conséquent elle n'est soumise au rapport que pour ce qui excède la quotité disponible (1). Il faut rejeter comme trop absolue l'opinion de Levasseur qui pense que la dispense de rapport a toujours besoin, pour être efficace, d'être déclarée spécialement par une clause expresse ou tout au moins par des équipollents (2). La nature de la disposition elle-même doit être prise en haute considération par la justice.

86. — B. — *Du rapport des legs.* — Les legs sont rapportables dans le système du Code Napoléon qui a conservé, sous ce rapport, les idées de nos anciennes

(1) Voy. sur cette matière, POTHIER, *Donat. entre vifs*, sect. 2, art. 3, § 1. LEBRUN, *Success.*, liv. III, chap. VI, sect. 3, n° 5. TROPLONG, *Donat. et Test.*, tom. III, n^os^ 1069-1073. GRENIER, *Donat.*, tom. I, n° 188, et tom. II, n° 533. DURANTON, tom. VII, n° 314. CHABOT, art. 843. n° 13. Cass., 16 brumaire an XIII. DEVILL., vol. II, pag. 18 et suiv.

(2) Voy. son *Traité de la portion disponible*, pag. 165, et *suprà*, n° 41.

coutumes, contrairement au droit romain sous l'empire duquel les legs étaient censés faits *per præceptionem*, par préciput (Cod. Nap., art. 843).

Si l'on prenait au pied de la lettre ces mots de l'article 843 : *Il (l'héritier) ne peut réclamer les legs à lui faits par le défunt, à moins qu'ils ne lui aient été faits expressément par préciput ou hors part,* les objets légués sans dispense de rapport, devraient toujours rester dans la masse partageable, comme si le testament ne renfermait aucune disposition au profit du successible légataire, les legs ne produiraient aucune espèce d'effet, malgré la volonté évidemment contraire du testateur. Telle est la doctrine qu'enseignent plusieurs jurisconsultes qui la fondent sur le mot *réclamer* qu'on lit dans l'article précité (1).

Dans un autre système, on concilie les prescriptions de la loi avec l'intention présumée du défunt, et les legs n'y sont pas complètement *inutiles*. Les légataires successibles y sont sans doute obligés de rapporter les legs comme les donations, mais ils sont autorisés (ce que ne veulent pas les partisans de la première opinion) à *réclamer* en nature, les choses léguées, toutes les fois que le rapport peut s'effectuer en moins prenant, et qu'ils peuvent, sans blesser l'égalité à laquelle

(1) Zachariæ-Massé et Vergé, tom. II, pag. 409. Chabot, art. 843, n° 10. Taulier, tom. III, pag. 312. Duranton, tom. VII, n° 214.

ont droit leurs co-partageants, précompter sur leurs parts héréditaires ce qui leur a été légué (Cod. Nap., art. 859). Un immeuble valant 10,000 fr. a été légué à l'aîné des enfants ; il en existe dans la succession d'autres susceptibles de fournir à ses co-héritiers ce qui leur revient légalement, pourquoi le légataire serait-il obligé de subir *le sort*, en ce qui touche l'objet légué, contrairement à la volonté du testateur ? On ne voit pas de raison qui puisse s'opposer à ce qu'il prenne en nature l'objet légué, dès que ses co-héritiers ne souffrent aucun préjudice de cette manière d'exécuter le testament.

Comme il faut entendre les actes *potiùs valeant quàm ut pereant,* nous croyons, malgré le texte en apparence contraire de l'art. 843, cette seconde opinion préférable à la première, d'autant plus que cet article fondamental n'a voulu au fond que mettre sur la même ligne les legs et les dons faits sans dispense de rapport. En cette matière, il faut, autant que possible, concilier tous les intérêts avec la volonté présumée du défunt qui en définitive doit y jouer le premier rôle (1).

87. — C. — *Du rapport des dettes (Cod. Nap., art.* 829, 830 *et* 831*).* — L'institution dont il s'agit ici,

(1) DUCAURROY, BONNIER et ROUSTAIN, tom. II, nos 689-724. MOURLON, *Rép. écrites*, tom. II, pag. 148. DEMANTE, tom. III, n° 177 *bis*, I. TROPLONG, *Donat. et Test.*, tom. II, n° 881. DEMOLOMBE, tom. IV, nos 302 et suiv. *Succession.*

a son origine dans une interprétation extensive que les anciens Parlements ont autrefois donnée à l'art. 303 de la coutume de Paris qui, ne voulant pas *d'enfant chéri*, portait : « Père et mère ne peuvent par dona- « tion, testament, ou *autrement,* avantager leurs en- « fants venant à leur succession, l'un plus que l'autre. » C'est de ce mot *autrement* que nous est venu *le rapport des dettes* qui nous occupe en ce moment : C'est une institution particulière qu'il faut bien se garder de confondre avec un paiement ordinaire (1).

Dans notre droit, les dettes des successibles se rapportent *comme les libéralités* à la masse partageable, d'où résultent contre les héritiers débiteurs du défunt au moment de l'ouverture de la succession, des conséquences spéciales qui sortent du droit commun. Comme les auteurs du Code Napoléon n'ont voulu, en cette matière, que reproduire ce qui existait dans la jurisprudence ancienne, c'est dans nos vieux coutumiers qu'il faut aller chercher le sens et la portée des art. 829, 830, 831 et 851 du dit Code. Or, c'était une règle admise sans contestation, que *ce qui avait été prêté par le défunt à l'héritier présomptif, était sujet à*

(1) Voy. Cass., 22 août 1843. *Palais*, 1844, I-16. 17 avril 1850. DEVILL., 1850, I-511. D'après les considérants de ces arrêts, le rapport, dans son vrai sens, ne s'appliquerait *qu'aux libéralités*. Mais nous ne saurions croire que tel est le sens de l'art. 829. Voy. M. LABBÉ, *Revue pratique*, tom. VII, pag. 489, nos 20 et suiv.

rapport, ainsi que ce qui avait été donné (1). Lorsqu'un père a prêté de l'argent à son fils, cet argent doit être rapporté, et quand le père en aurait fait passer un contrat de constitution, le fils ne serait pas recevable à offrir de continuer la rente, il faut qu'il en rapporte le principal et les arrérages qui en sont dus, ou qu'il les précompte sur sa part (2). Le père qui prête et qui n'exige pas pendant sa vie, est présumé donner par anticipation de succession. Le rapport a pour objet l'égalité entre les héritiers, et cette égalité se trouverait autant blessée par le défaut de rapport de ce qui a été prêté que de ce qui a été donné. Cette obligation du rapport des dettes a même été étendue en ligne collatérale, dans le ressort de la coutume de Paris, quoique le rapport en général n'y était pas obligatoire dans cette ligne (3). L'art. 829 doit donc être interprété largement.

(1) POCQUET DE LIVONNIÈRE, *Règles du droit français, des Rapports*, XIII, pag. 268, *édit.* de 1756. Arrêtés de LAMOIGNON, *édit.* de 1702, *des Rapports*, pag. 65 et 66. LEPRESTRE, *Centurie* III, chap. 1.

(2) ARGOUT, Instit., 1719, tom. I, pag. 461-462. Voy. aussi FERRIÈRE, *Cout. de Paris*, art. 304, § 4. LOUET et BRODEAU, *lettre R*, n° 13.

(3) Voy. sur ce point curieux de notre législation, LEBRUN, *Successions*, liv. III, chap. VI, sect. 2, n°s 2-7. POTHIER, *Success.*, chap. IV, art. 2, § 2, et *Introduction au titre* XVII *de la coutume d'Orléans*, n° 78. BOURJON, *Droit commun de la France*, tit. XVII, II^e^ partie, chap. VI, sect. 2, n° 8, et sect. 4, n°s 47 et 50, et surtout un savant article de M. LABBÉ, *Revue pratique*, tom. VII, pag. 447 et suiv. Les bases de l'institution dont il s'agit y sont étudiées bien à fond.

Cela posé, voyons : 1° quelles sont les dettes que la loi considère comme devant être rapportées à la masse partageable....; 2° et quels sont les effets de cette espèce particulière de rapport.

88. — A. — *Des dettes rapportables.* — L'art. 829 et l'art. 851 du Code Napoléon soumettent sans distinction aucune *toutes les dettes* des successibles au rapport, ce qui prouve jusqu'à l'évidence que le législateur de 1803 n'a entendu que reproduire, en cette matière, purement et simplement ce qui se pratiquait au moment de la confection de nos Codes à cet égard : pratique, du reste, très satisfaisante et en tout point conforme à l'égalité qu'on désire avant tout entre les co-partageants dans l'intérêt de la paix des familles (1).

La Cour de Paris a, dans un arrêt parfaitement motivé (2), résumé le système dont il s'agit de la manière suivante :

« Considérant que l'art. 829 oblige le co-héritier à « *rapporter* non-sèulement les dons à lui faits par l'au- « teur commun, mais aussi les sommes dont il est « débiteur envers la succession, que cette dernière « partie de la disposition ne contient aucune distinc- « tion entre les sommes productives d'intérêts consti-

(1) Voy. DUCAURROY, BONNIER et ROUSTAIN, tom. II, n° 713, bien que nous n'admettons pas les restrictions arbitraires qu'ils apportent à leur principe qui est le nôtre.

(2) Arrêt du 3 février 1848. DEVILL., 1848, pag. 121 et suiv., IIe partie.

« tuant un prêt ordinaire, et celles qui, n'en produi-
« sant point, pourraient avoir le caractère d'un *avan-*
« *tage* fait au co-héritier; d'où l'on doit conclure que
« l'intention du législateur a été de soumettre les uns
« et les autres au rapport (1), en vertu du principe de
« l'égalité entre co-partageants, principe qui ne per-
« met pas qu'aucune valeur provenant de l'auteur
« commun soit distraite de la masse au profit exclusif
« de l'un et au préjudice des autres.

« Considérant que l'état de faillite où se trouve l'un
« des co-partageants soumis au rapport ne peut altérer
« en rien le droit qui appartient aux autres, de faire
« rapporter l'intégralité des sommes par lui dues;
« qu'en effet, il ne s'agit point, dans ce cas, de la part
« de la succession, de se présenter à la faillite pour y
« réclamer une créance à raison de laquelle elle se
« trouverait soumise à la même loi que les autres
« créanciers, mais que c'est, au contraire, la faillite
« qui se présente à la succession *du chef du failli*, et
« que la masse de la faillite ne pouvant y avoir d'au-
« tres droits que le failli lui-même, est obligée de su-
« bir, *par voie d'imputation* (en précomptant sur sa
« part, ou en rapportant en moins prenant), les rap-

(1) *Contrà*, DEMOLOMBE dont la théorie difficile à comprendre se perd dans des distinctions à n'en pas finir, malgré le texte si précis et si absolu de l'article 829. Voy. son *Traité des Succes.*, tom. IV, nos 379 et suiv., et en sens inverse, DEVILL.. 1846, II-225 et suiv.

« ports auxquels celui-ci eût été assujetti, etc., etc. »

Voilà un arrêt motivé comme il serait à désirer qu'ils le fussent tous. Il n'est, du reste, que la reproduction de la théorie de nos anciens coutumiers, que les art. 829 et 851 n'ont pas manqué d'adopter telle qu'elle existait avant leur création. En cette matière, les rédacteurs de la loi nouvelle n'ont rien innové, bien que la Cour suprême et plusieurs jurisconsultes à sa suite prétendent le contraire, comme nous aurons à l'expliquer plus bas.

89. — Concluons de là : 1° Que si le défunt a fait à l'un de ses héritiers présomptifs, *sine animo donandi*, c'est-à-dire avec l'intention de s'en faire rembourser (1), soit une avance de fonds pour le paiement de ses dettes (art. 851), soit un prêt avec ou sans intérêts, il y a là une dette (art. 1375) *rapportable* au décès, suivant l'art. 829, tout comme s'il s'agissait d'une libéralité et sans qu'il y ait lieu à distinguer si la dette est ou non à terme d'échéance (2).

(1) Si l'avance avait été faite *cùm animo donandi* ou si le défunt en avait fait *remise* de son vivant, il ne s'agirait plus d'un *rapport de dettes*, suivant les art. 829 et 851, mais bien d'un rapport d'*avantage direct ou indirect* aux termes de l'art. 843.

(2) BOURJON, *Droit commun de la France*, tit. XVII, II^e^ partie, chap. VI, sect. 2, n° 54. M. LABBÉ, *article précité*, n° 15, n. DUCAURROY, BONNIER et ROUSTAIN, tom. II, n^os^ 712 et 713. DURANTON, n° 312, tom. VII. DELVINCOURT, tom. II, pag. 124, v. VAZEILLE, *Success.*, art. 851, n° 11. ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, § 627.

M. DEMOLOMBE, *Success.*, tom. IV, n^os^ 470-471, DEMANTE, tom. III, nu-

2° Qu'il y a même lieu au rapport du capital d'une rente perpétuelle due au défunt par l'un de ses héritiers. Il s'agit, en effet, ici, *d'une dette* qui rentre comme toutes les autres dans la disposition générale de l'art. 829, bien que le capital ne soit remboursable qu'à la volonté du débiteur de la rente. Mais ce capital devient exigible au décès du crédi-rentier, parce que l'égalité entre les héritiers exige le remboursement par voie d'imputation sur la part héréditaire du débiteur. Il est sorti du patrimoine du père de famille et il faut qu'il y rentre à son décès pour que justice exacte puisse être faite entre tous les co-partageants. S'il en était autrement l'égalité serait rompue, puisque celui qui aurait reçu de l'argent comptant des mains du défunt en jouirait pendant que les autres n'auraient qu'une simple créance ou une simple rente sur leur frère (1).

méro 187 *bis*, VIII, et TAULIER, *Théorie raisonnée,* tom. III, pag. 346, décident que toutes les fois que le défunt, au lieu de faire une libéralité à son enfant, contracte avec lui *à titre onéreux*, ce dernier ou ses héritiers doivent comme tout autre contractant étranger rentrer dans le droit commun. Cette théorie est, à notre avis, subversive du *rapport des dettes* tel que nos anciens l'ont entendu et tel que les auteurs du Code qui les ont copiés dans l'art. 829 l'ont entendu après eux.

(1) POTHIER, *Success.*, chap. IV, art. 2, § 2. ARGOUT, *loc. citat.* « *Le prêt fait à l'héritier présomptif par constitution de rente est sujet au rapport.* » DE LAMOIGNON, *loc. citat.* Le capital d'une rente perpétuelle devient exigible dans d'autres cas encore, ainsi que cela résulte des art. 1912, 1913 et 1188 du Code Napoléon. Voy. cependant MM. DUCAURROY, BONNIER et ROUS-

3° Qu'il en est de même et pour toute la somme tirée du patrimoine commun, dans le cas où le successible débiteur des deniers prêtés par le père de famille serait tombé en faillite et aurait obtenu un concordat de ses créanciers. La remise forcée que le défunt, soumis malgré lui à la décision de la majorité, lui avait faite d'une partie de la dette ne le déchargerait pas de l'obligation de rapporter à ses co-héritiers tout ce qu'il aurait reçu du père de famille. Ses frères ne doivent pas souffrir de ce qu'il lui a plu de se ruiner. Supposons que deux enfants aient emprunté du défunt pendant sa vie chacun 100,000 fr. et que l'aîné commerçant soit tombé en faillite. Il obtient de ses créanciers 50 pour cent de remise sur ce qu'il leur doit. Le plus jeune tombe en déconfiture et ses créanciers ne lui font aucune remise. Dira-t-on qu'à la mort du père de famille, l'aîné ne devra rapporter que 50,000 fr., tandis que le plus jeune devra en rapporter 100,000. Evidemment, un tel système serait la violation la plus flagrante du principe de l'égalité qui domine la matière. Donc, ils devront tous deux précompter sur leurs parts héréditaires la totalité de ce

TAIN qui pensent que le Code Napoléon s'est, à cet égard, relâché des rigueurs de l'ancien droit et que, dans le cas de constitution de rente, l'héritier débiteur des arrérages ne saurait être contraint à rapporter *le capital*, tom. II, n° 715, sur l'art. 854. Mais voy. DELVINCOURT, tom. II, pag. 124, et à cette occasion GRENIER, *Donat.*, tom. II, n° 522, DURANTON, tom. VII, n°s 312, 332-334, VAZEILLE, *Succes.*, art. 851, n° 12.

qu'ils auront *reçu* et non pas seulement ce qu'ils pourraient rester devoir à raison de circonstances accidentelles qui n'auraient pas donné lieu à un véritable paiement (1).

4° Que le rapport des dettes est obligatoire non-seulement pour le successible emprunteur direct de l'auteur commun, mais encore pour ses descendants et ses frères et sœurs qui viendraient le représenter à la succession de ce dernier, et cela, soit qu'ils acceptent ou qu'ils répudient l'hérédité de celui qu'ils représentent.

Il est évident que l'art. 848 se trouvant compris au nombre des dispositions auxquelles renvoie l'art. 829, est applicable tout aussi bien aux dettes qu'aux donations. Les droits et les obligations du représentant se mesurent d'après les droits et les obligations du représenté, et les motifs tirés du principe de l'égalité entre les co-héritiers sont les mêmes dans les deux cas, dès

(1) POTHIER, *Success.*, *loc. cit.* Bordeaux, 16 août 1827. Paris, 13 août 1839. 8 mai 1833. DEVILL., 1833, II-514. 3 février 1848. DEVILL., 1848, II-514. MERLIN, *V° Rapport à succession*, § 3, n° 16. CHABOT, art. 843, n° 23. GRENIER, *Donat.*, tom. II, n° 522. POUJOL, art. 843, n° 10. DURANTON, tom. VII, n° 310. LABBÉ, *loc. cit.*, n° 17, IV. *Dans un autre système*, le rapport n'est dû que déduction faite de la remise contenue au concordat. VAZEILLE, art. 843, n° 4. RENOUARD, *Des faillites*, pag. 249. *Dans un troisième*, M. DEMOLOMBE distingue la cause de la dette. Cette cause est-elle gratuite? La totalité doit être rapportée, *secùs* si le prêt a été *intéressé*. C'est la conséquence de son système qui distingue partout quoique la loi ne distingue nulle part. Voy. aussi DEMANTE, tom. III, n° 187 *bis*, II.

que l'on soumet au rapport les dettes comme les donations (1).

5° Que l'art. 829 ne faisant aucune distinction entre les diverses espèces de dettes, doit encore s'appliquer à celles dont les successibles se trouveraient tenus *quasi ex contractu, ex delicto vel quasi ex delicto*. A la vérité l'idée primitive d'un avancement d'hoirie qui a fait introduire le rapport des dettes dans notre législation ne se rencontre ici que par une suite de raisonnements éloignés. Mais il ne faut pas moins regarder les obligations *quasi ex contractu*, *ex delicto vel quasi ex delicto* comme devant se rapporter à la masse partageable. L'institution s'est étendue dans les faits jusqu'à la disposition absolue de l'art. 829, et en définitive l'égalité entre les héritiers exige le rapport des dettes dont il s'agit, tout aussi impérieusement que le rapport des prêts soit à titre gratuit, soit à titre onéreux (2).

6° Que le rapport serait également dû pour une dette contractée par un mineur et payée ensuite par le père de famille, si toutefois le successible qui

(1) Grenoble, 27 décembre 1832. DEVILL., 1833, II, pag. 447. LABBÉ, *Revue pratique*, tom. VII, pag. 494, n° 24, V.

(2) Voy. DEMOLOMBE, *Success.*, tom. IV, n° 474. Il en était ainsi autrefois. « Les intérêts civils adjugés contre le fils pour un procès criminel et payés par « le père sont sujets à rapport. » LEMAITRE, *Coutume de Paris, des Success.* tit. XV, sur l'art. 304, éd. de 1700, pag. 446. Cod. Nap., art. 851, *in fine*. DEMANTE, tom. III, n° 187 *bis*, VIII.

aurait été ainsi libéré d'une obligation naturelle, l'avait reconnue en majorité et s'était obligé civilement à en rembourser le montant au parent qui aurait pris sur lui de l'acquitter *honoris causâ*. En principe, toutes les dettes sont rapportables.

7° Qu'il en serait de même dans le cas où le défunt serait devenu l'héritier ou le cessionnaire d'un tiers envers lequel le successible aurait contracté une dette non encore éteinte au moment de l'ouverture de la succession. Dès là que le *de cujus* s'est trouvé substitué à la personne et aux droits des créanciers originaires, c'est comme s'il avait traité directement avec l'héritier présomptif, et par conséquent cette dette tombe comme les autres dans la disposition générale de l'art. 829 (1).

8° Qu'il en serait encore de même dans le cas où l'un des héritiers se trouverait devoir, en tout ou en partie, au moment du décès, le prix échu ou non échu d'une vente qui lui aurait été consentie par le défunt. S'il ne rapportait pas ce qu'il peut devoir à cette occa-

(1) DEMANTE, tom. III, n° 187 *bis*, VIII. DEMOLOMBE (tom. IV, n° 473), qui applique toutefois à cette hypothèse la restriction qu'il croit voir dans l'art. 853 à l'art. 829, dans le cas où la dette ne serait pas échue. C'est la suite de sa distinction.

Contrà, DUCAURROY, BONNIER et ROUSTAIN, tom. II, n° 713, qui pensent que l'art. 829 doit se restreindre *aux prêts* faits directement par le défunt. Voy. M. LABBÉ, *article précité*, n° 34, qui n'admet pas non plus le rapport dans cette espèce. Peut-être le rapport n'est-il dû que de la somme tirée de la masse pour l'acquisition de la créance.

sion, il conserverait l'avantage d'avoir tiré *du comptant* de la masse, tandis que ses co-héritiers ne pourraient obtenir en retour qu'une créance à terme : ce qui serait contraire à l'égalité entre co-partageants.

9° Qu'il faudrait suivre les mêmes règles dans l'hypothèse où l'un des héritiers présomptifs aurait fait avec le défunt un échange avec soulte au profit de ce dernier. La soulte échue ou non échue au moment du décès, autoriserait un prélèvement à faire par les autres co-héritiers, afin que l'égalité pût être établie entre tous (1).

90. — *En ce qui concerne les femmes,* le rapport des dettes dont il s'agit a lieu également lorsqu'elles viennent à la succession de leurs parents envers lesquels elles se trouvent débitrices à l'ouverture de l'hérédité. Plusieurs distinctions sont toutefois nécessaires.

91. — *Première espèce.* — Le défunt a prêté une somme quelconque à son gendre qui est marié sous le régime de la communauté. Sa femme n'a pas comparu au contrat de prêt. La dette due par le gendre doit-elle être rapportée par cette dernière qui vient à la succession de son père?

Il faut distinguer. Si le prêt a été fait *au mari seul* et dans son propre intérêt, par exemple, parce que la

(1) Voy. M. LABBÉ, *loc. cit.*, n° 33. M. DEMOLOMBE distingue ici, comme ailleurs, suivant l'exigibilité ou la non exigibilité de la dette au décès (tom. IV, n° 471).

somme prêtée lui était nécessaire pour réparer ses immeubles particuliers, ou utile pour les améliorer, et si les fonds ont été réellement employés pour cet objet, il est clair que la femme n'est tenue à aucun rapport, et que ses co-héritiers ne seraient pas admis à opérer un prélèvement à raison de la dette du mari dont elle n'a pas profité.

Mais si l'on suppose, ce qui sera presque toujours la vérité, que le prêt dont il s'agit a été fait dans l'intérêt commun des époux, la dette, quoique contractée par le mari seul, deviendra rapportable par la femme pour moitié, à supposer toutefois qu'elle ait accepté la communauté dissoute avant la mort du père de famille. Il est inutile d'ajouter que cette moitié sera réductible suivant l'importance de son émolument, au cas de l'art. 1483 du Code Napoléon.

92. — *Deuxième espèce.* — Suivons l'espèce précédente, et voyons ce qu'il faudra décider dans le cas où la communauté ne serait pas dissoute encore à l'ouverture de la succession du père de famille.

D'un côté, on dit que la femme n'est pas, à proprement parler, l'associée de son mari, *constante matrimonio,* suivant un vieux brocard de palais qui porte : *Non est propriè socia sed speratur fore*, et qu'elle a seulement l'espérance de le devenir si elle accepte la communauté lors de sa dissolution.....; que la femme n'est obligée, pour sa part, au paiement des dettes

contractées par son mari, qu'autant qu'elle est acceptante.....; qu'elle a le droit de rejeter sur lui toutes les conséquences de sa gestion souveraine.....; qu'il serait contradictoire de la décharger du rapport au cas de renonciation à la communauté, et de l'y contraindre cependant à une époque où personne ne peut savoir à quel parti elle s'arrêtera quand viendra la dissolution de cette communauté.....; que si, avant la possibilité pour elle de prendre un parti, on lui imposait l'obligation de rapporter à la succession de l'auteur commun les sommes que son mari en aurait empruntées sans sa participation, il en résulterait une aliénation de ses propres sans son consentement, puisqu'elle souffrirait inévitablement sur son lot héréditaire, et par conséquent assez souvent sur ses propres immobiliers, l'imputation de ce qu'elle serait obligée de rapporter.

On conclut de là que dans l'hypothèse posée par la question, la femme ne saurait être assujettie à aucun rapport : de sorte que si le gendre, d'accord avec son beau-père pour favoriser sa femme au préjudice de ses frères et sœurs, lui emprunte cent mille francs et les convertit en immeubles communs, cette dernière, que l'on peut supposer créancière de reprises venues *aliundè quàm à patre*, prélèvera un jour tout ce qui lui sera dû, en vertu de l'hypothèque légale que la jurisprudence lui accorde sur les immeubles de communauté ; si bien que ses co-héritiers n'auront de re-

cours possible que sur son mari, devenu peut-être insolvable, et qu'ils n'auront même aucun intérêt à poursuivre, en présence de leur sœur qui aura tout absorbé !..... Et on appelle cela faire de la justice équitable entre les co-partageants du patrimoine héréditaire (1) !

Nous préférons l'opinion contraire qui rejette l'application du brocard précité, *non est propriè socia sed speratur fore*. Telle n'est pas la position de la femme dans l'association conjugale. Sous l'empire du Code Napoléon, la communauté commence au jour du mariage (Cod. Nap., art. 1399), et la femme y est commune ou censée commune jusqu'à sa renonciation, qui n'est qu'une faculté que la loi lui accorde pour la protéger contre les abus de l'administration de son mari. Mais dans le temps intermédiaire, elle est débitrice des dettes de la communauté. Cela peut être admis avec d'autant plus de facilité au cas particulier, que le prêt fait par le père de famille à son gendre doit, comme le disait fort justement d'Argentré (2), être présumé s'être bien plutôt réalisé en considération

(1) Voy. LEBRUN, *Success.*, liv. III, chap. IV, sect. 2, n° 6, et M. LABBÉ, *Revue pratique*, tom. VII, pag. 501.

(2) Sur l'art. 218 de la *Coutume de Bretagne*, gl. IX, n° 6. *Potiùs in filiam quàm generum propensior affectio præsupponitur*. Elle est censée l'objet et le motif du prêt, dit BOURJON. *Droit commun de la France*, pag. 852, n° 26, tom. I, édition de 1770.

de la fille que de son mari. Quoi ! un père préterait à son gendre qu'il sait marié en communauté, des sommes considérables, peut-être dans l'intention secrète d'avantager sa fille outre mesure au préjudice de ses autres enfants, et le mari qui dirige toutes les actions de son épouse, pourrait accepter la succession de l'auteur commun et venir à partage égal du chef de cette dernière, sans être tenu de rapporter la part dont elle profite indirectement dans les sommes tirées du patrimoine partageable !..... Comment admettre que la communauté puisse bénéficier d'un double profit pour une même cause ? C'est cependant ce qui se produirait inévitablement si le rapport n'était pas obligatoire pour la femme, puisqu'elle prendrait sa part entière de succession sans avoir à souffrir aucune imputation pour ce qui aurait été prêté à son mari, et qu'elle profiterait en même temps de la plus-value dont se serait enrichie la communauté. Elle doit donc provisoirement rapporter la moitié du prêt contracté par son mari, comme si elle l'avait acceptée : suivant la règle *aditio favorabilior repudiatione*. Si plus tard, à la dissolution, elle prend le parti de renoncer aux termes de l'art. 1453, elle exercera contre ses co-partageants, qui se trouveront avoir partagé avec elle une valeur *non héréditaire*, un recours en garantie, comme au cas d'éviction *ex causâ antiquâ*, dont l'efficacité sera assurée par le privilége des art. 2103 et 2109 qu'elle aura pu

pour plus de sûreté inscrire utilement dans les deux mois du partage, et, en toute hypothèse, par la simple hypothèque de l'art. 2113, au cas où elle aurait négligé de prendre cette précaution.

93. — *Troisième espèce.* — Le prêt dont il s'agit a été accepté par le mari et par la femme *conjointement.*

Dans cette hypothèse, la femme commune ou non commune, qui a figuré au contrat et qui se trouve au décès du père de famille son héritière pour partie, doit rapporter à ses co-héritiers la moitié de la dette pour laquelle elle s'est personnellement obligée envers le *de cujus* (Cod. Nap., art. 829-1217) (1).

94. — *Quatrième espèce.* — Le mari et la femme sont tenus *solidairement* au lieu de l'être conjointement. La femme doit-elle, dans ce cas, rapporter toute la dette ou seulement la moitié ?

Nos anciens auteurs ne faisaient aucun doute que la femme ne dût, dans ce cas, rapporter *la dette entière.* Chaque co-débiteur solidaire est tout aussi totalement obligé à la prestation de la chose due que s'il avait seul contracté. « Cela est sans difficulté, dit Bourjon (2), « lorsque l'obligation dans laquelle la femme a parlé « contient *solidité.* C'est à elle que son père a voulu

(1) Voy. LEBRUN, *loc. cit.* n° 5. BOURJON exigeait même le rapport de la totalité de la dette : le prêt étant censé fait à la femme plutôt qu'au mari.

(2) *Droit commun de la France*, tom. I, pag. 852, n° 26.

« prêter, sauf son action en indemnité contre son « mari. » (Cod. Nap., art. 2121-2135.) « Tel est sur « cela l'usage. » Comme le Code Napoléon n'a fait que reproduire les anciens principes en cette matière, il faut encore nous y conformer au cas que nous examinons, avec d'autant plus de raison que l'art. 829 est conçu en termes généraux, et que le système contraire professé par M. Labbé (1) nécessite des difficultés d'application à n'en pas finir, par suite des distinctions qu'il propose et qui paraissent équitables, mais qui ne reposent sur aucun texte. Comment serait-il possible au juge de l'action en partage de pénétrer l'obscurité qui règne presque toujours sur l'emploi des deniers empruntés et de décider sûrement si l'argent du père de famille a servi à telle ou telle opération dans l'intérêt exclusif de l'un ou de l'autre des époux ou de la communauté, pour ensuite obliger ou ne pas obliger la femme au rapport, suivant les circonstances ? Non. Il n'y a pas à distinguer quand la loi ne distingue pas, et le rapport est dû sauf recours contre le mari.

95. — *Cinquième espèce.* — Le prêt fait par le père de famille à sa fille mariée sous le régime dotal est-il rapportable?

La raison de douter se tire de ce que le rapport diminue nécessairement sa part héréditaire destinée à

(1) *Loc. cit.*, n° 31.

devenir dotale, et par conséquent *inaliénable*. Mais la raison de décider cette question par l'affirmative est que tout enfant, n'importe le régime sous lequel il est marié, doit rapporter ce qu'il a pu recevoir en avancement d'hoirie (art. 843-829). Il n'y a que dans l'hypothèse prévue par l'art. 1573 du Code Napoléon, que la femme dotale est affranchie du rapport proprement dit. Ses frères et sœurs ne doivent pas souffrir de ce qu'il lui a plu d'adopter un régime autre que celui sous lequel ils se sont mariés. L'égalité entre les héritiers veut que la femme dotale ne soit pas, dans les partages, aussi protégée qu'elle peut l'être dans les autres actes de la vie civile (1).

96. — *Sixième espèce*. — Les prestations personnelles que peuvent se devoir les co-héritiers entre eux, *ex hæreditariâ causâ*, par exemple pour cause de gestion des biens de la succession depuis le décès jusqu'au partage, de perception de fruits, de recettes et dépenses faites *medio tempore* pour le compte de la cohérie par un ou plusieurs des co-partageants, sont-elles rapportables comme les dettes dont il s'agit dans l'art. 829 ?

C'est une question controversée. Les uns prétendent qu'il n'y a là qu'une créance ordinaire dont l'exécution ne peut se poursuivre que d'après le droit

(1) M. Labbé, *loc. cit.*, n° 32.

commun, que l'art. 829 ne s'applique qu'aux dettes stipulées par le défunt de son vivant et non pas à celles qui n'auraient pris naissance qu'à une époque postérieure à l'ouverture de la succession, que, par conséquent, les co-partageants devenus créanciers de l'un d'entre eux pour les causes ci-dessus exprimées, ne sauraient être autorisés à se couvrir de ce qui leur est dû par un prélèvement, quelque nécessaire qu'il serait parfois pour maintenir l'égalité entre tous.

Dans ce système qui compte des adhérents nombreux et très-recommandables, l'insolvabilité du gérant retomberait en définitive, d'après le principe de la division des créances et des dettes, sur ses co-héritiers devenus ses créanciers et qui n'auraient pas utilement exigé et obtenu la part qui pouvait leur revenir dans le reliquat de son compte de la gestion des affaires de la succession (1).

Nous ne partageons pas cette opinion et nous croyons que ceux des co-héritiers qui sont devenus créanciers de celui d'entre eux qui a géré pour le compte commun, ont le droit de prélever sur la masse partageable le montant de ce qui leur est dû, tout

(1) Voy. GRENIER, *Des hypothèques*, tom. I, n° 159. ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, § 616, note 7 et § 624, note 16. VAZEILLE, art. 830, n° 3.

Voy. aussi Agen, 3 avril 1823. Aix, 12 juillet 1826. Grenoble, 2 juillet 1826, Montpellier, 24 août 1827. DALLOZ, 1833, II-150. Pau, 23 juillet 1828. DALL., 1829, II-77.

aussi bien dans cette hypothèse que dans celle directement prévue par les art. 829 et 851.

D'abord on le décidait ainsi dans l'ancien droit par l'une des conséquences de la règle : *fructus augent hæreditatem* (1), parce que le principe de l'égalité exige que chaque co-héritier reçoive lors du partage la part qui lui revient et que le prélèvement est l'un des moyens à l'aide desquels on arrive à ce résultat. Or, il est évident que si le co-héritier débiteur de prestations personnelles pouvait conserver une valeur héréditaire, sans être tenu de la rapporter, sa condition serait meilleure que celle de ses co-partageants qui se trouveraient exposés à perdre ce qui leur serait dû, alors que rien ne serait cependant plus facile que de lui faire sa part avec les valeurs héréditaires qu'il aurait entre ses mains.

Il est vrai qu'on objecte que la règle : *fructus augent hæreditatem* n'existe plus dans notre droit (Cod. Nap., art. 138), mais la réponse est que si cette règle a en effet été modifiée, sous certains rapports, par le législateur moderne, il n'en résulte pas qu'elle soit *complètement abrogée*, puisque son maintien dans la théorie du partage résulte, au contraire, implicitement de la

(1) POTHIER, *De la propriété*, nos 400-416. LEBRUN, liv. IV, chap. I, n° 20. DOMAT, liv. I, tit. IV, sect. 2, art. 6, et sous le Code, Cass., 24 février 1829. DEVILL., IXe vol., 1828-1830, I-238 et suiv. TROPLONG, *Hypothèques*, tom. I, n° 239. DUTRUC, *Du partage*, n° 429. DEMANTE, tom. III, n° 162 *bis*.

combinaison des art. 828, 829, 830 et 856 du Code Napoléon.

Au surplus, si l'on examine attentivement le texte de l'art. 828 qui porte « qu'on doit procéder devant le notaire *aux comptes que les co-partageants peuvent se devoir*, à la formation de la masse générale, à la composition des lots et aux fournissements à faire à chacun, » et l'art. 829 qui ajoute « que chaque co-héritier fait le *rapport* à la masse des *sommes dont il est débiteur*, » on reste convaincu que la question a été tranchée par le législateur dans le sens des précédents historiques, et que, par conséquent, le premier système doit être rejeté (1).

97. — *b.* — *Des dettes non rapportables.* — Quand l'art. 829 a soumis au rapport les dettes comme les donations, il n'a entendu parler que des dettes proprement dites susceptibles de donner lieu à une action *civile*. Ainsi toutes les dettes ne sont pas indistinctement *rapportables*. Cela a toujours été compris de cette manière.

Concluons de là :

1° Que si le père de famille *honoris causâ* a payé une dette de jeu ou de pari pour son fils (Cod. Nap., article 1965), ce dernier n'est pas pour cela obligé à rap-

(1) Voy. surtout M. DEMOLOMBE, *Success.*, tom. IV, n° 475, et les arrêts qu'il cite. ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, § 624, note 23.

porter à ses co-héritiers ce qui est sorti du patrimoine commun à cette occasion. La loi n'a jamais entendu donner à un père le pouvoir exorbitant de dissiper à l'avance la fortune d'un enfant et de le ruiner en un jour uniquement parce qu'il lui plairait de payer une dette illégale. L'art. 851 du Code Napoléon ne saurait s'appliquer en pareil cas (1).

2° Qu'il en serait de même dans l'hypothèse où le père de famille, fût-il administrateur légal ou tuteur, aurait fait une libéralité à un tiers au nom de son fils mineur. Exemple : un enfant contracte une dette folle sans en retirer aucun profit, son engagement est nul. Cependant son père paie la dette *sine animo donandi,* et avec l'intention d'exercer contre lui une action en répétition. Le fils sera-t-il tenu du rapport? Non. Parce que le père n'est pas le juge d'une question de conscience qui ne peut être que éminemment *personnelle*. Aucun texte de loi ne lui donne le pouvoir de renoncer à une action en nullité ou en rescision, et il ne lui est pas permis d'être libéral aux dépens d'au-

(1) Voy. BERLIER au *Conseil d'Etat*, séance du 23 nivôse an XI. DUCAURROY, BONNIER et ROUSTAIN, tom. II, n° 709. LABBÉ, *loc. cit.*, n° 25. Cependant ce système a été vivement critiqué par TREILHARD, BIGOT-PRÉAMÉNEU et TRONCHET. Ce dernier est allé jusqu'à le traiter *d'immoral* en ce qu'il invitait le fils à dépenser, tandis qu'il fallait le contenir par l'obligation du rapport. Mais comme la question reste entière, la loi ne l'ayant pas tranchée par un texte formel, nous persistons dans l'opinion ci-dessus exposée : laquelle est au surplus généralement admise. Voy. pourtant M. MOURLON, *Répét. écrit.*, tom. II, pag. 154, note 1.

trui. Le rapport suppose une obligation émanée de la volonté du successible (1).

Mais, dira-t-on, si le père a fait le paiement dont il s'agit *cum animo donandi*, il en résulte une libéralité rapportable, suivant l'art. 843 du Code Napoléon Oui. Mais cette libéralité n'est pas une donation susceptible d'obliger le mineur au rapport, parce que toute donation faite à un mineur doit à peine de nullité être acceptée suivant les prescriptions des art. 463 et 935 du même Code. Or, ici, nous supposons que le père de famille a agi seul, en remplissant deux rôles inconciliables, celui d'ascendant du donataire et celui d'acceptant pour ce dernier : ce qui est évidemment impossible (2).

98. — Enfin il est bien évident que si les dettes des successibles sont assimilées aux donations, ce n'est que pour rétablir l'égalité entre les co-partageants et que, par conséquent, ceux des héritiers présomptifs qui renoncent à la succession ne sont tenus d'aucun rapport. Dans cette hypothèse, les co-héritiers acceptants poursuivent le recouvrement des créances que

(1) M. LABBÉ, *loc. cit.*, nos 25-26.

(2) M. LABBÉ, *eod. loc.*, n° 27. « Si le père a donné imprudemment de l'argent comptant à un fils mineur et qu'il l'ait dissipé, il ne doit pas dans ce cas « y avoir lieu à rapport, puisque le fils mineur n'était pas en état d'accepter une « telle donation à son préjudice. » L. 2, § 2, ff. *De coll. bon.*, et ARGOUT, *nstitution au droit français*, liv. II, chap. XXVIII, tit. I, pag. 464.

le défunt avait contre les renonçants, comme s'ils étaient des étrangers (Cod. Nap., art. 785, 845-856).

99. — *c.* — *Des effets du rapport des dettes.* — Le rapport appliqué aux dettes par les art. 829 et 851 produit plusieurs effets importants qui distinguent cet événement juridique d'un paiement ordinaire.

1° Une dette rapportable devient immédiatement *exigible* à l'ouverture de la succession, lors même que le terme convenu ne serait pas encore échu à cette époque, si le rapport en est demandé (1).

2° Les intérêts courent de plein droit au profit de la co-hérie, à partir du décès, même dans le cas où il aurait été stipulé par le défunt et par le successible débiteur, que la somme due n'en produirait pas (Cod. Nap., art. 856). Cette clause est, à notre sens, un avantage indirect à partir du décès (2).

3° Enfin, le rapport des dettes a cet effet remarquable et principal d'affecter à leur acquittement les parts héréditaires de ceux qui en sont tenus, ce qui donne à leurs co-héritiers le droit précieux d'en prélever le montant sur la masse partageable au préjudice des autres créanciers (art. 830-860) (3).

(1) Bourjon, *loc. cit.*, n° 54. M. Labbé, *eod. loc.*, n° 4.

(2) Cass., 2 février 1819. Devill., 1819, I-18. Zachariæ, § 627.

(3) Demante, tom. III, n° 187, viii. Demolombe, tom. IV, n° 460. Zachariæ-Aubry et Rau, note 21, § 624.

Nous verrons dans la section suivante comment s'effectue cette espèce de rapport lorsque nous traiterons du mode adopté par la loi pour la mise en pratique de cette institution.

100. — Si le rapport des dettes diffère d'un paiement ordinaire, il diffère aussi, à certains égards, du rapport des dons et des legs. Il est donc important de résoudre tout d'abord, en fait, le point de savoir s'il s'agit d'une dette ou d'une libéralité à rapporter. En effet, le successible *débiteur* doit, en toute hypothèse, même au cas où il renonce à la succession, payer aux co-héritiers acceptants tout ce qu'il devait payer au défunt, tandis que le successible donataire ou légataire s'affranchit de l'obligation du rapport et conserve ou réclame les dons et les legs qui ont pu lui être faits, *en renonçant* (Cod. Nap., art. 845), s'ils n'excèdent pas la quotité disponible. L'héritier *débiteur* est dans la nécessité de tenir compte de sa dette aux créanciers du défunt et à ses légataires, tandis que s'il était simplement *donataire*, il ne leur devrait rien de ce qui lui aurait été *donné* puisque l'art. 857 l'affranchit de tout rapport en ce qui les concerne. Cet article n'a bien évidemment entendu parler que du rapport des *dons et des legs* et non pas du rapport *des dettes* lorsqu'il y a conflit entre eux à cet égard.

101. — Voilà en résumé la théorie du rapport des dettes, telle du moins que nous la comprenons. Elle

n'est que la reproduction du système de nos anciens coutumiers, bien que les auteurs du Code, en abandonnant les idées des coutumes d'égalité absolue et d'égalité tempérée, auraient pu se relâcher quelque peu de la rigueur des anciens principes en cette matière. C'est sans doute la raison pour laquelle la Cour de cassation, dont la doctrine est suivie par M. Demolombe, a tenté de s'en écarter sous certains rapports en faisant résulter une distinction que nous rejetons comme trop subtile, des art. 853 et 854 combinés avec les art. 829, 851 et 843 du Code Napoléon.

Ceci demande une explication. M. Labbé, dans son excellent article sur la matière, ne s'est aucunement occupé de la prétendue exception que M. Demante et M. Demolombe font jaillir des art. 853 et 854 dans leurs rapports avec l'art. 829. Il a eu raison à notre sens, car les art. 853 et 854 n'ont jamais eu pour objet de limiter la règle posée par l'art. 829. Ce n'est que par une extension irréfléchie donnée aux précédents historiques et à la pensée véritable de l'art. 853, que la jurisprudence de la Cour suprême a pu se jeter dans cet ordre d'idées qui, s'il venait à triompher, entraînerait inévitablement à sa suite l'anéantissement de l'institution dont il s'agit. Suivant la chambre des requêtes (1), le *rapport* des dettes serait moins un *rap-*

(1) 22 août 1843. *Palais*, 1844, I-16. 17 avril 1850. DEVILL., 1850, I-511.

port qu'un *paiement* ordinaire, d'où il faudrait conclure que le rapport, dans son vrai sens, ne doit, sous le Code Napoléon, s'appliquer qu'à des actes *à titre gratuit* et jamais aux actes *à titre onéreux* qui ne présenteraient aucun avantage indirect pour le successible. M. Demolombe entrant dans ces vues conclut de là :

1° Que l'obligation de rapport n'est applicable avec tous ses effets qu'aux prêts *gratuits* ou autres avances *désintéressées* susceptibles de constituer une sorte d'avancement d'hoirie.

2° Que les dettes résultant d'actes onéreux passés avec le défunt sincèrement, ne tombent pas sous l'empire de l'art. 829, parce que les art. 853 et 854 affranchissent du rapport *les profits et les bénéfices* que l'héritier a pu retirer de conventions pures d'avantages indirects qu'il a faites avec le *de cujus*. Toutefois, il admet le rapport des prêts *à titre onéreux*, s'ils sont devenus *exigibles* avant le décès. Mais, dans son prétendu système *de rapport des dettes*, l'héritier jouit contre la succession du bénéfice du terme dont il jouissait contre le défunt et la dette ne peut jamais produire d'intérêts autres que ceux stipulés, ou qui résulteraient de la nature des actes. De sorte que de discours en discours, il oublie l'art. 829 et son histoire, pour faire entrer la créance du défunt dans le partage, suivant l'art. 832, comme si elle était due par un étranger !...

C'est à merveille. Et que devient le prélèvement sur la masse partageable, dans ce beau système ? Hélas, il a fui comme une ombre, suivant M. Demolombe qui ne voit pas dans ce prélèvement la pierre de l'angle du rapport des dettes et qui le réduit arbitrairement à n'exercer son empire qu'à propos des libéralités : le tout parce que l'art. 853 qui n'a rien à faire au procès, le voudrait ainsi, dit-on !... Voilà où l'analyse chimique poussée au-delà des justes bornes, entraîne quelquefois les esprits les mieux doués et les plus sérieux, lorsqu'ils abandonnent les origines des institutions pour les interpréter par des idées nouvelles ! Mais rassurons-nous sur l'avenir de l'égalité dans les partages, toute menacée qu'elle est à la chambre des requêtes. Cette base fondamentale du système est trop nécessaire à la bonne harmonie de la famille pour ne pas reparaître un jour avec toutes ses conséquences.

Il est des institutions qui s'imposent tellement par elles-mêmes, qu'elles sont à l'abri des vicissitudes de la jurisprudence des arrêts. On peut les obscurcir pendant un temps plus ou moins long, mais on ne les fait pas disparaître pour cela.

En attendant, reprenons les choses *ab ovo*, et montrons le néant de toutes ces distinctions subtiles que l'on prétend nous imposer, de par l'autorité de la Cour suprême.

102. — Nous avons vu plus haut (1) qu'il était de règle, au moment de la confection de nos Codes, que *ce qui avait été prêté par le défunt à l'héritier présomptif, était sujet à rapport, tout aussi bien que ce qui avait été donné* et que ce principe fondamental de l'institution qui nous occupe, avait sa base dans *l'égalité* que nos pères tenaient surtout à faire régner entre les copartageants, pour éviter les jalousies et les brouilles si communes entre les frères. Il n'est pas nécessaire de remarquer que cette égalité si désirable se trouverait autant blessée par le défaut de rapport de ce qui a été prêté que de ce qui a été donné. Cela est évident. Eh ! bien, voilà la pensée très-juste que les auteurs du Code n'ont pas manqué de reproduire dans l'art. 829, comme un souvenir précieux à conserver du système des coutumes d'égalité. Aujourd'hui comme hier, *chaque co-héritier* doit faire à la masse *le rapport des sommes dont il est débiteur*. Donc, il suffit qu'un successible soit au moment de l'ouverture de la succession, débiteur envers cette succession d'une valeur tirée du patrimoine commun, pour qu'il soit soumis au rapport, et cela, sans qu'on ait à se préoccuper du point de savoir si la dette est ou non exigible, et si elle provient d'un contrat à titre onéreux (ce qui a toujours lieu puisqu'il s'agit *d'une dette*), ou d'avances désinté-

(1) *Suprà*, n° 87.

ressées. Ce que nos anciens maîtres et ce que les rédacteurs du Code ont voulu après eux, c'est qu'un héritier qui a touché *du comptant* provenant de la masse commune, fût tenu de l'y remettre au décès du père de famille, ou ce qui revient au même, de souffrir un prélèvement sur cette masse, afin que ses co-héritiers ne soient pas obligés de se contenter d'une espérance à la place d'une réalité, c'est-à-dire d'une créance qui quelque bonne qu'elle puisse être ne vaut jamais *du comptant* précompté sur la part héréditaire du débiteur. Puisque ce dernier a reçu *du comptant* dans le prêt que lui a fait le défunt, il faut bien pour rétablir l'égalité entre tous les héritiers au décès du père de famille, que chacun d'eux reçoive aussi *du comptant*. Or, ils ne recevraient pas *du comptant* si le rapport de la dette qui incombe à la charge du successible débiteur, n'entraînait pas avec lui *l'exigibilité immédiate*. Nos anciens n'ont jamais élevé l'ombre d'un doute à cet égard, et voilà pourquoi ils faisaient rapporter jusqu'au capital d'une rente perpétuelle, bien qu'en règle générale, cette espèce de dette ne soit rachetable que suivant la volonté de celui qui la doit (1). Or il est avoué et convenu que le Code n'a fait que consacrer en cette matière, ce qui se pratiquait avant la Révolution. Pourquoi donc abandonne-t-on aujourd'hui les

(1) *Suprà*, n° 87.

conséquences de la théorie de nos pères, au mépris de l'art. 829 qui l'a reproduite ?

Cela dit, nous passons à l'art. 853 et à l'art. 854 auxquels M. Demante et à sa suite M. Demolombe nous paraissent avoir donné *une interprétation d'expédient* afin de légitimer l'exception qu'ils prétendent en tirer dans le but de limiter la règle de l'art. 829 contrairement à son texte et à l'esprit de notre droit national sur l'égalité que nous voulons tous dans les partages de successions.

103. — *Cod. Nap., art.* 853-854. — Voici l'origine et la véritable pensée de ces art. 853 et 854 dont le second n'est que le corollaire du premier.

« Ils nous viennent des coutumes sous l'empire des-
« quelles les enfants en puissance paternelle, ainsi que
« les parents et autres personnes nourries et entrete-
« nues par gratuite affection, pitié et service, ne pou-
« vaient acquérir aucun droit de communauté avec
« pères ou autres personnes qui les nourrissaient, par
« quelque laps de temps qu'ils y demeuraient : *à moins*
« *qu'il n'y eût expresse convention sur ce faite* (1). »
C'est de cette exception au principe coutumier qui défendait les tacites sociétés entre père et fils que les rédacteurs du Code Napoléon ont tiré les articles que nous interprétons en ce moment.

(1) *Coutume de Troyes*, art. 102.

104. — Ceci demande une explication. Nous avons vu plus haut (1), *qu'en droit romain*, la puissance paternelle était si grande que les fils de famille *alieni juris* ne pouvaient rien acquérir en propre, et que tout ce qu'ils possédaient, appartenait *de plano* au *pater familias* en toute propriété, à l'exception toutefois des pécules *castrens et quasi-castrens*, à l'égard desquels ils étaient de véritables pères de famille, sauf le droit de tester en ce qui touche le pécule *quasi-castrens*, au moins jusqu'au VI^e^ siècle (2). Ce droit n'a jamais été complètement reçu en France, parce que la famille y avait une organisation différente de celle qui régissait la famille romaine : ce qui prouve bien que les rois francs n'ont jamais été les sujets de l'empire romain.

Toutefois, on discuta beaucoup au XV^e^ siècle la question de savoir, si quand un père avait donné de l'argent ou un pécule particulier à l'un de ses enfants habitant avec lui, le gain que ce dernier avait pu faire en exploitant son pécule par son travail et par son industrie ne devait pas au moins se partager entre eux par égales portions. Barthole tenait l'affirmative et son opinion paraît avoir longtemps occupé la place d'hon-

(1) *Suprà*, n° 1.

(2) Voy. M. DEMANGEAT, *Cours élémentaire du droit romain*, tom. I, pag. 598-599. Inst. Just., *De milit. testam.*, § 6.

neur (1). Suivant Balde, la question devait se résoudre d'après les circonstances, *arbitrio judicis, ex inspectæ qualitate personæ, et quantitate sortis*. Plus tard, on finit par voir que ni l'une ni l'autre de ces opinions ne pouvaient s'accommoder avec la constitution de la famille française, et on décida que le père nepourrait en aucun cas profiter *des pécules profectice et adventice* de son fils. Ce dernier système devint le droit commun des pays coutumiers et du midi de la France (2), c'est celui qui nous régit encore aujourd'hui, sauf l'usufruit légal accordé au père sur les biens de son enfant mineur par l'art. 384 du Code Napoléon.

105. — Cela dit, revenons à nos rapports. Comme il est facile de le voir par le texte de la coutume de Troyes précitée, la crainte des avantages indirects avait fait proscrire toute société ou communauté tacite entre le père et ses enfants. Dans les pays d'égalité jamais telle société ne pouvait se présumer et la preuve par témoins en était complètement prohibée (3).

Cependant nos ancêtres tout chatouilleux qu'ils étaient sur l'égalité parfaite qu'ils voulaient entre les

(1) Voy. GUY-COQUILLE sur *Nivernais. Titre des mariés*, art. 21 et ses *Questions*, chap. LXV.

(2) Voy. BACQUET, *des Droits de justice*, chap. XXI, n° 57, et toutes les autorités citées par LEGRAND sur l'art. 102 *de la coutume* de Troyes.

(3) LEGRAND, *loc. cit.*, n° 10.

enfants, n'entendirent pas pour cela mettre le père de famille et ses fils en dehors du droit commun et leur interdire la faculté de faire loyalement des sociétés entre eux. Seulement ils prirent des précautions pour qu'il n'en résultât pas des avantages indirects, toujours si faciles à masquer sous des apparences d'actes à titre onéreux et qui auraient été susceptibles de porter préjudice aux autres enfants non associés.

Ecoutons le commentateur de la coutume de Troyes. Il est le véritable père des art. 853 et 854 du Code Napoléon et si Toullier et même MM. Demante et Demolombe avaient étudié bien à fond les sources de ces articles, il est probable qu'ils ne leur auraient pas donné l'interprétation extensive qui les a conduits à y voir une disposition générale embrassant tous les actes à titre onéreux, susceptible de limiter l'article 829 en ce qui touche le rapport des dettes non échues au moment du décès (1).

« Toutefois, dit Legrand (2), si le fils a fait le trafic « tant en son nom qu'au nom de son père et si, en« suite, le père et le fils ont compté ensemblement de

(1) Ces savants jurisconsultes n'ont pas compris l'art. 854. « La loi, suivant eux, « aurait voulu dire *sans fraude aux dispositions légales qui règlent la ca« pacité de disposer ou de recevoir à titre gratuit et qui fixe la quotité « disponible.* » Ce n'est pas cela du tout. Ces mots *sans fraude* de l'article précité signifient, *sans préjudice pour les autres successibles, sans avantage indirect* au profit de l'associé. Le mot *fraude* se prenait souvent autrefois comme synonyme de *préjudice*.

(2) *Loc. cit.*, n° 11.

« l'achat et vente des marchandises dont la *preuve se*
« *justifie par écrit*, encore qu'en ce cas, la société soit
« expresse, le fils ne pourra prendre aucun droit en
« la communauté, mais il devra seulement participer
« *au gain et profit* de la négociation, quand bien même
« le fils n'aurait eu aucun pécule de son père, c'est-à-
« dire quand bien même le père n'aurait fait aucune
« avance à son fils pour le mettre à même de fournir
« sa part, et que, par conséquent, ce dernier n'aurait
« apporté dans la société que son labeur et son indus-
« trie suppléant à ce défaut.

« Et pourtant (remarquez la crainte qui préoccupe
« le savant auteur que nous citons) le tout devra être
« examiné par les juges pour empêcher les avantages
« indirects contre la prohibition de la coutume (on
« sait que les coutumes ne voulaient à aucun prix
« *d'enfant chéri*), lesquels avantages ne pourront pas
« être facilement présumés, si le fils a porté en la so-
« ciété des marchandises ou sommes de deniers ac-
« quises par son labeur et industrie ou qu'il aurait
« reçus par legs, donation ou autrement.

« De ce que dessus résulte que le père et le fils qui
« voudront s'associer ensemble pour assurer cette
« société, devront passer contrat d'association (l'acte
« authentique de l'art. 854) entre eux qui contiendra
« la part et portion que devra avoir le fils en société.
« Ce qu'étant, les autres frères ne pourront pas impu-

« gner ni débattre cette association pour dire que c'est « un avantage indirect que le père a voulu faire au « fils et que le dit fils est tenu d'en faire rapport, « venant à la succession de son père ; mais, au con- « traire, on devra dire que le fils pourra prendre, « par préciput, la part qui a été accordée entre son « père et lui par le contrat d'association, *comme lui* « *étant acquise de son chef et non par bénéfice ni dona-* « *tion de son père,* comme il a été jugé par arrêt du 26 « janvier 1558, rapporté par Charondas (1), ce qui s'en- « tend, cessant toute présomption de fraude et dessein « d'avantage indirect, ce qui se pourra juger par « les diverses circonstances et particularités (2). »

106. — Voilà le véritable sens des art. 853 et 854 qui auraient dû être confondus dans une même rédaction, car l'art. 854 n'est qu'un cas d'application de l'idée abstraite énoncée dans l'art. 853. Il résulte évidemment de là que le mot *profits* qui se lit dans l'art. 853 ne doit pas s'entendre extensivement, comme le fait M. Demolombe, *du bénéfice du terme* stipulé dans un prêt à titre onéreux, intervenu entre le père et le fils, mais uniquement des *profits éventuels* que ce dernier a pu réaliser *de son chef* par suite des conventions loyalement passées avec le défunt.

(1) *Réponses*, liv. IV, chap. LXXXXIII.

(2) LEGRAND, *loc. cit.*, nos 11 et 13. Voy. aussi CHOPIN, *Sur la coutume d'Anjou*, liv. III, chap. I, tit. IV, nomb. 5, et les arrêts cités par ces auteurs.

Mettons ce point en lumière en parcourant quelques hypothèses.

107. — *Première espèce.* — Un père de famille prête à l'un de ses enfants 20,000 fr. remboursables dans cinq ans avec intérêts à 5 pour cent, le fils emploie ces 20,000 fr. en acquisitions de valeurs industrielles et il a la chance de gagner 50,000 fr. avec les fonds qu'il a reçus de la masse. Le partage a lieu au décès du père de famille avant que la dette de l'emprunteur ne soit devenue exigible. *Quid juris?* le fils rapportera-t-il à ses co-héritiers les 50,000 fr. qu'il a gagnés? Evidemment *non*, parce que c'est un *profit* qui n'a pas diminué le patrimoine commun et que ce profit auquel personne ne pensait au moment du prêt est déclaré non rapportable par l'art. 853 du Code Napoléon. Mais il devra certainement, quoique en disent MM. Demante et Demolombe, le rapport des 20,000 fr. qui sont sortis de la caisse paternelle pour tomber dans ses mains. Il n'est pas un étranger, et dès lors, l'art. 829 lui est applicable. Il a reçu *du comptant* du patrimoine commun, il faut pour rétablir l'égalité entre tous les co-héritiers, que tous reçoivent aussi *du comptant*. *Un bon tiens vaut mieux que deux tu l'auras*. Les paysans de nos campagnes savent très-bien cela, et il n'y a pas moyen de leur faire accepter un partage dressé d'après la formule de M. Demolombe. Ils exigent toujours que celui d'entre eux qui

se trouve, au décès, débiteur envers la succession d'une dette exigible ou non exigible, précompte ce qu'il doit sur sa part héréditaire. Cette manière de procéder contente tout le monde. Chacun y trouve son affaire, *l'un* en se libérant sans bourse délier, et *les autres* en recevant du comptant à la place du comptant qu'a déboursé leur père. Pour le villageois, le partage de l'héritage paternel est une *liquidation du passé* et le point de départ d'une vie nouvelle dans la famille. Tous les comptes viennent s'y apurer (Cod. Nap., art. 828) et il n'y veut rien laisser en arrière, ce en quoi nous l'approuvons fort, car il n'est pas bon que des frères restent débiteurs les uns des autres. Il existe déjà et trop souvent il survient assez de causes de discordes entre eux sans que l'on vienne encore y ajouter celles qui résultent du système que nous combattons.

Il est vrai que M. Demolombe, qui sent parfaitement le côté faible de sa théorie, propose un expédient qu'il croit capable d'y remédier. Il autorise les créanciers du co-partageant débiteur à terme qu'il affranchit du rapport à exiger de ce dernier des garanties réelles pour assurer à l'échéance l'exécution de l'obligation contractée du vivant de l'auteur commun. Mais il n'y a qu'un malheur à cela, c'est qu'un créancier ne peut exiger des garanties nouvelles tant que la dette n'est pas échue et qu'il faudrait un texte de loi pour contraindre le co-partageant dont il s'agit à donner ces

garanties. Donc, l'expédient est inadmissible et par conséquent les co-héritiers créanciers sont à la merci de leur co-héritier débiteur, qui, après être venu à partage égal, peut du décès au terme fixé pour l'exigibilité, tomber en déconfiture et payer ses dettes étrangères avec le bien de ses frères et sœurs, quand il aurait été pourtant très-facile d'éviter une brouille de famille au moyen du rapport de l'art. 829 et du prélèvement qu'il autorise implicitement sur la masse partageable.

Ce que nous venons de dire nous suggère la réflexion suivante : Il y a dans l'air que nous respirons quelque chose qui nous étonne. Dans ces matières, c'est comme si le point de vue auquel se sont placés nos vieux coutumiers, en exigeant le rapport des dettes tout aussi bien que des donations, était trop élevé pour que nous puissions y atteindre. C'est en vain que les rédacteurs du Code se sont associés à leur pensée, lorsque, tout en modifiant les coutumes d'égalité, ils ont eu la très-heureuse idée d'en conserver les dispositions relatives au rapport dont il s'agit (art. 829-851). C'est en vain qu'ils en ont artistement combiné les règles si nécessaires au repos des familles avec le système des coutumes de préciput qu'une réaction violente contre les égalitaires impossibles de nivôse an II les avait forcés d'admettre dans leur ouvrage, contrairement à celui des coutumes de Paris et d'Orléans.

Peines perdues! La jurisprudence moderne s'obstine, en cette matière, à méconnaître les vues du législateur. Elle ne veut pas du *rapport des dettes* tel que nos pères nous l'ont transmis, et elle y substitue arbitrairement, malgré le texte formel de la loi, une théorie qui ne vaut pas son aînée. Espérons qu'un examen plus sérieux de la question ramènera un jour les esprits égarés dans les voies de la vérité et qu'un débat sérieux devant la chambre civile de la Cour suprême fera justice des erreurs que nous avons tenté de combattre. Le problème à résoudre est trop important pour ne pas mériter les honneurs d'une discussion contradictoire et jusqu'à présent le système nouveau n'invoque à son appui que des arrêts *de rejet de la chambre des requêtes*.

108. — *Deuxième espèce.* — Un père vend loyalement à l'un de ses fils un immeuble lui appartenant moyennant un juste prix de 10,000 fr. stipulé payable *une année après sa mort*. Le contrat réalisé, une gare de chemin de fer vient s'établir à proximité de l'immeuble acquis par le fils et lui donne du jour au lendemain une valeur de 50,000 fr. Dans le système de M. Demolombe, le fils ne doit rapporter ni ses 40,000 fr. de bénéfice, ce qui est bien évident; mais, ce qui l'est beaucoup moins, ni les 10,000 fr. du prix d'acquisition non encore soldé au décès du père de famille. Nous pensons au contraire que les 10,000 fr.

doivent être rapportés à la masse commune, suivant l'art. 829 qui veut que chaque co-héritier rapporte les sommes dont il est débiteur. Tout ce que l'acheteur dont il est ici question pourrait raisonnablement demander, c'est qu'on eût à lui faire raison de l'escompte de sa dette pendant un an à partir du décès (1). Nous n'accorderions pas même cet escompte si le père de famille n'y avait pas fixé le terme d'exigibilité à une époque précise après sa mort. Car le principe de l'égalité qui doit régner dans le partage exige que toutes les dettes rapportables deviennent immédiatement exigibles, parce que les autres co-héritiers ne pourraient, dans un système contraire, y recevoir qu'une créance à terme, c'est-à-dire une simple expectative à la place de la valeur réelle et actuelle qu'a reçue leur co-héritier débiteur de la succession.

109. — *Troisième espèce.* — Même décision pour le cas d'un échange avec soulte, et généralement pour tout ce qui peut être dû à l'hérédité par suite de convention loyalement intervenue entre le fils et le père. Il suffit pour que les co-héritiers puissent exiger le rapport et par conséquent l'imputation sur la part héréditaire du débiteur, qu'il soit sorti du patrimoine commun une valeur quelconque qui a donné naissance à une dette encore due au moment du décès. L'art. 829 ne

(1) VAZEILLE, art. 851, n° 11.

distingue pas, parce qu'il n'y avait pas à distinguer en ce qui concerne les dettes rapportables.

110. — *Quatrième espèce.* — Le père et le fils s'associent par acte authentique, ou par sous-seing privé dont l'un des originaux est déposé dans une étude de notaire avec reconnaissance des signatures. Ils se livrent ensuite à une industrie commune. Le père a prêté à son fils qui n'avait rien, une somme de 50,000 fr. afin de le mettre à même de fournir son apport social fixé par l'acte de société. Lors de la liquidation, les bénéfices se trouvent monter à 3,600,000 fr. (1). Le fils qui a eu la chance de s'associer avec le défunt, ne devra pas sans doute rapporter à ses co-héritiers les 1,800,000 fr. de bénéfices éventuels au moment du contrat, bien qu'ils aient été réalisés plus tard, mais il devra le rapport des 50,000 fr. qui sont passés même à titre onéreux, de la caisse patrimoniale commune dans la sienne et ses co-partageants pourront le contraindre judiciairement à les précompter sur sa part héréditaire, lors même que le terme d'exigibilité écrit dans l'acte de prêt ne serait pas encore échu, à l'ouverture de la succession.

111. — *Méthode.* — En voilà assez sur ces mots de l'art. 853, *il en est de même des profits,* etc.... dont la jurisprudence et certains auteurs ont fait un abus si

(1) Ce fait s'est passé dans les Ardennes à propos d'une entreprise de forges.

étrange dans le but avoué de réduire à presque rien, l'utilité du rapport des dettes, en dépit de l'histoire, et sans crainte de fausser le texte et l'esprit de l'art. 829 pour décider en définitive dans une formule d'imagination vaporeuse, *que le rapport des dettes est moins un rapport proprement dit qu'un paiement ordinaire* : ce qui est tout à fait contraire au véritable motif qui a fait introduire cette espèce particulière de rapport dans les pays coutumiers d'abord, et dans le Code Napoléon ensuite.

Nous passons maintenant à l'exception de la fin de l'art. 853 qui porte que, s'il résulte des conventions intervenues entre le défunt et ses successibles, un avantage indirect, cet avantage est sujet à rapport. Il faut rapprocher cette disposition exceptionnelle des mots *sans fraude* qu'on lit dans l'art. 854. Ces expressions n'expriment que la même pensée. On a voulu soumettre au rapport tous les avantages indirects. Il n'est pas permis de frauder la loi des rapports d'une manière quelconque. Cela résultait déjà de l'art. 843.

112. — *Premier exemple.* — Je vends à l'un de mes enfants moyennant 30,000 fr., une terre qui en vaut, *au moment du contrat,* 50,000. Il est indirectement avantagé de 20,000 fr. Donc quand viendra mon décès, il sera tenu de les précompter sur sa part héréditaire afin que l'égalité soit rétablie entre ses frères et lui.

Ces sortes de rapports se font quelquefois en nature.

C'est une question d'intention à résoudre d'après les circonstances.

113. — *Deuxième exemple.* — Je donne à bail à l'un de mes enfants une ferme moyennant un fermage annuel notablement inférieur à celui que j'en aurais tiré, si j'avais loué à un autre.

Dans ce cas encore, il y a avantage indirect rapportable suivant les art. 843 et 852. Il pourrait même y avoir lieu à résiliation suivant les circonstances (1).

Il est inutile de pousser plus loin les exemples d'avantages indirects. Ils peuvent varier à l'infini. Ces sortes de débats appartiennent à *l'arbitrium* du juge qui les résout suivant les particularités de chaque affaire (2).

114. — Reprenons toutefois, avant de quitter ces matières, deux questions qui s'agitent dans l'interprétation de la loi. Elles sont relatives aux sociétés dont parle l'art. 854.

1° Cet article exige comme condition indispensable

(1) Voy. DALLOZ, *Répert. V° Successions*, n° 1139. Voy. aussi VAZEILLE, art. 853, n° 3. DURANTON, tom. VII, n° 342. GRENIER, *Donation*, tom. II, n° 538. M. DEMOLOMBE, tom. IV, n° 397. DUCAURROY, BONNIER et ROUSTAIN, tom. II, n° 715. Angers, 29 janvier 1840. DEVILL., 1840, part. II, pag. 112. Lorsque des cas analogues à celui que nous citons se présentent, il faut bien apprécier les faits, pour voir si les conventions intervenues entre le père et son enfant n'ont pas eu pour but de donner à ce dernier des aliments, *sous forme d'annuités*. Car dans cette dernière hypothèse, il n'y aurait pas lieu à rapport aux termes de l'art. 852.

(2) Voy. une foule d'espèces rapportées par DALLOZ, *Répert. V° Success.*, n°s 1113 et suiv.

du *non rapport* des profits faits par un fils associé avec son père, que la société intervenue loyalement entre eux soit rédigée *par acte authentique*.

Il résulte de là que tous les bénéfices, provinssent-ils de son labeur et de son industrie, que le fils aurait procurés à une telle société non authentiquée, sont *rapportables,* lors même qu'il serait constant en fait que les choses de la négociation commune se seraient passées le plus loyalement du monde. Cette disposition nous vient, ainsi que nous l'avons dit, du droit coutumier. Toute société entre père et fils qui n'est pas rédigée par un acte authentique est *de plano* réputée frauduleuse en ce qui concerne la loi des rapports. Instruit par l'expérience, le législateur a craint les avantages indirects et déguisés sous des apparences de contrats à titre onéreux, et il a coupé court à toute discussion, en exigeant que l'association fût constatée par acte authentique. Cela était d'autant plus nécessaire que le contrat de société est par lui-même un acte très-compliqué que les parties sont le plus souvent incapables de bien dresser par elles-mêmes. Enfin, quand on fait un acte de cette importance, au grand jour, devant un notaire dont les lumières et les conseils ont le droit de se faire écouter et qui le garde en dépôt dans ses minutes, de manière qu'il ne sera pas au pouvoir des parties de le faire disparaître pour y en substituer un autre avec des attributions différentes,

eh bien ! c'est qu'on ne veut pas frauder les dispositions prohibitives de la loi sur les rapports. Cela donne des garanties que ne saurait produire un simple acte sous-seing privé, fût-il enregistré, transcrit et même publié conformément aux art. 42 et suivants du Code de commerce. Telle est du moins notre manière de voir qui est généralement suivie. De ce qui précède, nous concluons que les équipollents ne sont pas susceptibles d'être admis en pareille matière, et que par conséquent toute société entre le défunt et ses successibles donne lieu au rapport de tous les bénéfices quels qu'ils soient, toutes les fois qu'elle ne remplit pas les conditions exigées par l'art. 854, pour affranchir les associés du rapport (1). Voyons maintenant la seconde question.

115. — 2° L'art. 854 en parlant des associations intervenues loyalement entre le défunt et l'un de ses héritiers, ne fait aucune distinction en ce qui touche les diverses espèces de sociétés. Il est incontestable que sa disposition générale s'applique sans difficulté aux sociétés qui ont pour objet un négoce particulier déterminé par l'acte social. Ainsi il est hors de doute que les bénéfices ou profits retirés par le successible d'une

(1) Cass., 26 janvier 1842. DEVILL., 1842, I-114. Cass., 31 décembre 1855. DEVILL., 1857, I-200. Cass., 31 juillet 1855. DEVILL., 1855, I-731. Cass., 28 décembre 1858. *Gazette des Tribunaux* du 31 décembre 1858, et toutes les autorités citées par M. DEMOLOMBE pour et contre, tom. IV, n° 370.

telle opération, soit quelle ait eu lieu à l'aide d'une association en nom collectif, en commandite ou en participation, sont affranchis de la loi du rapport, si les bases de la société ont été réglées entre les parties contractantes par un acte authentique (art. 854). Doit-il en être de même quand il s'agit d'une société *universelle?* C'est une question très-débattue. Deux systèmes sont en présence sans celui que nous proposons.

116. — *Premier système.* — Les sociétés universelles doivent être vues avec défaveur, elles sont éminemment suspectes de leur nature, quand elles interviennent entre un père de famille et l'un de ses enfants. L'art. 1840 les répute toujours frauduleuses, lors même qu'elles auraient été constituées par des actes authentiques : d'où il résulte que les profits que le successible a pu retirer d'une telle association, ne sauraient, en aucun cas, être exemptés du rapport (1). Dans cette opinion, l'art. 1840 est une exception à la disposition de l'art. 854, en ce qu'il fait sortir les sociétés universelles du droit commun à tous les actes à

(1) Voy. DELVINCOURT, tom. III, pag. 220, note 2. TOULLIER, tom. IV, n° 477. BOILEUX, art. 1840. L'article dit : *Nulle société universelle ne peut avoir lieu.* Il ne dit pas qu'on pourra la considérer comme une donation valable au moins jusqu'à concurrence de la quotité disponible. Donc cette espèce de société *ne saurait exister entre personnes respectivement incapables de se donner ou de recevoir l'une de l'autre,* et même, *entre personnes qui ne peuvent s'avantager réciproquement que pour partie au préjudice d'autres individus.* Voy. M. DUVERGIER, *Traité de la société,* tom. I, n°s 118 et suiv. La question y est très-bien discutée à son point de vue.

titre onéreux qui peuvent intervenir entre un père et ses enfants.

117. — *Deuxième système.* — L'art. 1840 ne doit s'entendre d'une manière si cassante que lorsqu'un père fait une société universelle avec un fils incestueux ou adultérin (art. 762 et 908), un mineur avec son tuteur avant la reddition du compte de tutelle (art. 907), un agonisant avec son médecin spirituel ou temporel (art. 909). C'est ce qui est évident. L'incapacité de recevoir et de disposer, est absolue dans ces hypothèses.

Mais qu'il en soit de même à l'égard des personnes indiquées dans la disposition finale de l'art. 1840.... c'est ce qu'il est impossible d'admettre ; car elles ont le droit de donner et de recevoir, bien que ce droit soit restreint par la loi qui protège certains successibles contre des libéralités excessives. Dès lors, on ne voit pas pourquoi un enfant héritier à réserve ne pourrait pas entrer dans une société universelle intervenue loyalement entre son père et lui, sauf à examiner au décès la question de savoir si la société n'a pas renfermé des avantages indirects avec dispense implicite de rapport, auquel cas il serait fondé à conserver le profit social résultant en sa faveur de la liquidation de la société, jusqu'à concurrence de la quotité disponible.

On conclut de là : 1° Que si une société universelle a été loyalement établie par le défunt avec l'un de ses

frères, ou bien avec un cousin ou un parent plus éloigné qui se trouvent plus tard appelés à sa succession, l'associé n'aura rien à rapporter des bénéfices réalisés par la société quoique universelle : ces bénéfices ne provenant pas du patrimoine commun et l'art. 1840 n'ayant pas interdit cette espèce de société entre les personnes dont il s'agit, quoiqu'elles se trouvaient au moment du contrat respectivement présomptives héritières l'une de l'autre (Cod. Nap., art. 854) ;

2° Mais que cet art. 854 souffrira une limitation dans le cas où la société universelle sera intervenue entre un père et l'un de ses enfants, parce que l'art. 1840 en frappant de nullité les sociétés universelles contractées entre personnes incapables de se donner ou de recevoir l'une de l'autre, les autorise implicitement entre personnes capables de s'avantager plus ou moins, au préjudice d'autres personnes (1). Dans cette hypothèse, la société régulièrement constituée n'est point absolument nulle, comme au cas de la première partie de l'art. 1840, seulement les bénéfices qui en résultent pour celui des enfants qui a été associé, doivent être rapportés à ses co-héritiers en tant qu'ils excèdent *la quotité disponible*.

(1) Art. 913-919. Le premier système dit qu'elles sont *nulles* entre les héritiers à réserve, et que cela résulte de ces mots de l'art. 1840 : *et auxquelles il est défendu de s'avantager* (au-delà d'une certaine limite) *au préjudice d'autres personnes*.

On croit cette transaction possible, malgré le texte de l'art. 1840 que les adversaires invoquent dans leur système radical de nullité, et malgré l'argument qu'ils tirent de l'histoire de la colère des rédacteurs du Code contre les sociétés universelles (1).

C'est en entrant dans ces vues que la Cour suprême décide que lorsque une société universelle a existé entre un père et l'un de ses enfants, et que la nullité n'en est demandée qu'après sa dissolution, les juges peuvent en appréciant les clauses de l'acte de partage intervenu entre les associés, ne voir dans ce partage qu'une donation déguisée : laquelle ne doit recevoir son exécution que jusqu'à concurrence de la quotité disponible (2).

118. — Nous pensons que ni l'un ni l'autre de ces deux systèmes ne sauraient être admis dans les termes dont on se sert pour les exposer. Dans notre opinion, l'art. 1840 n'a jamais eu l'intention de limiter l'art. 854 en ce qui touche les sociétés universelles intervenues loyalement entre un père et ses enfants.

Voici nos raisons. Dès qu'on rejette avec le senti-

(1) Voy. dans ce sens, TROPLONG, *des Sociétés*, nºs 305 et suiv. DELAPORTE, *Pandectes françaises*, tom. VI, pag. 360. PERSIL fils, *des Sociétés de commerce*, pag. 22. ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, § 379, note 7. MOURLON, *Répét. écrites*, tom. III, pag. 273, § 3. DEMOLOMBE, *Success.*, tom IV, nº 374, et surtout une dissertation de M. MASSÉ rapportée sous l'arrêt de Cass. du 25 juin 1839. DEVILL., 1839, I-545.

(2) Voy. l'arrêt précité du 25 juin 1839.

ment le plus commun le système de nullité absolue, il faut aller à son extrême contraire, et déclarer valables les sociétés universelles contractées sans fraude à la loi des rapports par un père avec l'un ou plusieurs de ses enfants, comme si elles avaient été passées entre des étrangers, à moins que l'on ne nous montre un texte qui permette un système intermédiaire. Or, suivant nous, ce texte n'existe pas. Il n'existe pas ! cela est évident d'après l'aveu implicite des partisans du second système, puisqu'ils retranchent de l'art. 1840 la disposition finale : *et auxquelles il n'est point défendu de s'avantager au préjudice d'autres personnes*, comme n'étant qu'une redondance ou une phrase surabondante faisant double emploi avec la première partie de l'article, et qui n'a pas eu pour but d'établir une nouvelle prohibition ainsi qu'on le prétend à tort dans le premier système. Or, s'il en est ainsi, l'art. 1840 doit se lire de la manière suivante : *les sociétés universelles sont nulles lorsqu'elles interviennent entre personnes absolument incapables de se donner ou de recevoir l'une de l'autre*. Il suit de là qu'elles sont très-valables quand elles se font entre celles (par exemple un père et un fils), qui peuvent, ne serait-ce que pour une certaine quotité, s'avantager réciproquement (Cod. Nap., art. 913-919). Si elles sont valables, cessant toute présomption de fraude et dessein d'avantager indirect, il nous paraît évident que les bénéfices ou profits qui en résultent

ne sauraient en aucun cas être soumis au rapport (art. 854). Cependant les partisans du système généralement suivi ne veulent pas qu'il en soit ainsi, et ils font toujours rapporter les bénéfices partagés entre le père et l'enfant associé pour tout ce qui excède la quotité disponible. C'est en cela que nous nous écartons de leur opinion.

Pour légitimer le résultat final auquel ils veulent arriver, ils sont obligés de rétablir dans l'article 1840 la disposition finale qu'ils avaient naguère supprimée comme un pléonasme, dans leur conflit avec les partisans du premier système : ce qui nous paraît un tour de dialectique impossible. Leur manière de voir, quoiqu'elle soit souvent équitable, peut conduire à des iniquités révoltantes. Elle est arbitraire, et au fond elle ne repose sur rien de solide.

Pour faire mieux comprendre notre pensée et celle des partisans du second système que nous n'admettons que dans certaines hypothèses, prenons un exemple :

119. — Un laboureur a trois enfants. L'aîné qui a 25 ans a été institué légataire universel par un oncle ou un étranger, et il a recueilli dans la succession 100,000 francs de terres et de mobilier agricole. Son père possède à peu près la même fortune. Mais comme il sent ses forces décroître avec l'âge, et comme ses enfants plus jeunes sont encore trop faibles pour se livrer utilement à la culture, il s'associe avec son fils

aîné par un acte authentique régulier, et les deux associés mettent tous leurs biens en commun, en stipulant qu'après les prélèvements des mises respectives, ils se partageront par moitié les bénéfices de la société quand viendra la liquidation. L'association ainsi constituée dure dix ans. L'enfant associé a été, en fait, à raison de sa vigueur de corps et d'intelligence, le véritable chef de l'exploitation. Il l'a fait prospérer de 100,000 fr. On liquide. Eh bien! dans notre système qui ne voit dans l'art. 1840 aucune exception à l'article 854, ce fils industrieux qui aura augmenté la fortune de son père et par conséquent la masse partageable de 50,000 fr., n'aura rien à rapporter à ses frères des 50,000 fr. qui auront aussi formé sa part dans les bénéfices de l'entreprise. A quel titre pourrait-on l'obliger à les rapporter en tout ou en partie? Ils ne proviennent pas du patrimoine commun; ils ne l'ont diminué en aucune façon au préjudice de ses frères. Il n'a été en rien donataire de son père : donc il ne doit aucun rapport. Cela me paraît évident.

Cependant les partisans du système communément suivi, veulent qu'il rapporte quelque chose, c'est-à-dire la différence qui existe entre sa part des bénéfices et la quotité disponible fixée par les art. 913 et 919 : de sorte que, dans l'espèce, la succession se montant à 150,000 fr. et la quotité disponible étant du quart en présence des trois enfants, c'est-à-dire de 37,500 fr.,

l'aîné sera tenu de remettre à la masse partageable la différence de 37,500 à 50,000 fr. chiffre de ses profits sociaux, c'est-à-dire 12,500 fr. qui se partageront par tiers entre les trois co-partageants, quand cependant ces 12,500 fr. devraient lui être définitivement acquis à raison de son travail qui est la source la plus noble et la plus légitime de toutes les manières d'acquérir la propriété !... Je ne sais si je m'abuse, mais il me semble que le système que je combats est aussi contraire à la loi qu'à la raison. Pour admettre une exception aux dispositions générales de l'art. 854, il faudrait un texte bien autrement formel que l'art. 1840 interprété surtout comme le font les partisans du second système.

Au surplus, notre opinion résulte implicitement des observations très-judicieuses que Treilhard a faites sur l'art. 1840 à la séance du Conseil d'Etat du 14 nivôse an XII (1). « Ce que vous avez expressément dé-
« fendu, a-t-il dit, ce qu'on ne peut faire directement
« (c'est-à-dire lorsqu'il y a incapacité absolue pour les
« associés universels de se donner ou de recevoir l'un
« de l'autre) il serait inconséquent et dérisoire de le
« tolérer indirectement (il suppose avec raison, en
« pareils cas, que la prétendue société n'est qu'une do-
« nation indirecte déguisée sous la forme d'un acte à

(1) LOCRÉ, *Discussions*, tom. XIV, pag. 497, nos 11-12.

« titre onéreux). Il ne faut pas que sous des apparences « d'une société, on puisse éluder les dispositions qui « ont défendu de donner et que ce qui est illicite (il « entend parler des sociétés passées avec des enfants « incestueux ou adultérins, avec des prêtres ou des « médecins au cas des art. 762, 907, 908, 909) devienne « permis en déguisant sous des qualités d'associés celles « de donateurs ou de donataires. » Il est si vrai que ces paroles doivent s'entendre comme nous le faisons, qu'il ajoute : « *que ces incapacités ne sont pas nombreuses dans le Code* » : d'où nous concluons qu'il était bien loin de comprendre dans la disposition prohibitive de l'art. 1840 les pères et enfants réservataires parmi *les personnes incapables de se donner ou de recevoir,* puisqu'il leur est toujours permis de s'avantager réciproquement, au moins dans certaines limites, et que rien n'est plus commun que d'avoir des enfants légitimes.

Il nous semble résulter de ce qui précède que les associations loyalement faites entre un père de famille et l'un ou plusieurs de ses enfants ne sont pas, en principe, interdites par l'art. 1840 du Code Napoléon; que seulement, s'il est jugé en fait qu'elles ont eu pour but de déguiser des avantages indirects, ces avantages seront rapportables comme des libéralités (art. 843), soit pour le tout, s'il ne résulte pas de l'acte apprécié une dispense expresse de rapport, soit pour

l'excédant de la quotité disponible, si cette dispense existe réellement (art. 844).

Mais nous appellerions à notre secours toute l'énergie dont Dieu a pu nous douer pour combattre les auteurs du Code eux-mêmes, s'ils avaient réellement eu, dans l'art. 1840, la pensée que leur prêtent les partisans du système absolu de proscrire *par voie de répression préventive* les sociétés universelles loyalement intervenues entre un père et ses enfants avec l'intention de limiter les excellentes dispositions générales des art. 853 et 854. Dans cette hypothèse ils se seraient conduits comme des *cadis*, et nous n'hésiterions pas à leur adresser le reproche qu'ils auraient si bien mérité par leur *sic volo, sic jubeo, sit pro ratione voluntas!*. . . heureusement il n'en est rien, c'est bien plutôt aux interprètes qu'au législateur lui-même que nous devons nous en prendre des décisions qui peuvent choquer notre raison en cette matière.

120. — *Méthode.* — Cela dit sur les art. 843, 851, 853, 854 et 1840 du Code Napoléon, nous passons à l'art. 852 qui exempte du rapport : 1° les frais de nourriture; 2° d'entretien; 3° d'éducation; 4° d'apprentissage; 5° les frais ordinaires d'équipement; 6° ceux de noces; 7° les présents d'usage.

Cette disposition législative a, comme nous l'avons vu plus haut, son origine première dans le droit romain, elle a été acceptée sans difficulté dans le droit

coutumier pour ensuite être transplantée dans le Code Napoléon (1).

121. — A. — *Des frais de nourriture et d'entretien* (2). — Les époux contractent ensemble par le fait seul du mariage, l'obligation de nourrir, d'entretenir et d'élever leurs enfants (Cod. Nap., art. 203). On sent dès lors que quand les enfants viennent plus tard à la succession de leurs ascendants ils ne sauraient être tenus d'y rapporter les dépenses que les auteurs de leurs jours ont pu faire pour cet objet, puisqu'ils n'ont acquitté qu'une dette mise à leur charge par la loi naturelle et par la loi civile. On sait que tous les parents se doivent réciproquement des aliments en ligne directe (Cod. Nap., art. 205, 206 et 207).

Il n'en est pas de même en ce qui touche les lignes collatérales, et cependant l'art. 852, par sa disposition générale, exempte aussi du rapport les frais dont il s'agit lorsque la succession est déférée à des parents éloignés.

Cette disposition est venue de ce que, en imposant aux successibles, de quelques lignes qu'ils fussent, l'obligation du rapport qui ne s'appliquait autrefois

(1) Voy. coutume de Vermandois, art. 95. Orléans, art. 303 et 309. Reims, art. 322. Berry, tit. IX, art. 42. Anjou, art. 261. Tours, art. 304. Auxerre, 253, et à cet égard, les arrêtés de LAMOIGNON, *Des rapports*, art. 12. Cod. Nap., art. 852.

(2) Voy. DALLOZ, *V° Succes.*, n^os^ 1161 et suiv.

qu'en ligne directe, on a conservé peut-être par inadvertance le texte des anciennes coutumes sans faire attention que le nouveau système sollicitait une distinction à l'égard des collatéraux, envers lesquels le défunt n'était tenu d'aucune prestation d'aliments. Comme l'art. 852 est général, il faut s'y soumettre, et par conséquent, les frais de nourriture, d'entretien et d'éducation des collatéraux ne doivent pas être rapportés en principe plus que ceux concernant les parents des autres lignes. Ils se prennent ordinairement sur le revenu, et du rapprochement des art. 851 et 852, il semble résulter que ce qui se prend sur le capital doit être rapporté en général, tandis que ce qui provient seulement du revenu ne doit pas l'être (1).

Cependant il ne faut pas s'autoriser du texte de la loi pour aller contre sa pensée. Si un collatéral avait reçu des aliments moyennant un prix convenu ou une pension alimentaire que lui aurait faite le défunt, il n'est pas douteux qu'il en devrait le rapport (Cod. Nap., art. 829). Dans les autres cas, on supposera facilement qu'on a voulu gratifier, avec dispense de rapport, les parents de la ligne dont il est question, toutes les fois qu'on ne leur aura rien réclamé pour cet objet avant le décès du donateur.

(1) DUCAURROY, BONNIER et ROUSTAIN, tom. II, n° 714. DEMOLOMBE, n° 408-409. DEMANTE, tom. III, n° 188 *bis*, I. DURANTON, tom. VII, n° 355.

Quant aux frais d'entretien, ils ne sont pas en général plus rapportables que les frais de nourriture; mais s'ils étaient excessifs, eu égard à la condition et à la fortune du *de cujus*, on soutient qu'ils pourraient, d'après les circonstances, être considérés comme constituant *des avantages indirects* sujets à rapport aux termes de l'art. 843 du Code Napoléon. C'est ce qu'a jugé, en 1830, la cour de Nancy dans une espèce où des dépenses d'entretien considérables avaient été faites par le père de famille pour l'un de ses enfants majeur et qui avait reçu une dot lors de son mariage (1).

122. — B. — *Des frais d'éducation et d'apprentissage* (2). — *Les frais d'éducation et d'apprentissage* sont ceux qu'un père de famille tire de sa caisse pour mettre son fils à même d'exercer plus tard la profession à laquelle il est destiné, soit dans l'industrie ou le commerce, soit dans le barreau, soit dans les fonctions publiques. Ils se distinguent des frais d'établissement rapportables, suivant l'art. 851, en ce qu'ils ne font que préparer l'enfant à son état. Voilà pourquoi

(1) Nancy, 20 janvier 1830. DALLOZ, 1830, II-249. VAZEILLE, art. 852. DUCAURROY, *loc. cit.* CHABOT, art. 852, n° 3. ZACHARIÆ-MASSÉ et VERGÉ, tom. II, pag. 407. Cette opinion n'est pas sûre. C'est surtout à la nature de la dépense et à l'intention du défunt qu'il faut s'attacher pour résoudre ces sortes de questions. Voy. *infrà*, n° 123, et M. DEMOLOMBE, tom. IV, n^os^ 415 et suiv. *Success.* Voy. aussi DALLOZ, *Répert. V° Success.* n° 1163.

(2) DALLOZ, *V° Success.*, n^os^ 1169 et suiv.

ils ne sont pas soumis au rapport comme les dots ou les autres avancements d'hoirie qui ont lieu à l'occasion des mariages, des acquisitions de fonds de commerce et d'entrées dans les ordres sacrés ou dans les emplois conférés par le gouvernement. Il s'agit uniquement dans l'art. 852, des frais d'éducation au foyer domestique, dans les écoles primaires et secondaires et même dans les facultés, comme aussi de ceux nécessaires à l'obtention des différents diplômes que l'université délivre aux bacheliers, aux licenciés et aux docteurs en droit et en médecine (1). Il faut y comprendre l'achat des livres classiques indispensables pour suivre utilement les cours et ne pas confondre cet achat peu coûteux avec l'acquisition d'une véritable bibliothèque indispensable, soit à un avocat, soit à un médecin. Le prix en serait rapportable. C'était autrefois une question controversée entre les docteurs qui faisaient une distinction entre les impenses

(1) POTHIER, sur l'art. 309 de la *coutume d'Orléans*, n° 2, faisait rapporter les frais de *doctorat* et ceux de *maîtrise*, comme avancés pour l'établissement de l'enfant. Voy. aussi DELVINCOURT, tom. II, pag. 119. Cette distinction ne saurait être admise aujourd'hui. Toutes ces dépenses sont de même nature. Elles constituent les *frais d'éducation et d'apprentissage* nécessaires ou au moins très-utiles pour l'exercice de l'état, sans toutefois faire partie des frais d'établissement proprement dit. Voy. BUGNET sur POTHIER, *Traité des success.*, chap. IV, art. 11, § 3. MERLIN, *Répert.*, *V° Rapport*, § 4, art. 2, n° 2. CHABOT, art. 851, n° 1. TOULLIER, tom. IV, n° 481. MALPEL, n° 271. DURANTON, tom. VII, n° 360. GRENIER, *Donat.*, tom. II, n° 540. DEMANTE, tom. III, n° 188 *bis*. DEMOLOMBE, tom. IV, n° 425, *Success.* DALLOZ, *loc. cit.* numéros 1170-1171.

quæ extant et celles *quæ non amplius extant*. Aujourd'hui, ni les livres classiques, ni les armes, ni les chevaux ne doivent être imputés sur la légitime (1), à moins de circonstances exceptionnelles sans lesquelles on ne saurait les considérer comme dépenses *ordinaires*.

123. — *Quid,* si les frais d'éducation et d'apprentissage sont excessifs? Les interprètes du Code Napoléon ont émis sur ce point plusieurs systèmes. Chabot enseigne avec Lebrun que si les dépenses ont été au delà des justes bornes eu égard à la fortune du *de cujus*, l'excédant est sujet à rapport (2). Toullier rejette toute distinction et il décide qu'on n'a pas à rechercher si les frais d'éducation ont été proportionnés à la position pécuniaire de celui qui les a faits. Suivant lui la théorie de Chabot, si elle était suivie, donnerait lieu à des contestations sans fin. Toutefois il adhère au rapport des dépenses dont il s'agit si elles dépassaient la quotité disponible (3).

M. Duranton pense qu'il faut tenir compte du résultat qu'elles ont pu avoir pour l'enfant. Il reproduit, sous le Code, au fond des choses, la doctrine de nos anciens sur les impenses *quæ extant* et sur celles *quæ*

(1) Voy. LEGRAND sur Troyes, art. 142, glose 2.

(2) CHABOT, art. 852, n° 3. LEBRUN est peu décisif, liv. III, chap. IV, § 3, n° 51. L. 47, ff. *De donat. inter vir. et uxor*,, et L. 20, § 1. Cod. *De collat.*

(3) TOULLIER, tom. IV, n° 478.

ampliùs non extant. Si les frais excessifs n'ont abouti à rien : ce qui arrive le plus souvent en pareil cas, il n'y a pas lieu de les rapporter, *secùs* dans l'hypothèse contraire (1). D'après Grenier, la question doit se décider suivant les circonstances (2). Il faut avoir égard aux mentions de répétitions qui pourraient se trouver inscrites sur les registres du défunt (3). Malpel admet le rapport dans le cas où l'enfant majeur aurait consenti que les dépenses fussent faites pour lui (4).

Nous pensons que toutes ces distinctions qu'on ne voit nulle part dans la loi sont susceptibles de donner lieu à des difficultés inextricables dans l'application, et qu'en présence du texte de l'art. 852, il n'y a pas lieu au rapport des dépenses même excessives, lorsqu'il est constant en fait qu'elles ont eu pour objet l'éducation et l'apprentissage du successible. Le mot *ordinaires* qu'on lit dans la disposition relative aux

(1) Duranton, tom. VII, n° 357. Coquille, *Question 168*, n'exempte ces frais du rapport qu'autant qu'ils avaient été modérés et selon les facultés du père : « car, dit-il, si le père, étant de moyennes facultés, voyant son fils de « bon et aigu entendement pour les sciences, si par force de l'avancer et four- « nisse pour lui de si grands frais que son revenu ne puisse porter, sans dimi- « nuer grandement son bien, je crois que cet enfant qui aura fait cette grande « dépense sera tenu de rapporter ou préeompter ce qu'il a dépensé plus que vrai- « semblablement les facultés ne portaient. » Cela est très-raisonnable, mais l'art. 852 ne distingue pas.

(2) Voy. Dalloz, *V° Success.*, n° 1172.

(3) Grenier, *Donat.*, tom. II, n° 540.

(4) *Traité des Success.*, n° 271.

frais d'équipement, ne s'applique pas textuellement aux autres frais dont il est parlé au commencement de l'article.

Or, il nous semble qu'il ne doit pas dépendre d'un père de famille de dévorer ainsi à l'avance la part héréditaire de l'un de ses enfants. La vanité, la légèreté, les fausses combinaisons, les mauvais calculs sont les causes ordinaires des excès dont il s'agit. La position d'un fils à l'égard de son père, aux ordres duquel il ne lui est pas permis de résister, ne lui laisse pas l'indépendance nécessaire pour juger sainement et librement du plus ou du moins d'opportunité et d'utilité de ce qu'il convient de faire ou de ne pas faire. Si l'éducation et l'apprentissage terminés, le père croit qu'en bonne justice l'enfant a été avantagé outre mesure et qu'il doit rapporter quelque chose pour cet objet à ses co-héritiers, rien ne l'empêche de donner ou de léguer par préciput à ces derniers la somme qu'il juge convenable au rétablissement de l'égalité. Mais nous ne pensons pas que les tribunaux en l'absence de dispositions émanées du défunt, puissent se jeter dans les distinctions subtiles que nos jurisconsultes ont proposées en cette matière. Dès que la loi a posé un principe, il faut s'y conformer. C'est le seul moyen de couper court à l'arbitraire (1).

(1) Voy. VAZEILLE, art. 852, n° 6. DEMOLOMBE, tom. IV, n° 416. *Success.*

Est-il constant en fait que les dépenses ont eu lieu de la part du chef de famille avec l'intention *d'en répéter le montant?* Dans cette hypothèse, il y a lieu à rapport puisque l'avance ne s'est faite que *credendi causâ*. Résulte-t-il au contraire des circonstances que le défunt a agi *cum animo donandi?* L'art. 852 est alors applicable et par conséquent les dépenses dont il s'agit sont exemptées du rapport. C'est toujours la nature elle-même des dépenses qu'il faut considérer avant tout, pour décider la question de savoir si elles sont ou non rapportables (art. 851-852) (1).

Le plus souvent, ce qui se prend sur le revenu est affranchi du rapport, mais il ne faut pas entendre cette règle d'une manière absolue. C'est ainsi que les frais dont parle l'art. 852 ne seraient pas assujettis au rapport, quoique le père de famille, faute de revenus suffisants, les aurait pris sur son capital, et réciproquement que les dépenses dont s'occupe l'art. 851 seraient rapportables malgré la preuve que l'on pourrait administrer qu'elles n'auraient été prises que sur les revenus. Nous le répétons, c'est *la nature* de la dépense qu'il faut voir en cette matière (2).

(1) Voy. DEMANTE, tom. III, n° 188 *bis*, I.

(2) Voy. M. MOURLON, *Rép. écrites*, tom. II, pag. 155 et suiv. où il reproduit l'enseignement de M. VALETTE. Toulouse, 20 novembre 1863. DEVILL., 1864, II-7, et la note.

124. — C. — *Des frais d'équipement.* — Il faut entendre par là, les frais que le défunt a faits pour équiper l'un ou plusieurs de ses successibles qui ont embrassé l'état militaire (1). Remarquons que la loi ajoute ici au mot *frais,* le mot *ordinaires* qu'on ne lit pas dans les autres dispositions de l'article qui nous occupe. Si la dépense était excessive, eu égard aux facultés du défunt, l'excédant de l'ordinaire serait rapportable. Ainsi un successible qui entre au service, ne doit pas rapporter à ses co-héritiers ce que son père ou ses parents dont il hérite plus tard, lui ont donné pour son équipement militaire, c'est-à-dire son uniforme suivant son grade, ses armes, ses chevaux, etc...; mais les objets de luxe seraient rapportables (2).

125. — D. — *Des frais de noces.* — Ce sont ceux occasionnés par les repas et les festins que l'on donne à l'occasion des mariages. Ils sont dispensés du rapport. Il n'en reste rien à l'héritier. *Quand ça est passé, disent les villageois, ça n'a plus de goût.* Le successible

(1) Ceux de remplacement au service sont rapportables suivant l'art. 851 ; car le père de famille en payant le prix du remplacement acquitte une dette personnelle à son fils. Toutefois, s'il est constant en fait que le père a remplacé son fils dans son propre intérêt, par exemple parce qu'il était nécessaire à son exploitation ou à son commerce, comme dans cette hypothèse, le remplacement est plutôt l'affaire du père de famille que l'affaire du fils, il n'y a pas lieu à rapport. Voy. M. DEMOLOMBE, tom. IV, n° 350. ZACHARIÆ-MASSÉ et VERGÉ, tom. II, pag. 402.

(2) Voy. DALLOZ, *loc. cit.*, n° 1173.

n'en profite pas, disait Coquille (1), *sinon depuis le dîner jusqu'au souper*.

Il ne faut pas confondre les frais dont il s'agit, avec les frais de trousseau : lesquels font partie des apports de l'époux ou de l'épouse. Ils sont rapportables avec la dot dont ils sont *un appendice* (2).

126. — E. — *Des présents d'usage*. — Les présents dont il est ici question, sont ceux que l'on se fait en famille. *Petits cadeaux entretiennent l'amitié*. Il faut, dit M. Ducaurroy (3), les considérer comme l'acquittement d'un devoir imparfait qu'on ne pourrait négliger sans blesser les convenances. Sont assimilables aux présents d'usage, les étrennes, les épingles ou pots de vin qu'un père donnerait ou stipulerait en faveur d'un enfant en faisant un marché avec un tiers. Les frais du contrat de mariage ne sont ni *frais de noces*, ni *présents d'usage*. Ils sont donc rapportables (4).

127. — F. — *Du rapport des fruits (art. 856)*. — Dans le système des rapports du Code Napoléon, tout ce qui est sorti à titre gratuit du patrimoine commun au profit d'un successible, doit y rentrer au décès du donateur, afin que l'égalité existe entre tous les co-parta-

(1) *Questions*, n° 168 précité.

(2) POTHIER, *Coutume d'Orléans*, art. 309.

(3) Tom. II, n° 714.

(4) Voy. M. DEMOLOMBE, *Successions*, tom. IV, n°s 430 et suiv.

geants (art. 843). Mais on a toujours senti la nécessité de tempérer les applications de cette règle, par des exceptions commandées par la nature des choses. Nous venons de voir en commentant l'art. 852 que les frais de nourriture, d'entretien, d'éducation, d'équipement militaire, de noces, et présents d'usage, sont exemptés du rapport. Une autre limitation à la règle ressort de l'art. 856. Fallait-il soumettre au principe général de l'art. 843, les fruits et les intérêts des choses données par le père de famille, en avancement d'hoirie, comme constituant des avantages indirects, ou bien au contraire, ne fallait-il pas les en affranchir? Voilà la question dont le législateur s'est occupé dans l'art. 856 du Code Napoléon. Fidèle aux traditions du passé, il s'est prononcé avec raison en faveur du premier système. C'est qu'en effet, les fruits perçus ou acquis avant le décès du *de cujus* ne doivent pas se rapporter soit que l'on considère l'intention de celui qui les donne ou de celui qui les reçoit. Ils n'ont été donnés par l'un, à supposer même qu'ils lui aient appartenu, comme des accessoires futurs de sa chose, et n'ont été acceptés par l'autre que pour satisfaire aux besoins journaliers de la vie du donataire. Or le but des parties serait complètement manqué, si les profits de la jouissance étaient soumis au rapport. L'accumulation des annuités finirait par faire de la donation un contrat très-onéreux qui avec le temps deviendrait une

cause de ruine pour le successible que le défunt aurait pourtant voulu avantager, soit en vue d'un établissement, soit pour tout autre motif. Voilà la véritable pensée de l'art. 856 qui n'est au fond que la conséquence de celle exprimée dans l'art. 852.

Ainsi dans notre législation les fruits naturels et civils antérieurs au décès, sont dispensés du rapport (1).

Cela posé, parcourons quelques-unes des hypothèses dans lesquelles l'article dont il s'agit reçoit son application.

128. — *Première espèce.* — Un père a deux enfants. Il donne à l'aîné un immeuble valant 40,000 fr. qui est loué pour 1,000 fr. de fermage annuel ; et au plus jeune, une somme de 40,000 fr. placés sur hypothèque qui produit chaque année 2,000 fr. d'intérêts. Ni l'un ni l'autre n'est tenu du rapport des fruits, bien qu'en apparence, il y ait une inégalité choquante entre les deux frères, en ce qui touche les revenus annuels. Cette décision est l'application directe de l'art. 856.

129. — Mais est-elle admissible pour le temps intermédiaire qui s'écoule du décès au partage ?

Non. Car, suivant notre article, les fruits perçus ou dus *depuis le décès* du donateur se réunissent de plein droit à la masse partageable, d'après la règle *fructus*

(1) Voy. sur cette matière *le Répertoire* de DALLOZ, *V° Successions*, n°s 1219 et suiv.

augent hæreditatem qui n'est pas modifiée en ce qui touche la matière que nous traitons en ce moment. Si donc il s'est écoulé dix ans, par exemple, entre le décès et le partage de la succession, l'aîné sera tenu d'y rapporter 10,000 fr., tandis que le plus jeune devra compter en moins prenant (art. 868) d'une somme de 20,000 fr. Cela ne paraît pas juste. Mais rien n'empêche les co-partageants, lorsqu'ils voient que la liquidation est susceptible de traîner en longueur, de convenir que les deux rapports se feront *en moins prenant* au moment de l'ouverture de la succession et que les fruits de l'immeuble se compenseront avec les intérêts de la somme rapportable. « L'art. 856 n'im-
« pose pas, d'ailleurs, aux juges une règle absolue sur
« le mode à suivre pour la liquidation des fruits et des
« intérêts et il leur laisse la faculté de régler cette
« liquidation d'après les circonstances, pourvu qu'ils
« se conforment au principe fondamental, en cette
« matière, de l'égalité entre les co-partageants : » d'où il suit que, pour éviter des inégalités, la justice peut quelquefois ordonner que la compensation des valeurs rapportables se fera *en capital au jour du décès*, au lieu de se faire à la clôture du partage (1).

Lorsqu'on se trouve dans le cas de l'art. 859, et que

(1) Cass., 19 juin 1852. DEVILL., I-271, et Cass., 24 février 1852. DALLOZ, 1852, I-45. DEMOLOMBE, *Success.*, tom. IV, n° 451 *bis*.

le rapport est exigé en nature relativement à l'immeuble donné qu'on suppose n'être pas sorti des mains du donataire, il n'y a pas moyen de recourir à l'expédient ingénieux que la Cour permet à ses justiciables, et il y a nécessité d'appliquer purement et simplement l'art. 856 précité; mais dans l'espèce qu'elle a eu à juger, nous pensons qu'elle s'est conformée au véritable esprit de notre législation sur les rapports.

130. — *Deuxième espèce. — Le défunt n'a pas donné à son héritier présomptif un capital productif de fruits naturels ou civils.*

Dans cette hypothèse, il est bien évident qu'il n'est dû aucun rapport de fruits ou d'intérêts. Si la chose ne produit pas de fruits, c'est tant pis pour la succession. L'art. 856 suppose que la chose est *frugifère* (1).

131. — *Troisième espèce. — La donation a pour objet une succession de fruits, sans capital, et le donataire n'a pas été dispensé du rapport.*

Dans ce cas, tous les fruits sont rapportables en principe. Ce n'est pas l'hypothèse prévue par l'article qui nous occupe, c'est une libéralité directe qui rentre dans la règle générale de l'art. 843.

Exemple : Je donne à l'un de mes enfants une somme de 1,000 fr. par an à toucher de l'un de mes fermiers, *pour lui servir de dot*. Il n'est pas douteux

(1) DEMANTE, tom. III, n° 188 *bis*, 1. DEMOLOMBE, tom. IV, n° 450.

que dans cette hypothèse le donataire est tenu de rapporter à ma succession toutes les annuités qu'il aura pu recevoir *à titre d'avancement d'hoirie*. C'est moins des fruits qu'un capital qu'il reçoit à des termes périodiques.

Mais s'il apparaissait des circonstances de la cause et de la nature de l'opération intervenue entre le père et le fils, que ce don n'a été fait à ce dernier que pour lui fournir des entretiens ou des aliments, des frais d'éducation ou autres dispensés du rapport suivant l'art. 852, les annuités dont il s'agit ne seraient point rapportables. C'est ce qui a lieu le plus souvent en pareil cas (1).

132. — *Quatrième espèce.* — *La donation ne porte que sur un droit d'usufruit ou sur une rente viagère ou perpétuelle.*

Dans cette hypothèse, ce n'est pas une succession de fruits ou d'arrérages qui est donnée par avancement

(1) Je marie mon fils aîné avec 100,000 fr. de dot. Quand il s'agit de marier le plus jeune, je n'ai pas de capitaux, et je lui donne pour l'égaliser avec son frère au point de vue des revenus, 5,000 fr. de rente par an. Dira-t-on que l'aîné conservera pour lui les intérêts de ses 100,000 fr. et que le plus jeune parce que son père n'aura pu lui en donner autant, sera tenu de précompter sur sa part héréditaire les 100,000 fr. qu'il aura reçus par annuités de 5,000 fr. pendant vingt ans, alors qu'ils lui ont été donnés pour subvenir aux besoins de sa maison, et qu'il ne lui en reste rien à l'ouverture de la succession? Non, évidemment, malgré le texte de l'art. 856, mais suivant son esprit qui est plus clair que *la lettre* judaïquement interprétée (Voy. M. DEMOLOMBE, tom. IV, n° 438, 3°, et les autorités qu'il cite. Voy. aussi DALLOZ, *V° citat.*, n°s 1223, 1224, 1225).

d'hoirie, c'est *un droit d'usufruit ou une rente*. Dès lors, l'art. 856 est applicable, puisque la chose est *frugifère*. En conséquence, le successible n'est pas tenu de rapporter les fruits qu'il a perçus en vertu *de son droit d'usufruit* avant l'ouverture de la succession (arg. de l'art. 1568).

Même décision pour le cas d'une donation de *rente viagère ou perpétuelle* (art. 588) due par un tiers ou par le défunt lui-même. Les arrérages antérieurs au décès ne sont pas rapportables (1), mais il va de soi que ceux postérieurs font partie de la masse à distribuer (art. 856).

133. — *Code Napoléon*, *art.* 855-859 (2). — Suivant l'art. 859 du Code Napoléon, le rapport peut être exigé *en nature* toutes les fois qu'il s'agit d'immeubles qui n'ont pas été aliénés par le donataire et qu'il n'en existe pas dans la succession d'autres de même nature, valeur et bonté, dont on puisse former des lots à peu près égaux pour les autres co-héritiers. Il résulte de là que l'héritier donataire d'un immeuble dont le rapport est dû au moment où son obligation devient exi-

(1) DEMANTE, tom. III, n° 191 *bis*, I. DEMOLOMBE, tom. IV, n°s 441-444.

(2) *Sources*, L. 2, § 2, ff. *De collat.* L. 40, § 1, ff. *De condict. indebiti.* L. 58, ff. *De legat.* 1°. L. 22, § 3, ff. *Ad senat. consul. Trebellianum.* POTHIER, *Success.*, chap. IV, art. 2, § 7. *Cout. d'Orléans, Introd. au titre* XVII, n° 91. Orléans, art. 306. Paris, art. 305. Reims, art. 317. Sens, art. 268. Auxerre, art. 251-252.

gible, est *débiteur d'un corps certain* et non pas de la valeur de l'immeuble. Or, comme aux termes de l'article 1302, le débiteur d'un corps certain se trouve libéré lorsque l'objet de son obligation périt par cas fortuit, *sans sa faute*, la loi a dû faire application de ce principe à la matière des rapports : de là l'art. 855 qui le reproduit *au titre des successions*. *En droit romain* comme chez nous, la perte de la chose arrivée depuis le décès, sans la faute de l'émancipé donataire, *si modo non ipsius culpâ is casus intervenerit* (1), libérait le successible du rapport. Si les textes ne parlent que de la perte survenue après le décès, c'est parce que avant cette époque l'obligation de rapporter, conditionnelle de sa nature, n'est pas encore réalisée, et que par conséquent il n'y a pas de débiteur de corps certain : d'où il suit qu'on n'a pas à s'occuper de la libération d'une dette qui n'existe pas encore. Ainsi l'immeuble sorti du patrimoine commun est aux risques et périls de la succession comme s'il y était resté. La masse profite des améliorations comme elle supporte les détériorations *accidentelles*.

Au cas de faute ou négligence de la part du donataire, les risques demeurent à sa charge (art. 1302 et 863), d'où il suit que dans cette hypothèse, l'obliga-

(1) Inst. Just., *Quib. mod. re contrat. obligat.*, § 2. L. 2 précitée, ff. *De collat.* Cod. Nap., art. 1807.

tion qui pèse sur lui ne serait pas éteinte (art. 1807) et que, par conséquent, il y aurait lieu à rapport.

134. — *Quid,* si l'immeuble a péri par cas fortuit après l'aliénation qu'en a faite l'héritier mais avant le décès du donateur?

Il semble qu'au cas d'aliénation, le rapport, *s'il est dû*, ne se faisant qu'en moins prenant, suivant l'article 859, les risques sont à la charge de l'héritier, puisque son obligation qui consistait en une dette d'un corps certain, s'est transformée d'après la loi en une dette de *quantité,* et que par conséquent l'art. 1302 cesserait d'être applicable. Mais l'art. 855 est conçu en termes absolus; il ne fait aucune distinction pour le cas où l'immeuble est sorti des mains du donataire, et dès lors l'héritier est libéré, soit que l'immeuble ait péri dans ses mains ou dans celles de son acheteur. D'ailleurs comme nous l'avons déjà noté, l'obligation du rapport ne se réalise *qu'au décès du donateur*, d'où il suit que si la perte par cas fortuit s'est produite avant l'ouverture de la succession, elle n'a pu changer d'objet et se transformer en une dette de quantité puisqu'elle n'existait pas encore et que par l'événement fortuit, elle se trouve n'avoir jamais existé (1).

(1) DUCAURROY, BONNIER et ROUSTAIN, tom. II, n° 718. Le point que nous venons de toucher n'a d'intérêt que dans l'opinion de ceux qui pensent que l'héritier doit rapporter *le prix* ou *la valeur* de l'immeuble incendié fortuitement après l'aliénation qu'il en a faite. VAZEILLE, art. 855, n° 5. BELOST-JOLIMONT

135. — L'art. 1733 qui met à la charge du locataire les conséquences de l'incendie de la maison qu'il tient à bail, s'il ne prouve pas que le sinistre est arrivé par cas fortuit, ou force majeure, ou par vice de construction, n'est pas applicable *en matière de rapports*, bien que plusieurs jurisconsultes prétendent le contraire dans le cas où le successible habite lui-même les bâtiments qui lui ont été donnés en avancement d'hoirie (1). Mais cette opinion doit être rejetée parce que la présomption de l'art. 1733 est une disposition *exorbitante* du droit commun qui ne saurait s'étendre au delà du cercle qui lui a été tracé. L'héritier qui est propriétaire sous condition résolutoire ne peut être assimilé à un locataire (Cod. Nap., art. 1350, 865), et l'art. 1733 n'a eu pour objet que de régler les relations du preneur avec son bailleur (2).

136. — L'indemnité que l'héritier aurait reçue d'une compagnie d'assurances contre l'incendie en compensation des primes portées dans une police qu'il aurait souscrite, n'étant qu'un équivalent des chances qu'il aurait courues de les payer si l'immeuble n'avait pas été incendié, n'est pas plus rapportable que le

sur CHABOT, art. 855, obs. 2. Mais cette manière de voir n'est rien moins que sûre en présence de l'art. 860 et de l'art. 855 dont les termes sont absolus en faveur de la dispense du rapport.

(1) CHABOT, art. 855, n° 2. DURANTON, tom. VII, n° 393.

(2) Voy. M. DEMOLOMBE, tom. IV, n° 489, *Success.*

prix de l'immeuble qu'il aurait vendu et qui aurait péri dans les mains d'un acheteur. « C'est un profit « qui lui vient de sa bonne fortune. Ce n'est pas un « avantage qu'il ait aux dépens de la succession du « défunt qui ne lui a donné que l'héritage, lequel ne « se trouverait plus dans la succession, quand même « il ne lui aurait pas été donné (1). »

Mais il en serait autrement si la police avait été souscrite par le défunt avant la donation. Car alors le droit éventuel à l'indemnité qu'il aurait acquis, devrait être rapporté comme faisant partie de l'avancement d'hoirie accepté par le donataire, et par conséquent ce dernier devrait remettre à la masse les sommes qu'il aurait touchées de la compagnie dans le temps intermédiaire. Il ne serait pas même fondé, dans cette hypothèse, à réclamer de ses co-héritiers les primes annuelles qu'il aurait pu payer depuis le jour de la donation jusqu'au règlement du sinistre, parce que ce qui se paie à la compagnie d'assurances est une dépense qui, comme les contributions et les frais d'entretien ou de conservation, se prend sur les fruits non rapportables, plutôt que sur le fonds sorti du patrimoine commun.

137. — L'art. 855 qui n'affranchit le successible du rapport qu'autant que la perte fortuite de l'immeuble

(3) POTHIER, *Success.*, chap. IV, art. 2, § 7, et *Introd. au titre* XVII *de la cout. d'Orléans*, n° 92.

donné est arrivée *sans sa faute,* doit-il s'entendre à la lettre, de telle sorte qu'il ne répondrait pas *d'une faute* qui ne lui serait pas *personnelle?*

Non. C'est ce qui résulte des art. 863 et 1245. Le mot *faute* est pris dans l'art. 855 *lato sensu*, et il comprend non-seulement la *faute proprement dite*, mais encore la négligence et même le *simple fait* d'un enfant dont le père serait responsable. Suivant les articles 1042 et 1302, le débiteur ne peut se libérer par *son simple fait*. C'est ainsi que l'entendait Pothier dont les auteurs du Code ont reproduit la théorie en cette matière (1).

138. — *Méthode.* — Après avoir vu : 1° *ce que c'est que le rapport à succession;* 2° *par qui il est dû;* 3° *à quelle succession il se fait;* 4° *quelles sont les personnes qui ont le droit de l'exiger;* 5° *et de quoi il est dû,* nous avons pour terminer notre travail sur cette institution importante, à rechercher *comment il se fait, et quels sont ses effets.*

SECTION V.

Comment se fait le rapport et quels sont ses effets.

139. — *Division du sujet.* — « Le rapport se fait *en nature* ou *en moins prenant.* » Tel est le principe

(1) POTHIER, *Success.*, chap. IV, art. 2, § 7. DUCAURROY, BONNIER et ROUSTAIN, tom. II, n° 730. DEMOLOMBE, tom. IV, n° 488 *bis*, *loc. cit.*

général qui domine cette matière et que les auteurs du Code ont emprunté aux législations anciennes pour le reproduire dans leur art. 858 (1).

Dans un *premier* paragraphe, nous nous occuperons du rapport *en nature;* dans un *second*, du rapport en *moins prenant*, et dans un *troisième*, des effets du rapport.

§ 1er.

DU RAPPORT EN NATURE.

SOMMAIRE.

140. — Notion du rapport en nature.

141. — Cette espèce de rapport ne s'applique qu'aux immeubles.

142. — Pourquoi.

143. — Application du principe.

144. — Que décider si la chose a été conservée, améliorée ou détériorée par le fait du successible?

145. — La créance du donataire contre ses co-héritiers est garantie par le droit de rétention.

---

(1) *Sources*. L. 1, § 12, ff. *De collat. bonor*. L. 5, au Code, *De collat. Novelle 97*, chap. VI. Paris, art. 304. « *Les enfants doivent rapporter ce qui « leur a été donné ou moins prendre.* » Orléans, art. 306. POTHIER, *Success.* chap. IV, art. 2, § 7, alin. 2, et § 8, alin. 4. *Introd. au titre* XVII *de la cout. d'Orléans*, n° 94.

140. — *Notion du rapport en nature.* — Rapporter en nature, c'est remettre non pas fictivement mais réellement dans la masse à partager entre tous les cohéritiers, la chose ou les choses qui ont fait l'objet d'une donation en avancement d'hoirie. En ce qui concerne les legs, le rapport se trouve naturellement fait en nature, lorsque le successible légataire n'est pas admis à réclamer l'objet légué qui reste alors *in specie* dans la succession comme si le legs n'existait pas (1).

141. — *Code Napoléon, article* 859 (2). — Le rapport *en nature ou en essence,* ne s'applique qu'aux immeubles. Il ne peut être offert ou exigé que quand il s'agit de cette espèce de biens. Du reste, il peut toujours l'être à moins que le donataire débiteur du corps certain ne se trouve dans l'un des cas exceptionnels où il lui est permis de ne faire le rapport *qu'en moins prenant.*

142. — Cette règle tirée de nos anciens coutumiers qui ne professaient pour les valeurs mobilières qu'une médiocre estime, suivant l'ancien brocard : *vilis mobilium possessio,* n'a pas cessé d'être vraie de nos jours. C'est avec raison, car l'expérience a démontré que la

(1) *Suprà*, n° 86.

(2) Paris, art. 305. Orléans, art. 306. Châlons, art. 123. Auxerre, art. 251-252. Sens, art. 258. Reims, art. 317. Calais, art. 98. POTHIER, *loco citato.*

véritable richesse des peuples consiste dans leur sol, dans la terre. Tout ce qui n'est pas sol n'est propre qu'à favoriser la paresse et à développer des idées de cupidité, par conséquent de prodigalité, de luxe et de corruption. Combien de familles se sont trouvées ruinées pour avoir eu l'imprudence de convertir leurs immeubles en des valeurs mobilières d'autant plus fragiles qu'elles étaient plus productives en apparence ! Aussi nos pères qui étaient des hommes sérieux, tenant avant tout à l'égalité parfaite entre leurs enfants et à la conservation des fortunes territoriales comme étant la plus précieuse garantie de la stabilité et de la prospérité de l'Etat, ont-ils attaché la plus haute importance au rapport *en nature*. C'est le rapport de l'égalité classique ; on ne recourt au rapport en *moins prenant* que quand il est très-difficile pour ne pas dire impossible de faire autrement. « Ce qui a été « prescrit à cet égard, dit Pothier, a eu pour but « d'établir entre les enfants, une égalité parfaite qui « n'existerait pas, si l'un pouvait conserver de bons « héritages pendant que les autres n'auraient que de « l'argent, dont ils auraient souvent de la peine à faire « un bon emploi (1). » Heureux sont ceux et, par conséquent, heureuses sont les nations qui aiment la terre ! elle ne trompe jamais leurs espérances, et si

(1) *Success.*, chap. IV, art. 2, § 7.

elle demande du travail et de l'intelligence chez ceux qui la cultivent, ce n'est que pour les conduire à bonne fin.

143. — Cela posé, appliquons *la loi du rapport en nature,* et voyons les prestations personnelles que peuvent se devoir réciproquement les co-héritiers à son occasion. Supposons qu'il s'agisse d'un immeuble qui se trouve encore entre les mains du donataire à l'ouverture de la succession. Il n'y en a pas d'autres dans la succession de même nature, valeur et bonté, dont on puisse faire des lots à peu près égaux pour les autres co-héritiers. Dans cette hypothèse, le rapport peut être exigé en nature (art. 859). Le donataire le remet à la masse tel qu'il l'a entre ses mains, et cet immeuble est destiné à entrer comme les autres biens dans la composition des lots quand viendra le moment d'y procéder.

L'héritage rapporté a-t-il augmenté de valeur par une cause naturelle ou accidentelle, *putà* à la suite d'une alluvion ou de l'accroissement progressif de la propriété foncière? C'est la succession qui en profite.

A-t-il au contraire diminué de valeur sans le fait du donataire? C'est elle qui en supporte la perte.

144. — Mais *quid juris,* si la chose a été conservée, améliorée ou détériorée par le fait du successible?

C'est alors le cas d'établir entre les parties le compte *des réparations nécessaires, des améliorations ou des*

détériorations. Les bases en sont posées dans les art. 861 (1), 862 (2) et 863 (3) du Code Napoléon.

Résumons-les en ce qui *touche le rapport en nature*, sauf à y revenir plus tard lorsque nous traiterons du rapport des immeubles en moins prenant.

1° Il est évident que l'art. 862 ne saurait s'appliquer *qu'aux grosses réparations ;* car l'entretien des héritages est une charge des fruits dont on n'avait pas à s'occuper ici (art. 605-856) ;

2° Il ne concerne pas non plus les dépenses qui ont été faites pour embellir la chose, sans qu'il en soit résulté une plus-value appréciable (4) ;

3° Quant aux *grosses* réparations *nécessaires* à la conservation de l'héritage, elles doivent toujours figurer au compte qui vient à se faire entre les parties, lors même qu'elles n'auraient point amélioré le fonds (art. 862). Ces sortes de réparations ont lieu ordinairement pour la conservation des bâtiments. Quelquefois

(1) *Sources*, L. 14, ff. *De condictione indebiti arg.* Paris, art. 305. Pothier, *Success.*, chap. IV, art. 2, § 7. *Contrat de mariage*, n° 578. *Introd. au titre* XV *de la coutume d'Orléans*, n° 78.

(2) L. 1, § 1, LL. 2, 3, 14, ff. *De impensis in reb. dotalibus factis.* L. 1, § 5, ff. *De dotis coll.* L. 79, ff. *De verbor. signif.* Pothier, *loc. cit.*

(3) Pothier, *Success.*, chap. IV, art. 2, § 7, al. 16 et suiv. *Contrat de mariage*, n° 576. *Introd. au titre* XV *de la coutume d'Orléans*, n° 78, *et au titre* XVII, n^os^ 91 et 92.

(4) Pothier, *Success., loco citato.* Le donataire n'a que le droit d'enlever, quand l'enlèvement peut se faire sans dégradation, *sine læsione prioris status rei.* Demante, tom. III, n° 197 *bis*, II.

aussi les héritages ruraux réclament des dépenses à faire qui rentrent dans cette catégorie. Exemple : Je possède un champ qui bude sur une rivière. C'est une terre d'alluvion très-peu consistante de sa nature. Eh bien ! un enrochement est nécessaire pour l'empêcher d'aller augmenter la propriété du voisin de face à mon grand préjudice. Il en serait de même d'un talus ou d'un rideau qu'il faudrait élever en amont de l'héritage, pour que les débordements ne puissent en enlever *l'humus*, et le réduire quelquefois à moitié de sa valeur. Dans ces circonstances et autres semblables, il y a lieu de coucher au compte ces sortes de dépenses, de manière que la succession ne s'enrichisse pas aux dépens du successible qui les a faites. L'indemnité des grosses réparations ne cesserait pas d'être due, même dans le cas où les travaux nécessaires à la conservation de la chose auraient péri plus tard par cas fortuit (1) ;

4° Les impenses qui sans être nécessaires ont cependant amélioré la chose rapportée, procurent aussi à celui qui les a faites un droit de créance contre la succession qui en profite, mais seulement jusqu'à concurrence *de la plus-value* qui en résulte *au moment du partage* (art. 861). Lorsque *la plus-value* est supérieure

(1) DEMANTE, tom. III, n° 197 *bis*, IV. POTHIER, *Success.*, chap. IV, art. 2, § 7. DEMOLOMBE, tom. IV, n° 494.

à la dépense, la dépense *réelle* doit *seule* être remboursée (1);

5° Quant *à la moins-value* qui a eu pour cause le fait, la négligence ou la faute du donataire, il en est naturellement responsable envers ses co-héritiers (Cod. Nap., art. 863).

145. — *(Art. 867). Du droit de rétention.* — Lorsque le donataire se trouve par suite du compte dressé en exécution des art. 861, 862 et 863 du Code Napoléon, créancier de la succession, il a la faculté de retenir la possession (et non pas la propriété) de l'immeuble rapportable en nature, jusqu'au remboursement effectif des sommes qui lui sont dues pour impenses et améliorations. C'est là une espèce particulière de gage que la loi lui accorde pour mieux assurer sa créance. Ce droit de rétention n'est pas spécial à la matière des rapports en nature, il apparaît dans l'étude du droit, toutes les fois qu'il se rencontre dans la même affaire deux obligations corrélatives. Il est fondé sur cette idée que quand l'une des parties se permet de ne pas remplir son engagement, l'autre est dispensée de tenir le sien.

Du reste, ce droit de nantissement ne libère pas l'héritier de l'obligation que l'art. 856 met à sa charge, de faire état des fruits à partir du décès. Ce n'est pas un possesseur de bonne foi dans le sens des art. 549 et 550,

(1) DEMANTE, n° 197 *bis*, III. DEMOLOMBE, n° 495.

et *d'un autre côté*, le gage n'est pas un obstacle à l'exercice de son action personnelle contre ses co-héritiers (1).

§ 2.

DU RAPPORT EN MOINS PRENANT.

146. — MÉTHODE. — Après avoir résumé la théorie du rapport des immeubles *en nature*, nous passons au rapport *en moins prenant* qui concerne tout à la fois les meubles et les immeubles. L'ordre suivi par le législateur semble exiger que nous traitions *du rapport en moins prenant* des immeubles pour compléter l'exposition du système, en ce qui touche cette espèce de biens, et que nous rejetions à la fin le rapport des meubles. Cette méthode a été en effet suivie par tous les interprètes du Code Napoléon. Toutefois nous nous permettrons de ne pas imiter leur exemple au cas particulier, dans l'espoir d'éviter toute possibilité de confusion.

Nous traiterons donc d'abord *du rapport des meubles* et ensuite *de celui des immeubles*. De cette manière, l'esprit du lecteur se trouvant débarrassé de l'idée *du rapport en nature* des immeubles, saisira plus facile-

(1) DUCAURROY, tom. II, n° 734.

ment la théorie du rapport *en moins prenant* de cette espèce de biens. Ces deux espèces de rapports demandent plutôt à être éloignés que rapprochés l'un de l'autre.

SOMMAIRE.

147. — Notion du rapport *en moins prenant*.

148. — Le rapport en moins prenant est une opération préliminaire du partage. Ceux qui en sont créanciers obtiennent ce qui leur revient, au moyen d'un *prélèvement*.

149. — Lorsque toutes les parties sont majeures, elles se règlent sur cet incident du partage comme bon leur semble. Les incapables y sont représentés par qui de droit, sauf l'approbation de la justice.

150. — L'héritier bénéficiaire est tenu du rapport comme l'héritier pur et simple.

151. — Du cas où le rapport en moins prenant excède la part héréditaire du successible qui le doit.

152. — *Méthode*.

---

147. — *Notion du rapport en moins prenant.* — Le rapport en moins prenant a, comme le rapport en nature, pour objet de replacer la succession dans l'état où elle se serait trouvée s'il n'avait été fait aucun avancement d'hoirie. Seulement, au lieu d'y remettre réellement les choses données pour être parta-

gées avec les autres biens laissés par le défunt, le donataire qui fait le rapport en moins prenant en précompte ou en impute la valeur sur sa part héréditaire, ce qui s'exécute au moyen de prélèvements que ses co-héritiers sont autorisés par la loi à faire sur la masse, afin de rétablir l'égalité autant que possible, de telle sorte qu'ils puissent arriver en définitive par ce moyen au même résultat que celui qui aurait été atteint, si les objets donnés avaient été réellement partagés entre tous et suivant la part héréditaire de chacun.

148. — Le rapport en moins prenant est une opération préliminaire du partage. Ce n'est qu'après les prélèvements opérés qu'il est procédé à la composition des lots (art. 831). Il résulte de là que les objets à prélever ne sont jamais tirés au sort. Ceux qui ont droit au rapport en moins prenant les obtiennent *par voie d'attribution*.

149. — Quand les parties sont majeures et maîtresses de leurs droits, elles se règlent sur cet incident du partage, comme bon leur semble. Si elles sont incapables, elles sont représentées par ceux qui sont chargés d'administrer leurs biens et les propositions qui sont faites à cet égard, deviennent obligatoires pour tous, lorsqu'elles ont reçu la sanction de l'autorité judiciaire (Cod. procéd., art. 981).

150. — Il est inutile de rappeler ici que l'héritier bénéficiaire est tenu du rapport en moins prenant

comme un héritier pnr et simple (art. 843), et que par conséquent il ne serait pas admis à se décharger de cette obligation personnelle, même en abandonnant les biens qui lui seraient échus comme au cas de l'article 802 du Code Napoléon qui ne s'applique qu'à l'abandon qu'il est autorisé à faire *aux créanciers et aux légataires du défunt ;* dans ses relations avec ses co-héritiers, *re verâ hæres est*.

151. — Enfin, quand le rapport *en moins prenant* excède la part héréditaire de celui qui en est tenu, ce dernier reste pour l'excédant, comme un étranger, le débiteur personnel de ses co-héritiers qui ont le droit de le poursuivre afin d'obtenir ce qui leur est dû d'après le principe de la division des créances et des dettes (Cod. Nap., art. 1220). Il est clair que le rapport en moins prenant n'est possible que jusqu'à concurrence de la part héréditaire de l'héritier débiteur, et que pour le surplus cet héritier rentre dans le droit commun.

152. — *Méthode*. Cela posé nous avons à voir comment se fait le rapport dont il s'agit, soit en ce qui concerne le *mobilier*, soit en ce qui concerne les *immeubles*. Cette matière sera traitée dans les deux articles suivants :

ART. 1er.

Du rapport des meubles (*Cod. Nap.*, *art.* 868-869).

SOMMAIRE.

153. — Le rapport du mobilier ne se fait qu'en moins prenant. Ici le mot *mobilier* comprend tout ce qui n'est pas *immeuble*.

154. — A. Du rapport en moins prenant *de l'argent donné ou prêté*.

155. — B. Du rapport en moins prenant *des meubles corporels*.

156. — C. Du rapport en moins prenant *des meubles incorporels*. Controverse.

Premier système. Le rapport doit se faire en nature comme si c'étaient des immeubles.

Deuxième système. Les meubles incorporels sont soumis à la règle de l'art. 868.

157. — 1° Détermination de la valeur des rentes et des actions et obligations industrielles.

158. — 2° Détermination de la valeur des offices.

159. — 3° Détermination de la valeur des créances et des rentes sur particuliers.

160. — Ce que le donateur a ordonné quant au mode de rapport et à la somme à rapporter, doit être exécuté.

153. — *Code Napoléon, art.* 868 (1). — C'est une règle depuis longtemps reçue en France que *le rapport du mobilier ne s'y fait qu'en moins prenant*. Nous pensons que ce mot *mobilier* comprend tout ce qui n'est pas *immeuble*, puisque la loi est conçue en termes absolus et que ici, les meubles sont mis en opposition avec les immeubles dont il a été question dans les articles précédents. Toutes les distinctions que plusieurs jurisconsultes et notamment Lebrun (2) professaient autrefois en cette matière ont été rejetées (3). On a jugé que le rapport en nature appliqué aux meubles aurait trop d'inconvénients. Si le donataire avait été admis à se libérer en nature au moment du partage, il aurait été trop favorisé : la plupart des meubles se consommant ou se détériorant par l'usage (Cod. Nap., art. 587-589). Ils sont soumis à des variations et à des dépréciations résultant souvent des caprices de la mode, de sorte qu'on ne doit pas les considérer comme des valeurs fixes, à ce point que c'est souvent un acte de bonne administration que de les vendre pour en racheter d'autres. En présence d'une

(1) *Sources*. POTHIER, *Success.*, chap. IV, art. 2, § 7. *Introd. au titre* XVII *de la cout. d'Orléans*, n° 90.

(2) Liv. III, chap. VI, sect. 3, n° 34.

(3) L'exception relative aux objets mobiliers qui se déprécient difficilement, tels que perles, diamants, tableaux, argenterie, que M. REGNAULT DE SAINT-JEAN D'ANGÉLY a proposé à la séance du Conseil d'Etat du 23 nivôse an XI, n'a pas été admise. Voy. LOCRÉ, tom. X, pag. 137.

telle nature de biens, le législateur a pensé qu'il fallait ne s'attacher qu'à leur valeur vénale *au moment de la donation en avancement d'hoirie* et que cette valeur seule devait fixer le montant de l'obligation du rapport que l'art. 843 met à la charge de tout successible.

Concluons de là : 1° Que le donataire en avancement d'hoirie d'une chose mobilière en devient propriétaire incommutable au moment de la donation, à la charge d'en rapporter plus tard, s'il accepte la succession, le montant de la valeur qu'elle avait à cette époque (1);

2° Que ne se trouvant pas, comme au cas d'une donation d'immeuble, débiteur d'un corps certain, mais bien tenu envers ses co-héritiers d'une dette de *quantité*, la perte de la chose, survenue même fortuitement, ne le libère pas de l'obligation d'en rapporter l'estimation (art. 1302);

3° Que cette estimation est toujours celle qui résulte soit de l'état estimatif prescrit par l'art. 948, et à son défaut, d'une expertise (art. 868). Cette expertise doit avoir lieu de manière que les meubles donnés soient appréciés à leur juste valeur et sans crue. Les experts peuvent au besoin se décider par des indices et de simples présomptions.

(1) Voy. DALLOZ, *V° Success.*, n° 1300.

Voyons maintenant l'application de ces principes en ce qui concerne les différentes espèces de meubles.

154. — A. — *Rapport en moins prenant de l'argent donné (art.* 869*) ou prêté (art.* 829*).* — Lorsque le défunt a donné ou prêté de l'argent à l'un de ses successibles en avancement d'hoirie, le donataire qui se trouve obligé au rapport, suivant les art. 843 et 829 du Code Napoléon a deux moyens de se libérer de son obligation. Il a la faculté, si cela lui convient, de remettre en espèces à la masse, une somme équivalente à celle qu'il a reçue, et dans cette hypothèse, il vient à partage égal avec tous ses co-héritiers, mais si le rapport en espèces le gêne, il peut *s'en dispenser* en faisant son rapport *en moins prenant*. Dans ce cas, il contraint ses co-héritiers à prélever d'abord sur le *numéraire* de la succession, subsidiairement sur les meubles corporels et incorporels et, si cela est nécessaire, plus subsidiairement encore sur les immeubles, une valeur égale à la somme qu'il a reçue du défunt. De cette manière, l'égalité se trouve rétablie autant que possible entre tous. C'est une conséquence du principe qui affecte implicitement la part héréditaire de tout donataire en avancement d'hoirie, au remboursement de l'avance.

Il résulte de là que si, au lieu d'argent donné, le successible avait reçu des meubles d'une autre nature, par exemple, des meubles meublants, le rapport dont

il serait tenu pour cette cause, s'exécuterait au profit de ses co-héritiers par des prélèvements qu'ils devraient faire, *d'abord* sur des meubles de même nature, et *subsidiairement* sur l'argent comptant et les immeubles de la succession. Ce mode de procéder est nécessaire pour que l'égalité, qu'on désire avant tout, soit rétablie autant que possible. Il est, du reste, une conséquence de la règle générale qui veut, en matière de partage, que l'on fasse entrer dans chaque lot, s'il se peut, la même quantité de meubles et d'immeubles, de droits ou de créances *de même nature* et bonté (Cod. Nap., art. 832).

155. — B. — *Rapport en moins prenant des meubles corporels*. — D'après ce que nous venons de dire du rapport de l'argent donné, il est facile de comprendre que le rapport de la valeur des *meubles corporels*, se fera d'abord en moins prenant de ceux de même nature qui font partie de la masse, et subsidiairement seulement de l'argent comptant, des meubles incorporels et des immeubles.

Nous avons vu plus haut que la somme à rapporter dans cette hypothèse est toujours celle à laquelle ont été estimés les objets *au moment de la donation*, ce en quoi le rapport des meubles est tout différent de celui des immeubles qui s'estiment le plus souvent lors de la composition des lots, et quelquefois au moment de l'ouverture de la succession, mais jamais au moment

de la donation, ni même de l'aliénation qu'en aurait pu faire le donataire avant le décès du père de famille (art. 860-861). Dans le cas où la donation de meubles est annulée faute de l'état estimatif prescrit par l'article 948, l'estimation des objets livrés par don manuel, se fait par expertise suivant l'art. 868, *in fine*.

156. -- C. — *Rapport en moins prenant des meubles incorporels*. — C'est une question débattue que celle de savoir comment doit se faire le rapport des dons de meubles incorporels.

Premier système. — Les meubles dont il s'agit sont soumis au rapport en nature comme les immeubles. *Sapiunt quid immobile*. Le système contraire serait souvent injuste. Si, par exemple, une créance donnée à l'un des successibles venait à périr par cas fortuit, sans la faute du donataire, comme en cas de faillite du débiteur, il serait contraire à l'équité de l'en rendre responsable à l'égard de ses co-héritiers jusqu'à concurrence de la valeur qu'elle pouvait avoir en apparence au moment de la donation. Les motifs qui ont fait admettre le rapport en moins prenant des meubles en général ne se rencontrent pas ici. Les meubles incorporels ne se détériorent pas comme les meubles corporels. Les art. 868 et 869 leur sont par suite inapplicables. L'état estimatif de l'art. 948 ne les concerne pas. Enfin, il serait presque impossible, même à l'aide d'une expertise, d'en connaître la valeur vénale au

moment de la donation. Donc, comme le donataire ne doit rapporter que ce qu'il a reçu, et comme son obligation ne peut consister ici que dans le rapport d'une créance ou d'une rente, c'est-à-dire d'un corps certain, il est libéré dès qu'il réintègre à la masse ce corps certain, soit en y rapportant les titres, s'ils existent encore, soit en prouvant que le cas fortuit qui a fait périr la créance ne doit pas lui être imputé à faute ou négligence (argument d'analogie tiré de l'article 1567 et art. 1302) (1). Cela paraît très-raisonnable et ce n'est pas pour rien que plusieurs de nos anciens jurisconsultes faisaient, avant le Code, des distinctions en cette matière. Mais la difficulté est de savoir si elles n'ont pas été rejetées purement et simplement par les rédacteurs de la loi.

Deuxième système. — Or, à cet égard, le doute n'est pas possible. Les observations de Regnault de Saint-Jean-d'Angély à la séance du 23 nivôse an XI n'ont pas eu de suite, l'art. 868 du Code Napoléon n'est rien autre chose que l'art. 189 du titre des successions du projet de l'an VIII, et il paraît certain que ses auteurs n'ont voulu que reproduire l'opinion de Pothier (2)

(1) MARCADÉ, art. 868. DELVINCOURT, tom. II, pag. 132, n° 11. MALPEL, n° 287. TAULIER, *Théorie raisonnée*, tom. III, pag. 371. DURANTON, tom. VII, n° 413. Voy. DALLOZ, *loc. cit.*, n° 1303.

(2) *Success.*, chap. IV, art. 2, § 7. Il ne fait pas de distinction.

et de Bourjon (1) qui déjà, dans l'ancien droit, combattaient les distinctions proposées par Lebrun, relativement aux meubles qui ne se déprécient pas. Au surplus, la loi est conçue en termes absolus qui n'admettent aucune distinction. Il est évident que le mot *mobilier* qui se lit dans l'art. 868 comprend tout ce qui n'est pas *immeuble* (art. 535), et que par conséquent, les créances, les rentes (art. 529), les valeurs industrielles et les offices sont soumis à l'application de cet article.

157. — 1° *En ce qui touche les rentes sur l'Etat, les actions dans les compagnies industrielles, les obligations des chemins de fer*, il est toujours facile d'en déterminer la valeur au moment de la donation. Il suffit pour cela de prendre la moyenne du cours de la Bourse du jour où elle a été faite.

158. — 2° *En ce qui touche les offices*, il n'est pas douteux que l'art. 868 leur est applicable. Le rapport ne s'en faisait qu'en moins prenant avant le Code (2), à plus forte raison aujourd'hui (3). C'est donc la va-

(1) BOURJON, *Droit commun de la France*, tit. XVII, Ire partie, chap. VI, sect. 5. Voy. aussi FERRIÈRE, sur l'art. 305 de la *Cout. de Paris*. Il voulait le rapport à l'ouverture, suivant l'estimation à cette époque.

(2) POTHIER. *Success, loc. cit. Introd. au titre* XVII *à la cout. d'Orléans*, n° 90.

(3) Les offices étaient, dans l'ancien droit, considérés comme des *immeubles*, aujourd'hui ce sont des *meubles*. Voy. LEBRUN, liv. III, chap. VI, sect. 3, numéros 42 et suiv.

leur au moment de la donation qui doit être rapportée, soit que le défunt se soit démis en faveur de l'un de ses enfants, sans prix déterminé, soit qu'il lui ait cédé son office moyennant un prix convenu, soit qu'il ait payé le titulaire ancien qui l'aurait vendu au successible, soit enfin qu'il l'aurait acheté pour le compte de ce dernier et qu'il en aurait fait les fonds (1).

Lorsqu'il s'agit du rapport en moins prenant des choses mobilières, ce n'est pas le meuble corporel ou incorporel qui est rapporté, c'est une somme représentative de cette valeur dont l'importance se fixe au moment de la donation (2).

159. — 3° *En ce qui touche les créances et les rentes sur particuliers*, elles tombent aussi dans l'application de l'art. 868 comme choses mobilières par la détermination de la loi (art. 529). Il est vrai qu'il sera parfois difficile d'en connaître la véritable valeur à l'époque indiquée par l'article qui nous occupe. Mais l'expert la fixera *ex æquo et bono* d'après les indices et les présomptions dont il pourra s'entourer. Lorsqu'il s'agit

(1) Voy. à cet égard, Cass., 5 juillet 1814. SIREY, 1815, I-12. Cass., 25 juillet 1851. DEVILL., 1851, I-574. Bordeaux, 6 janvier 1834. DALL., 1834, II-146. Grenoble, 4 février 1837. DEVILL., 1838, II-15. ZACHARIÆ-MASSÉ et VERGÉ, tom. II, pag. 411. DEMANTE, tom. III, n° 201 *bis*, V. DURANTON, tom. VII, n° 417. DEMOLOMBE, *Succes.*, tom. IV, n° 551. *Contrà*, mais à tort, MARCADÉ, art. 868, à la note 1.

(2) Voy. M. MOURLON, tom. II, pag. 175, qui cite aussi l'enseignement de M. VALETTE comme conforme au système que nous embrassons.

d'estimer des meubles corporels qui ont péri et qu'il n'en a pas été dressé d'état estimatif suivant l'article 948, il faut bien recourir à des expédients pour que le cours de la justice ne soit pas interrompu. Il doit en être de même pour les valeurs incorporelles. Nous ne pouvons admettre avec les partisans du système contraire que les auteurs du Code auraient omis de réglementer le rapport de la partie la plus importante des valeurs mobilières. Ce serait une lacune inexplicable.

160. — Au surplus tout ce que nous venons de dire sur le rapport en moins prenant du mobilier ne doit être accepté que dans le cas où les parties ont gardé le silence sur le mode à suivre pour rétablir l'égalité entre tous les co-partageants. Car, si le donateur avait lui-même ordonné le rapport en nature, par dérogation à l'art. 868, ou s'il avait fixé la somme qui serait rapportée au décès, par exemple dans le cas d'une donation avec réserve d'usufruit et autres libéralités d'une appréciation difficile, il faudrait se conformer à sa volonté acceptée par le donataire. Celui qui peut dispenser du rapport (Cod. Nap., art. 843-844) peut, à plus forte raison, en réglementer l'exécution. La justice serait même autorisée, surtout dans les cas où l'estimation serait presque impossible, à interpréter l'intention des parties par la nature même de la disposition pour décider, en fait, que le rapport doit se

faire en nature. Mais pour cela, il lui faudrait des indices résultant implicitement de l'acte de donation qui seraient susceptibles de motiver sa sentence (Code Nap., art. 843, *in fine*).

ART. 2.

Du rapport en moins prenant des immeubles.

SOMMAIRE.

161. — Cas dans lesquels a lieu le rapport en moins prenant des immeubles.

162. — A. *Première hypothèse.* Du cas où le donateur a ordonné que le rapport de l'immeuble donné se ferait en moins prenant.

163. — Que décider si la dette de quantité fixée par la donation n'est que *in facultate solutionis* au lieu d'être *in obligatione?*

164. — Les questions qui s'agitent en cette matière sont des questions d'interprétation de volonté.

165. — B. *Deuxième hypothèse.* Du cas où l'immeuble donné a été aliéné par le donataire.

166. — Explication de ces mots de l'art. 860 : *avant l'ouverture de la succession.*

167. — Explication de ces autres mots du même article : *Il* (le rapport) *est de la valeur de l'immeuble au moment de l'ouverture.*

168. — L'art. 860 n'est applicable qu'au cas d'aliénation volontaire.

169. — Conséquence de l'art. 860 dans ses rapports avec les art. 855 et 861 à 864 du Code Napoléon.

170. — De la perte de l'immeuble arrivée fortuitement *apud emptorem* avant le décès.

171. — *Quid*, si la perte n'est arrivée qu'après le décès ?

172. — Des prestations personnelles au cas de l'art. 860.

173. — L'art. 864 complète le système des art. 861, 862 et 863 relativement aux améliorations et aux dégradations dont le rapportant peut être créancier ou débiteur.

174. — Application à une *première espèce*. La plus-value donnée à l'immeuble se fixe au jour du décès quand l'acquéreur a amélioré la chose avant l'ouverture de la succession.

175. — *Deuxième espèce*. Même théorie dans le cas où la plus-value est le fait d'un locataire de l'acheteur ou de tout autre ayant cause.

176. — *Troisième espèce*. Du réglement des dégradations ou détériorations provenant du fait d'un homme,

1° Inconnu ;

2° Connu ;

3° Du locataire de l'acheteur.

177. — C. *Troisième hypothèse*. Du rapport en moins prenant au cas de l'art. 859 quand il y a des immeubles de même valeur et bonté.

178. — Dans l'hypothèse de l'art. 859 le successible donataire a l'alternative ou de moins prendre ou de rapporter en nature.

179. — L'obligation du rapport en moins prenant s'é-

teint par la perte fortuite de la chose arrivée après le décès.

180. — De la fixation *des prestations personnelles au cas dont il s'agit.*

181. — D. *Quatrième hypothèse.* Du cas où le rapport se fait de la valeur de l'immeuble qui a péri par le fait du donataire.

182. — La valeur rapportable est dans ce cas celle que aurait eu l'immeuble *au moment du partage.*

183. — *Méthode.* Indication de deux points particuliers à traiter en cet endroit.

184. — A. Du rapport et de l'imputation qui concernent les enfants *naturels.*

185. — B. Du cas où la donation contient une dispense de rapport, mais se trouve sujette *pour partie* soit à rapport, soit à réduction. (Art. 866.)

186. — La première partie de l'art. 866 n'est que la reproduction de la pensée de l'art. 844 qui dit que *l'excédant est sujet à rapport.*

187. — Du cas où il serait impossible de précompter la valeur rapportable sur la part héréditaire du préciputaire.

188. — *Deuxième partie* de l'art. 866. Son explication.

189. — Du cas où l'excédant rapportable est juste de la moitié de la valeur de l'immeuble donné par préciput.

190. — Critique mal fondée des derniers mots de l'article 866.

191. — Méthode.

161. — *Dans quel cas a lieu le rapport en moins prenant des immeubles.* — Puisque nous savons ce que c'est que le rapport *en moins prenant*, nous n'avons pas à revenir sur *la notion* de cet événement juridique. Il nous suffira donc de passer en revue les différentes hypothèses dans lesquelles le rapport des immeubles se fait *en moins prenant* pour l'un, et en prélevant pour les autres.

Or cette espèce de rapport se produit dans les cas suivants :

1° Lorsque le donateur l'a expressément ordonné (arg. des art. 843, *in fine*, et 844) (1) ;

2° Lorsque l'immeuble donné a été aliéné par le donataire avant l'ouverture de la succession (art. 860) ;

3° Lorsqu'il existe dans l'hérédité des immeubles de même valeur, nature et bonté dont on puisse former des lots à peu près égaux pour les autres co-héritiers (arg. de l'art. 859) ;

4° Et enfin quand l'immeuble donné a péri par la faute ou même par le simple fait du donataire (Cod. Nap., art. 855, 863, 1302).

Reprenons successivement chacune de ces propositions.

162. — A. — *Première hypothèse. — Le donateur a expressément ordonné que le rapport de l'immeuble donné*

(1) TRONCHET a reconnu, à la séance du Conseil d'Etat du 23 nivôse an XI, que le donateur avait la faculté de dispenser le donataire *du rapport en nature.*

doit se faire en moins prenant, et non pas en nature.

L'effet d'une telle clause est de transporter immédiatement la propriété d'une manière incommutable au profit du donataire, à la charge par ce dernier de tenir compte à la succession d'une somme fixe, comme s'il s'agissait d'un forfait. Dans cette hypothèse c'est *une dette de quantité qui est in obligatione,* et comme l'immeuble ne forme plus l'objet du rapport, il faut dire que le donataire ne serait pas recevable à rapporter l'immeuble en nature pour s'affranchir de son obligation, et que ses co-héritiers ne seraient pas davantage fondés à l'exiger de lui. Il résulte de là que si l'immeuble avait péri ou s'était détérioré, *medio tempore*, la succession n'en souffrirait aucun préjudice, puisqu'elle ne serait pas, dans le cas dont il s'agit, créancière d'un corps certain, mais seulement d'une dette de quantité dont les espèces ne sauraient périr, que par conséquent la perte même fortuite de la chose et les dégradations ou détériorations qui auraient pu survenir, ne libèreraient pas le successible de l'obligation qu'il aurait contractée de rapporter une somme fixe à la place de l'immeuble, de même qu'il ne serait pas, de son côté, fondé à réclamer de ses co-héritiers les impenses utiles qui auraient donné une plus-value à l'objet de la donation (1).

(1) Voy. M. Demolombe, tom. IV, n° 527, et à cette occasion, Cass., 12 août 1823. Sirey, 1824, I-221. Cass., 3 janvier 1821. Dalloz, 1831, I-74.

163. — Mais *quid juris*, si la dette de quantité n'était que *in facultate solutionis* au lieu d'être, comme dans l'espèce précédente, *in obligatione?* Exemple : le donataire est autorisé par la donation, à conserver l'immeuble, *s'il veut payer une certaine somme* à ses co-héritiers pour leur tenir lieu du rapport. Dans cette hypothèse, la succession est créancière d'un corps certain. C'est l'immeuble lui-même qui forme l'objet du rapport, l'estimation n'est que subsidiaire suivant la volonté du successible, et par conséquent, ce dernier ne répond pas de la perte fortuite de la chose, arrivée soit avant le décès, soit du décès au partage ; la perte par cas fortuit restant à la charge du créancier d'un corps certain (art. 1302-855). Si l'héritier préférait rapporter l'immeuble en nature, ses co-héritiers ne seraient pas fondés à l'en empêcher. Enfin, s'il se décidait à conserver l'immeuble, il se libèrerait envers eux de son obligation de rapport, en leur tenant compte de l'estimation, ou du forfait fixé par le défunt (1).

164. — Comme il est facile de le comprendre par les deux espèces précédentes, les difficultés qui peuvent surgir sur le point de savoir si le défunt a entendu dispenser son héritier présomptif du rapport en nature pour y substituer une obligation de rapport en moins

(1) Voy. DUCAURROY, BONNIER et ROUSTAIN, tom. II, n° 723. DEMOLOMBE, tom. IV, n° 527.

prenant, sont des questions d'interprétation de volonté à résoudre *en fait* plutôt *qu'en droit*. D'après la jurisprudence de la Cour suprême sur les dispenses de rapport, il n'est pas même nécessaire que la volonté du défunt ait été positivement exprimée à cet égard, il suffit qu'elle résulte clairement et d'une manière non équivoque de la nature de l'opération intervenue entre son successible et lui (1).

165. — B. — *Deuxième hypothèse. — Du cas où l'immeuble donné a été aliéné par le donataire.*

Suivant l'art. 860 du Code Napoléon « le rapport n'a « lieu *qu'en moins prenant*, quand le donataire a alié- « né l'immeuble avant l'ouverture de la succession. »

D'après le système consacré par les rédacteurs de la loi, l'obligation de rapporter les immeubles donnés en avancement d'hoirie, se contracte conditionnellement au moment de la donation, elle se réalise par l'évènement de la condition au moment de l'ouverture de la succession pour ne s'exécuter qu'à l'époque du partage. Si le rapport vient à se faire en nature, la donation se trouve résolue *ut ex tunc*, aux termes de l'art. 865, ainsi que nous le verrons plus bas, lorsque nous traiterons des effets du rapport. Comment donc peut-il arriver dans cet ordre d'idées, que le donataire puisse transporter irrévocablement à des étrangers des droits

(1) Voy. les arrêts de Cass. cités *suprà*, n° 48, et aussi Bordeaux, 24 ventôse an X. SIREY, 1807, II-918. Poitiers, 26 mars 1825. DALLOZ, 1825, II-174.

qu'il ne possède que sous une condition résolutoire? C'est cependant ce qui a lieu suivant l'art. 860, puisque le législateur y décide en termes formels que, dans l'hypothèse d'une aliénation, le rapport ne se fait qu'en moins prenant : ce qui suppose que la propriété de l'immeuble donné en avancement d'hoirie a été, contrairement au principe ci-dessus rappelé, transférée d'une manière incommutable au successible aliénateur qui n'est obligé que d'en rapporter la valeur. Cela est vrai, sans doute, l'art. 860 est une exception à la règle. Mais il y avait dans l'hypothèse qu'il prévoit un motif particulier beaucoup trop considérable pour ne pas exiger une déviation aux conséquences du système. Si cette exception n'avait pas été admise, tous les immeubles donnés en avancement d'hoirie se seraient trouvés, par le fait, mis hors du commerce, parce que personne n'aurait voulu acheter des biens soumis à des chances presque certaines d'éviction *ex causâ antiquâ*. Aussi nos anciennes coutumes, tout inflexibles qu'elles étaient sur le principe de l'égalité parfaite entre les co-héritiers, pensèrent-elles qu'il y avait nécessité, dans le cas d'une aliénation, de se relâcher de la rigueur de la règle et de substituer dans l'hypothèse dont il s'agit un rapport en moins prenant au rapport en nature : de sorte que, par exception au brocard : *nemo plus juris in alium transferre potest quàm ipse habet,* les acquéreurs et donataires d'immeubles rappor-

tables furent mis à l'abri des conséquences du principe : *resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis* (1). Sous ce rapport, les auteurs du Code n'ont fait que continuer la tradition historique (2).

166. — C'est avec raison qu'on lit dans la première partie de la disposition de l'art. 860, ces mots : *avant l'ouverture de la succession*. Car à partir du décès l'immeuble qui n'a pas été aliéné par le donataire avant cette époque, est censé rentrer de plein droit dans la succession, par l'accomplissement de la condition résolutoire résultant de l'acceptation qui rétroagit suivant l'art. 777 au moment où s'est opérée la saisine ; de sorte que tous les co-héritiers en sont devenus co-propriétaires par indivis comme des autres biens héréditaires, et que par conséquent l'aliénation qu'en aurait consentie le donataire après le décès, sans le concours des co-intéressés, serait nulle, ou tout au moins subordonnée aux attributions qui pourraient ultérieurement résulter du partage (Cod. Nap., art. 815-883) (3).

(1) Voy. Paris, art. 305. Orléans, art. 306, et POTHIER, *Success.*, chap. IV, art. 2, § 7. Ces principes ont été reconnus au Conseil d'Etat à la séance du 23 nivôse an XI.

(2) Le mot : *aliéné* de l'art. 860 est un terme générique qui contient la donation, l'échange, la dation en paiement tout aussi bien que la vente. Voy. DALLOZ, *loc. cit.*, n° 1250.

(3) CHABOT, art. 859, n° 1. DURANTON, tom. VII, n° 382. DEMANTE, tom. III, n° 195 *bis*, II. DEMOLOMBE, *Success.*, tom. IV, n° 513.

Voyons maintenant la disposition finale de l'article important qui nous occupe.

167. — L'art. 860 se termine par ces mots : « Il *(le « rapport en moins prenant)* est dû de la valeur de l'im- « meuble *à l'époque de l'ouverture* » de la succession.

Ceci est une innovation aux anciens principes. Sous l'empire des coutumes, « le donataire soit *qu'il avait « aliéné* la chose donnée, soit qu'il ne l'avait pas rap- « portée en nature, parce qu'il s'était trouvé dans la « succession des héritages de pareille valeur et bonté « (Cod. Nap., art. 859) était tenu de rapporter l'esti- « mation *au temps du partage,* en y comprenant toute « augmentation même celle qui provenait de la dé- « pense qu'il avait faite sur l'héritage, déduction faite « toutefois de ses frais et dépenses (1). » « Le donataire « qui a aliéné l'héritage, dit Pothier (2) doit rapporter « le prix qu'il vaut, *au temps du partage*. » Même théorie dans Guy-Coquille (3).

Pourquoi donc les auteurs du Code ont-ils modifié l'ancien droit pour le cas dont il s'agit ? Il n'est pas facile d'en saisir le motif en présence du principe qui veut que, même dans l'hypothèse d'un rapport en moins prenant, la succession soit remise au même et

(1) LEBRUN, *Success.*, liv. III, chap. VI, sect. 3, nos 28 et 29.

(2) *Introd. au titre* XVII *de la coutume d'Orléans*, n° 92, et *Success.*, chap., IV, art. 2, § 7.

(3) *Des donations*, pag. 274-275. Ed. de 1703. *Coutume du Nivernais.*

semblable état que s'il n'y avait pas eu d'avancement d'hoirie (1). Il semble que dans un système sous lequel l'immeuble même aliéné est toujours regardé comme faisant l'objet du rapport, il n'y avait pas de motif particulier suffisant pour sortir de la règle générale posée dans l'art. 861 d'après laquelle le rapport soit en nature, soit en moins prenant est dû de la valeur du bien rapporté au moment *de la composition des lots* et non pas *au moment de l'ouverture de la succession!...*

On a cherché à expliquer cette dissonnance dans l'harmonie de la loi par cette considération qu'au cas d'aliénation de l'immeuble donné, *une dette de quantité* s'est trouvée forcément substituée à la dette primitive d'un corps certain, dès que la loi se refusait à évincer le tiers-détenteur dans l'intérêt de l'égalité parfaite entre les héritiers, et qu'il était dès lors plus convenable et plus simple de liquider immédiatement à l'ouverture de la succession, d'une manière irrévocable et définitive, la somme à rapporter en moins prenant par l'aliénateur, que de la laisser exposée aux variations qui affectent quelquefois les immeubles depuis l'époque du décès jusqu'au partage. On sent en effet

(1) Dans le cas du rapport en moins prenant, les choses reviennent dans leur état primitif, *pécuniairement parlant;* mais l'immeuble lui-même, malgré sa conversion en argent au cas d'aliénation, ne cesse pas pour cela d'être, au fond, l'objet du rapport, et s'il rentrait pour une cause quelconque entre les mains du donataire aliénateur avant l'ouverture de la succession, il serait rapportable en nature. DURANTON, tom. VII, n° 383. DEMOLOMBE, tom. IV, n° 522.

que dans l'hypothèse de l'article dont il s'agit, « il est « dès à-présent certain que le successible ne devra que « de l'argent, et que la dispense de rapport en nature « est indépendante de l'existence dans la succession « d'autres immeubles susceptibles comme celui qui a « été vendu de s'améliorer ou de se détériorer (1). »

Quoi qu'il en soit, la disposition finale de l'art. 860 est formelle. Dans l'hypothèse qu'elle prévoit, la valeur rapportable n'est pas le prix de la vente consentie par l'héritier, c'est uniquement l'estimation du bien donné au moment du décès et non pas celle qu'il conviendrait de lui donner au moment de la composition des lots.

On sent qu'une telle décision étant au fond une dérogation aux conséquences de la règle générale qui veut que l'obligation du rapport se réalise à l'ouverture de la succession pour ne s'exécuter qu'à l'époque du partage (Cod. Nap., art. 861), l'art. 860 ne saurait s'étendre par analogie, et que, par conséquent, les autres cas de rapport en moins prenant échappent à sa disposition purement exceptionnelle.

168. — Il faut même regarder comme constant que l'art. 860 ne reçoit d'application qu'au cas de vente ou d'aliénation *volontaire*, et que, par conséquent, si l'immeuble donné en avancement d'hoirie avait été

(1) DEMANTE, tom. III, n° 196 *bis*, II.

exproprié sur le donataire pour cause d'utilité publique, ou pour une autre cause nécessaire, comme une licitation provoquée par un étranger (art. 815), comme une action en réméré ou en rescision *ex causâ antiquâ*, le successible obligé au rapport, se libérerait complètement de son obligation en rapportant à ses co-héritiers l'indemnité qu'il aurait pu recevoir, ou le prix de la licitation, ou la somme qu'il aurait pu toucher du retrayant au cas de réméré (art. 1659). Dans ces hypothèses, ce qui s'est fait *apud donatarium*, se serait également fait *apud defunctum*, si la donation n'avait pas eu lieu. Si l'art. 860 rejette le prix de la vente consentie par le donataire comme ne pouvant servir de base à la fixation du chiffre rapportable en moins prenant, c'est uniquement parce que rien ne prouve que le défunt aurait aliéné l'immeuble moyennant le prix dont s'est contenté l'héritier obligé au rapport (1). Il n'en saurait être ainsi dans les trois espèces ci-dessus indiquées, puisque le donataire y est devenu *forcément* débiteur d'une quantité égale à celle que le défunt aurait obtenue lui-même, si l'immeuble n'avait pas été donné. Aussi la perte totale ou partielle de la chose expropriée ne changerait-elle en rien sa position vis-à-vis de ses co-héritiers (2).

(1) Voy. DEMANTE, tom. III, n° 196 *bis*, I.

(2) DUCAURROY, BONNIER et ROUSTAIN, tom. II, n° 726. POTHIER, *loc. cit.* LEBRUN, *loc. cit.*, n° 33. BUGNET sur POTHIER, *Introd. au titre des succes-*

169. — Cela posé, voyons les conséquences de l'article qui nous occupe dans ses rapports avec l'art. 855 et avec les art. 861 à 864 qui traitent tant de la perte de la chose que des prestations personnelles que les parties intéressées peuvent se devoir réciproquement à l'occasion *du rapport en moins prenant* dont il s'agit.

170. — Et d'abord, *en ce qui concerne la perte de l'immeuble aliéné arrivée par cas fortuit, avant le décès, apud emptorem,* il est certain que le donataire n'en est pas responsable vis-à-vis de ses co-héritiers et que, par conséquent, il n'a pas à leur rapporter le prix de vente qu'il a pu recevoir. « Lorsque l'enfant a aliéné « l'héritage qui lui a été donné, dit Pothier (1), si l'a- « liénation qu'il en a faite a été *volontaire*, il ne doit « pas le rapport du prix pour lequel il l'a vendu, mais « il demeure toujours débiteur du rapport de l'héri- « tage en nature (on le rapporte fictivement), car il « ne peut, *par son fait*, changer l'objet de son obli- « gation. Mais comme il ne peut remplir cette obli- « gation, n'ayant plus l'héritage, il doit rapporter le « prix qu'il vaut *au temps du partage* (aujourd'hui « au temps du décès, art. 860), soit qu'il soit plus con- « sidérable, soit qu'il soit moindre que celui pour le- « quel il l'a vendu, sous la déduction néanmoins des

sions de la cout. d'Orléans, art. 3, n° 92, tom. I, pag. 517, note 1. CHABOT, art. 860, n° 4. DEMOLOMBE, tom. IV, n° 523.

(1) *Introd. au titre* XVII *de la cout. d'Orléans*, art. 3, n° 92.

« impenses faites, soit par lui avant l'aliénation, soit « par ses successeurs depuis qu'il l'a aliéné, et à la « charge de faire par lui raison des dégradations arri- « vées par sa faute ou celle de ses successeurs. » Puisqu'il s'est substitué un acquéreur, il en répond dans ses relations avec ses co-héritiers. « *Il profite à la « vérité du prix qu'il a reçu en le vendant, mais ce « profit lui vient de sa bonne fortune, et n'est pas un « avantage qu'il ait aux dépens de la succession du « défunt qui ne lui a donné que l'héritage qui, étant « péri, ne se trouverait plus dans la succession du « défunt, quand même il ne lui aurait pas été donné.* » Voilà la véritable théorie des art. 855 et 860 du Code Napoléon, telle qu'elle a été adoptée par Toullier (1), par Malpel (2), par Duranton (3) et leurs successeurs (4).

171. — *Quid*, si l'immeuble n'est venu à périr par cas fortuit, *apud emptorem*, que après le décès?

Autrefois, la perte était pour le compte de la succession et l'héritier se trouvait libéré de son obligation de rapport, parce que le réglement de sa dette de quantité ne se fixait qu'au moment du partage et que,

(1) Tom. IV, n° 498.

(2) N° 271.

(3) Tom. VII, n° 392.

(4) Voy. DEMOLOMBE, tom. IV, n° 518, et DALLOZ, *loc. cit.*, n° 1260. *Contrà*, mais à tort, VAZEILLE, art. 855, n° 5, et BELOST-JOLIMONT sur CHABOT, art. 855, obs. 2. POUJOL, tom. II, pag. 184.

par conséquent, jusque là, la succession était considérée comme créancière d'un corps certain. Aujourd'hui il n'en est plus de même, suivant l'art. 860 qui règle irrévocablement au décès la dette du rapport en moins prenant à la charge de l'héritier. C'est à partir de ce moment que son obligation change de nature et qu'elle se transforme en dette de quantité non périssable : de sorte qu'il se trouve obligé de rapporter l'estimation que la chose a donnée à l'ouverture, bien qu'elle ait pu périr depuis par cas fortuit (1).

172. — *Des prestations personnelles au cas de l'article* 860. — Nous avons vu précédemment, en traitant du rapport en nature que plusieurs articles du Code s'occupent des obligations accessoires de l'obligation principale du donataire. Nous avons maintenant à appliquer la théorie que nous avons déjà exposée d'un point de vue général, *au cas d'aliénation* de l'immeuble donné en avancement d'hoirie dans les termes de l'art. 860. La loi y a consacré une disposition particulière par son art. 864 (2). Etudions-en le sens et la portée.

173. — L'art. 864 complète le système adopté par le législateur dans les art. 861, 862 et 863, sur *les*

(1) DEMANTE, tom. III, n° 190 *bis*, II, et 196 *bis*, II. DEMOLOMBE, *loc. cit.*, n° 519.

(2) *Sources*. POTHIER, *Contrat de mariage*, n° 580. *Cout. d'Orléans* et *Success.*, *loc. cit.*

améliorations et les dégradations dont la succession peut avoir à tenir compte au donataire et dont le successible rapportant peut être débiteur à raison du fait de l'acquéreur qu'il a substitué à sa personne en lui vendant l'immeuble sorti du patrimoine commun. La loi décide avec raison que *la plus-value* ou *la moins-value* résultant des améliorations ou des dégradations survenues à l'héritage, doivent s'imputer sur la part héréditaire du donataire aliénateur, suivant les trois articles précités, c'est-à-dire comme s'il les avait faites *lui-même*. Ceci demande une explication. Pour la rendre claire, parcourons quelques hypothèses.

174. — *Première espèce. — L'acquéreur de l'immeuble donné en avancement d'hoirie en a augmenté la valeur dans le temps intermédiaire qui s'est écoulé du jour de son acquisition à celui de l'ouverture de la succession.* Dans cette hypothèse, la plus-value dont l'hérédité qui, comme toute autre personne physique ou morale, ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui, doit tenir compte au donataire, se fixe irrévocablement au jour du décès. C'est à cette époque et non pas lors de la composition des lots qui se ferait plus tard, que l'obligation du rapport en moins prenant s'exécute suivant l'art. 860. On voit par là que c'est à tort que l'article 864, en renvoyant aux trois articles précédents (art. 861, 862 et 863) n'a pas en même temps renvoyé à l'art. 860. Si nous étions obligé de prendre à la

lettre les art. 864 et 861 combinés, la plus-value dont il s'agit devrait, *dans tous les cas* (art. 861), s'apprécier au moment du partage, ce qui serait diamétralement contraire à la conséquence immédiate de l'art. 860 qui règle tous les intérêts au jour du décès. Mais il n'en saurait être ainsi. Il est évident que la rédaction de l'article 864 est trop générale, et que ce n'est pas, *dans tous les cas*, comme le dit l'art. 864 en renvoyant à l'art. 861, que les prestations personnelles imputables sur la part héréditaire du donataire, se règlent entre tous les co-héritiers *au moment du partage*. Il est impossible que le législateur l'ait entendu de cette manière, puisque des obligations *acccessoires* ne sauraient rationnellement se régler à une époque autre que celle où se règle l'obligation *principale* du rapport dont elles dépendent.

Même observation pour l'hypothèse inverse, c'est-à-dire lorsqu'au décès, l'immeuble fictivement rapporté a subi une dépréciation par le fait du successible ou de celui qu'il a mis à sa place en lui vendant l'héritage à rapporter en moins prenant à la masse commune.

Ainsi, lorsque l'on se trouve dans le cas de l'application de l'art. 860, c'est au moment du décès et non pas au moment du partage, malgré le texte de l'article 861, qne les parties se règlent définitivement sur la plus ou moins-value de l'immeuble donné, d'où il suit que c'est également à l'ouverture de la succession

qne doit se faire le compte des améliorations ou des dégradations imputables soit au successible, soit à son acheteur.

175. — *Deuxième espèce.* — *L'amélioration provient non pas de l'acheteur, mais de son locataire.*

Dans cette hypothèse, la succession qui ne peut jamais s'enrichir aux dépens d'autrui, défalque de l'estimation au moment du décès (art. 860), la plus-value donnée à l'immeuble par l'ayant-cause de l'acheteur, et le donataire qui en fait le rapport en moins prenant n'est tenu de précompter sur sa part que la valeur de l'immeuble, sans y comprendre l'amélioration que le locataire de son acheteur a pu lui donner. Il est inutile de dire que l'estimation se fait au décès, en supposant fictivement que l'objet de la donation est encore entre les mains du donataire. Si l'immeuble ne vaut, sans les améliorations, que 20,000 fr., tandis que avec les améliorations, il en vaut 30,000, l'héritier se libère complètement en ne rapportant que 20,000 francs.

176. — *Troisième espèce.* — *Il s'agit, au contraire, de régler une dégradation ou une détérioration provenant du fait de l'homme.* Dans cette hypothèse, *de trois choses l'une* :

1° *Ou la dégradation a été causée par un inconnu* sans qu'on puisse reprocher de la négligence au successible, et *dans ce cas*, le donataire n'est responsable

de rien. C'est un cas fortuit qui le libère, comme s'il se trouvait dans l'application de l'art. 855.

2° *Ou l'auteur est connu et on peut le faire condamner à réparer le préjudice qu'il a causé*. Dans ce cas, le donataire indemnise la succession *de la moins-value*, en lui cédant son action contre le délinquant (arg. des art. 1303-1567).

3° *Ou l'auteur de la dégradation est le locataire de l'acheteur*..., et alors la cession d'action ne peut se faire qu'autant que le tiers-détenteur y consent. Mais la succession ne reste pas pour cela désarmée contre le donataire. S'il a vendu l'immeuble qu'il savait assujetti au rapport, *c'est son fait*, et il doit, par conséquent, subir les conséquences de la position qu'il lui a plu de prendre dans ses relations avec ses co-héritiers. Il devra donc le rapport non seulement de la valeur de l'immeuble au moment du décès (art. 860), mais encore de la *moins-value* arrivée par la faute ou par le fait de ceux qui lui auront été substitués de son consentement (Cod. Nap., art. 864, 863, 1302 et 1303).

177. — C. — *Troisième hypothèse. — Du cas où le rapport ne peut se faire qu'en moins prenant, parce qu'il se trouve dans la succession des immeubles de même nature, valeur et bonté, dont on peut former des lots à peu près égaux pour les autres co-héritiers* (Code Nap., art. 859, 861, 862, 863 et 855).

Deux conditions sont nécessaires pour que cette hypothèse de rapport *en moins prenant* puisse se réaliser. Il faut, d'après le texte de l'art. 859 précité :

1° Qu'il y ait dans la succession des immeubles de même *nature, valeur et bonté;*

2° Et, de plus, que ces immeubles soient susceptibles de former des lots à peu près égaux pour les autres co-héritiers.

Il est facile de comprendre le motif de ces dispositions. Dès que les co-héritiers du donataire en avancement d'hoirie peuvent se lotir convenablement en immeubles de même essence, valeur et bonté, ils n'ont en réalité aucun intérêt à exiger le rapport en nature. Lors même qu'il faudrait se gêner quelque peu pour conclure aux lotissements dont parle l'art. 859, ce ne serait pas une raison pour en rejeter l'application. En famille, il ne faut pas craindre de s'incommoder un peu, pour mieux s'accommoder en définitive. Mais il est bien entendu que, si pour rendre le partage possible, il fallait démembrer ou morceler les héritages, diviser les exploitations contrairement aux règles d'une bonne agriculture, l'immeuble donné devrait être rapporté en nature. Ce ne serait plus le cas d'appliquer la disposition de l'article qui autorise le rapport en moins prenant. On ne se trouverait pas dans l'hypothèse qui nous occupe.

178. — Lorsqu'il existe dans la succession des im-

meubles susceptibles de former des lots à peu près égaux pour les autres co-héritiers, le donataire a-t-il la faculté de se libérer de son obligation *en rapportant en nature*, ou bien est-il toujours contraint par la loi de faire son rapport en moins prenant?

Dans l'hypothèse prévue par l'art. 859, le successible jouit de l'alternative ou de moins prendre ou de rapporter en nature. C'est ce qui se décidait sous l'empire des coutumes dont les auteurs du Code ont reproduit les dispositions en cette matière, et les interprètes du Code Napoléon continuent purement et simplement la tradition historique à cet égard (1).

179. — L'obligation du rapport en moins prenant dont il s'agit, s'éteindrait-elle par la perte fortuite de la chose survenue *après le décès?*

Sans aucun doute (2), l'art. 855 est conçu en termes généraux et ne fait aucune distinction d'époque. C'est toujours l'immeuble qui est l'objet de l'obligation du rapport, bien qu'il ne soit, au cas particulier, remis que fictivement à la masse. Or, la liquidation de la somme à rapporter en moins prenant ne pouvant se faire, suivant le principe général, *qu'au moment du*

(1) POTHIER, *Success.*, chap. IV, art. 2, § 8. DUCAURROY, BONNIER et ROUSTAIN, tom. II, n° 723. DEMANTE, tom. III, n° 202 *bis*, I. BOILEUX, art. 859. DEMOLOMBE, tom. IV, n° 524. MOURLON, *Répét. écrit.*, tom. II, pag. 172, 3°.

(2) DEMOLOMBE, tom. IV, n° 525. ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, § 634, A., tom. IV.

partage, la succession se trouve chargée des risques jusqu'à cette époque : la chose périssant, à moins d'un fait imputable au débiteur, pour le créancier d'un corps certain (art. 855-1302). S'il en est autrement au cas de l'art. 860, c'est parce que l'obligation s'exécute *au décès* et non pas comme ici, *lors de la composition des lots* (art. 861).

180. — *De l'estimation et de la fixation des prestations personnelles au cas dont il s'agit.*

A quelle époque doit se fixer la valeur rapportable en moins prenant de l'immeuble que conserve le donataire?

Evidemment *au moment du partage* et non pas *au moment de l'ouverture de la succession*. C'est à cette époque que les autres biens de même nature, valeur et bonté s'estiment pour composer les lots des autres co-héritiers, et l'immeuble rapporté fictivement ne saurait échapper à la règle générale posée par nos anciens que dans le cas excèptionnel prévu par l'article 860.

L'obligation principale s'exécutant *au moment du partage*, il en est de même des obligations accessoires réglées par les art. 861, 862 et 863 du Code Napoléon. *Dans tous les cas*, sauf celui de l'art. 860, les prestations personnelles que peuvent se devoir réciproquement les co-héritiers à l'occasion des rapports, soit en nature, soit en moins prenant des immeubles, se

liquident irrévocablement au moment de la composition des lots qui nécessite l'expertise (art. 861) (1). Les biens, composant la masse héréditaire réellement ou fictivement, sont censés communs jusqu'au partage.

181. — D. — *Quatrième hypothèse. — Du cas où le rapport en moins prenant se fait de la valeur de l'immeuble qui a péri par la faute, le fait ou la négligence du successible* (Cod. Nap., art. 855, 863 et 1302).

Dans cette hypothèse, il est clair que le rapport en nature est impossible, puisque la chose n'existe plus. Mais ce n'est pas une raison pour que le donataire soit libéré de l'obligation qu'il a contractée conditionnellement au moment où il l'a reçue du patrimoine commun. La chose ne périt pour le créancier d'un corps certain, qu'autant que sa destruction a lieu par cas fortuit, et sans la faute, la négligence et même *sans le simple fait* du débiteur. Quand je suis obligé envers quelqu'un, je ne puis me libérer par mon propre fait. Cela est évident (Cod. Nap., art. 863). Il est même des cas dans lesquels je réponds civilement du fait d'autrui (Cod. Nap., art. 1384). Si donc l'immeuble donné a péri pour une cause qui me soit imputable soit *in committendo,* soit *in omittendo,* j'en dois rapporter la valeur à mes co-héritiers comme s'il subsistait encore,

(1) Boileux, art. 861. Demante, tom. III, n° 196 *bis*, II. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, tom. II, n° 727. Demolombe, tom. IV, n° 525.

pour le prix qu'il aurait vraisemblablement valu au temps *du partage* (art. 861), afin de fixer le montant de toute la masse et de régler les parts héréditaires de chacun des co-partageants (1).

182. — Nous disons que, dans l'hypothèse dont il s'agit, la valeur rapportable est celle qui aurait existé, *au moment du partage*, si la chose n'eut pas péri par le fait du donataire. Cela nous paraît à l'abri d'une controverse sérieuse, quoiqu'en aient pensé Chabot (2) MM. Aubry et Rau, Dalloz, Delvincourt et Vazeille (3). Que le rapport se fasse en moins prenant ou qu'il se fasse en nature, peu importe. L'obligation du rapport des immeubles est toute différente de celle qui concerne le rapport du mobilier. C'est toujours l'immeuble et non pas une dette de quantité à l'origine qui est *in obligatione*. Le rapport fictif d'une valeur immobilière ne peut être que l'image de la réalité. Il faut donc, au moment de l'expertise, c'est-à-dire *au moment de la composition des lots,* supposer que l'immeuble qui a péri subsiste encore, et l'estimer *à cette époque*. Telle est la règle générale qui domine la matière. Il n'y a qu'au cas de l'art. 860 que la loi a cru devoir y faire

(1) Voy. POTHIER, *Success.*, chap. IV, § 8.

(2) Art. 855, n° 6.

(3) ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, tom. IV, § 634, pag. 480, *a*. DALLOZ, *loc. cit.*, n° 1295. DELVINCOURT, tom. II, pag. 340. VAZEILLE, art. 855, n° 2.

une exception (1), en liquidant la valeur rapportable en moins prenant, *au jour de l'ouverture de la succession*, et cet article dont le motif particulier est encore un mystère, ne saurait être étendu d'un cas à un autre. Sa disposition est une règle spéciale qui ne concerne que l'aliénation. Dans toute autre hypothèse, l'immeuble de quelque manière que s'en opère le rapport, est considéré fictivement ou réellement comme faisant partie des biens communs *jusqu'au partage* (2). Pour admettre que les auteurs du Code aient réellement voulu modifier l'ancien droit à cet égard, il faudrait un texte bien autrement significatif que l'art. 860 qui ne s'applique qu'à une espèce particulière. Que l'on critique, si on le veut, l'art. 861 comme susceptible de produire quelquefois des résultats injustes, et qu'on dise qu'il aurait *mieux valu* rompre avec le passé pour ramener la liquidation de tous les rapports en moins prenant, y compris le compte des prestations personnelles accessoires, au moment de l'ouverture de la succession..... nous comprenons très-bien cela, sous la réserve de discuter le prétendu *mieux valu*.... Il est même possible, bien que la bonté intrinsèque de l'institution semble exiger le maintien de ce qui existe, que l'exception de l'art. 860 se transforme un jour en règle géné-

(1) Voy. M. DEMOLOMBE, tom. IV, n° 526.

(2) Voy. M. DEMANTE, tom. III, n° 196 *bis*, II, *in fine*.

rale..... mais qu'en présence du texte de l'art. 861, on essaye de nous faire croire que ces mots qu'on y lit : *au moment du partage,* doivent se traduire par ceux-ci : *au moment du décès....,* ce n'est plus interpréter, c'est tout simplement se mettre à la place du législateur (1).

183. — *Méthode.* — Avant de passer aux effets du rapport, il nous reste encore deux points particuliers sur lesquels nous devons nous expliquer. Le premier est relatif *aux enfants naturels* (2), le second, *aux donataires dispensés du rapport, mais sujets à réduction* (Cod. Nap., art. 866).

184. — A. — *Du rapport et de l'imputation, en ce qui concerne les enfants naturels.*

Nous avons précédemment donné la signification du mot *imputation* qui se lit dans l'art. 760 du Code Napoléon. *Rapporter et imputer* sont, suivant nous, deux

(1) Voy. pourtant MM. MOURLON, *Répét. écrites*, tom. II, pag. 169, 4°, et BUGNET sur POTHIER, tom. I, pag. 537. C'était autrefois une question vivement controversée que celle de savoir à quelle époque il fallait fixer la valeur rapportable en cas d'aliénation (Cod. Nap., art. 860). GUY-COQUILLE, après avoir raconté avec sa manière naïve, les opinions divergentes, finit par dire : « Je crois « que l'on y peut prendre ce tempérament que pour la *bonté intrinsèque*, « il faut avoir égard *au temps du partage*, comme si l'héritage était demeuré « au patrimoine. » *(Coutume de Nivernais, tit. des Donations*, art. 11, tom. II, *édit.*de 1703, pag. 275). Du temps de POTHIER, on regardait comme constant qu'en cette matière, tout devait s'estimer *au moment du partage* et non pas *au moment du décès*. Les auteurs du Code n'ont modifié ce qui existait avant eux que dans l'hypothèse prévue par l'art. 860 : lequel n'est qu'une exception qui confirme la règle, loin de l'abroger comme on le prétend.

(2) *Suprà*, n° 16.

expressions synonymes en matière de succession irrégulière. L'art. 760 est la conséquence nécessaire de l'art. 908. L'enfant naturel est inapte à recevoir au-delà de ce qui compose sa part *ab intestat* fixée par l'art. 757. D'où il suit qu'il ne peut jamais être dispensé du rapport ou de l'imputation sur sa part héréditaire. *On n'a pas voulu qu'il pût jamais obtenir plus que la loi permet de lui donner* (1). Or pour le lotir de ce qui lui revient on le considère fictivement comme un enfant légitime, sauf ensuite à le réduire à la portion qui lui est assignée d'après la qualité des héritiers avec lesquels il concourt (art. 757). Donc cette portion se détermine d'après la composition de la masse générale nécessaire pour connaître ce qui revient à chacun, et par conséquent, les règles des rapports lui sont applicables comme à un enfant légitime. S'il existe des différences entre lui et ses co-héritiers, c'est que ces derniers ont pu recevoir *par préciput*, tandis qu'il *ne le peut pas* : cantonné invariablement qu'il est dans le cercle que le législateur lui a tracé pour protéger la famille légitime. De là il résulte : 1° que les clauses de dispense de rapport ou d'imputation, très-valables pour les enfants légitimes jusqu'à concurrence de la quotité disponible, sont nulles et sans effet en ce qui concerne l'enfant naturel....; 2° qu'il doit imputer sur sa part

(1) CHABOT, Rapport au Tribunat sur le titre des successions.

héréditaire ou rapporter même ce que le défunt a pu donner ou léguer à sa femme et à ses enfants : ce qui n'a pas lieu pour les héritiers légitimes (art. 845-849) ; 3° qu'enfin les enfants issus de son mariage sont obligés de rapporter à la masse de la succession, lors même qu'ils n'y viendraient que *de leur chef*, sans le secours de la représentation (1), tout ce que leur père a pu recevoir du défunt, tandis que les descendants d'un héritier légitime ne sont tenus du rapport des dons qui leur ont été faits, qu'autant qu'ils prennent ses droits activement et passivement par la fiction de la représentation (Cod. Nap., art 848).

La raison qui oblige l'enfant naturel à rapporter les libéralités reçues par sa femme, ses enfants et même par ses père et mère, est écrite dans l'art. 911. Dans cette hypothèse, les choses se passent comme si la donation avait été faite *à lui personnellement* : ses ascendants, sa femme et ses enfants *étant réputés n'être que des personnes interposées*. Voilà la véritable théorie de la loi, bien qu'elle soit loin d'être encore acceptée par tous les jurisconsultes (2).

185. — B. — *Du cas où la donation a été faite au successible avec dispense de rapport, mais se trouve su-*

(1) Art. 759.

(2) Voy. DEMOLOMBE, *Success.*, tom. II, nos 102-107, et tom. IV, n° 175, et surtout l'enseignement de M. VALETTE sur l'art. 760, reproduit par M. MOURLON, *Répét. écrites*, tom. II, pag. 64 et suiv.

jette pour partie, soit à rapport, soit à réduction (Cod. Nap., art 866).

Cet art. 866 (1) a pour objet de réglementer le mode de rapport à suivre dans les hypothèses dont il s'occupe.

La loi suppose dans la première partie de l'article que le défunt a donné à l'un de ses enfants *héritier à réserve,* un immeuble dont la valeur dépasse la quotité disponible, et que le donataire a été expressément dispensé du rapport (Cod. Nap., art. 843, *in fine*). Nous savons que ce qui excède la quotité disponible est sujet à rapport et au besoin à réduction, suivant les différents cas qui peuvent se présenter (2). Comment se fera le rapport de l'excédant que l'enfant avantagé outre mesure ne doit pas retenir au préjudice de ses frères et sœurs ? Voilà la question que notre article résout par une distinction. De deux choses l'une : ou cet excédant peut *facilement, commodément* se séparer et être retranché de l'héritage, *putà* s'il s'agit d'un pré dont une partie correspondante à l'excédant rapportable peut être détachée sans nuire considérablement à la valeur du surplus de l'immeuble, et dans ce cas, le rapport se fait *en nature* (art. 866). Il est évident que les choses doivent se passer ainsi, soit que les co-héri-

(1) *Sources*. Arg. de la loi 31, § 4, ff. *De donat. inter virum et uxorem*. POTHIER, *Donations entre vifs*, sect. 3, art. 5, § 6.

(2) *Suprà*, nos 28-33.

tiers légitimaires agissent par l'action personnelle en rapport ou par l'action réelle en retranchement pour que la réserve ne soit pas ébréchée. En effet, à quelque point de vue que l'on se place, il faut que le donataire restitue aux légitimaires, une portion dans la chose qui lui a été donnée par le défunt, afin que la légitime redevienne complète. Cette portion doit être délivrée *in specie*, et le donataire avantagé outre mesure ne serait pas, en principe du moins, admis à se libérer en offrant seulement l'estimation de ce qu'il ne doit pas conserver. Car la donation est *nulle* pour ce qui outrepasse la quotité disponible. Donc les légitimaires sont créanciers d'un corps certain et non pas d'une dette de quantité. Voilà pourquoi on tenait pour règle dans l'ancien droit que la légitime devait être fournie en corps héréditaires (1).

Ainsi, pour vider le premier cas de l'art. 866, supposons que le pré donné vaut 20,000 fr., et que la quotité disponible n'est que de 15,000 fr., l'héritier avantagé par préciput détachera de l'immeuble l'excédant de la quotité disponible qui, dans l'espèce, est de 5,000 fr., et cette fraction du bien donné sera remise à la masse pour être partagée avec les autres biens de l'hérédité.

186. — Faudra-t-il même toujours et nécessairement procéder de cette manière? En d'autres termes,

(1) Voy. POTHIER, *Donations entre vifs*, sect. 3, § 6.

ces mots : *Le rapport de l'excédant se fait en nature*, doivent-ils s'interpréter *verbò tenùs*, de telle sorte que s'il y avait eu aliénation de la part du donataire (Code Nap., art. 860), ou s'il existait au décès du père de famille dans le patrimoine commun, d'autres prés de même valeur et bonté (art. 859), le rapport dont il s'agit n'en devrait pas moins se faire *en nature* et jamais *en moins prenant*?

Nous ne le pensons pas. La première disposition de l'art. 866 n'est que la reproduction de l'art. 844 qui dit tout simplement que *l'excédant est sujet à rapport*. Si l'art. 866 a ajouté *en nature*, c'est parce que *de droit commun*, les immeubles se rapportent ainsi. Mais il n'a pas voulu prohiber le rapport *en moins prenant*, dans les hypothèses exceptionnelles (art. 860-859) où il peut se faire de cette manière.

187. — Il est cependant un cas où les réservataires auraient le droit de revendiquer l'excédant dont il s'agit *en nature*, c'est celui où il n'y aurait pas possibilité de précompter la valeur rapportable sur la part héréditaire du préciputaire parce qu'elle se trouverait épuisée avant le paiement intégral de cette valeur. Dans cette hypothèse, les principes *du rapport* ne seraient plus applicables, ce seraient ceux de l'action *en réduction*, laquelle, comme nous l'avons déjà dit, peut s'exercer contre les tiers-détenteurs si les co-héritiers ne sont pas indemnisés d'une autre manière

par le donataire (Code Napoléon, article 930) (1).

188. — Passons maintenant à la seconde disposition de l'art. 866; elle est ainsi conçue : « *Dans le cas contraire* (c'est-à-dire lorsque le retranchement de la portion qui fait partie de la réserve ne peut s'opérer commodément), *si l'excédant est de plus de moitié de la valeur de l'immeuble, le donataire doit rapporter l'immeuble en totalité, sauf* (par lui) *à prélever sur la masse la valeur de la portion disponible; si cette portion excède la moitié de la valeur de l'immeuble, le donataire peut retenir l'immeuble en totalité, sauf à moins prendre et à récompenser ses co-héritiers en argent ou autrement.* » Le législateur se pose ici la question de savoir comment il faudra procéder si la séparation est impossible ou susceptible de causer une dépréciation importante aux deux fractions de l'immeuble dont il s'agit. Il semble qu'il y a un moyen bien simple de sortir de la difficulté, c'est *de liciter* la propriété indivise, pour faire avec le prix la part de la quotité disponible et celle de la succession *ab intestat*, c'est-à-dire de la réserve. Toutefois, l'art. 866 qui n'aime pas la licitation parce qu'elle fait le plus souvent sortir les biens de la famille, rejette ce moyen et il applique au cas dont il s'agit l'ancienne règle : *Pars major trahit ad se minorem*. En conséquence, le donataire rapporte en

(1) DEMANTE, tom. III, n° 199 *bis*, I. DUCAURROY, BONNIER et ROUSTAIN, tom. II, n° 732. DURANTON, tom. VII, n° 402. DEMOLOMBE, tom. IV, n° 530.

nature l'immeuble *pour le tout*. Mais comme alors, il se trouve complètement dépouillé de ce qui lui a été donné par préciput ou hors part, la loi l'autorise à opérer, avant partage, un prélèvement sur la masse et ce prélèvement égal à la quotité disponible qui doit lui appartenir en vertu de l'avantage préciputaire qui lui a été fait, lui tient lieu de l'immeuble qu'il a dû rapporter pour le tout.

1° Supposons une succession de 200,000 fr. et trois enfants. L'aîné a reçu, par préciput, des propriétés bâties qui sont impartageables et qui valent la somme de..... 120,000 fr.

La quotité disponible étant du quart (art. 913), s'élève à..... 50,000

Le donataire par préciput ne doit rapporter que la différence..... 70,000 fr.

Mais comme, dans l'espèce, l'excédant de la quotité disponible (70,000 fr.) dépasse la moitié de la valeur de l'immeuble (120,000 fr.), il le rapporte pour le tout en nature, suivant la règle de l'art. 866 : *Pars major trahit ad se minorem*, et il prélève sur la masse générale de..... 200,000 fr.

La quotité disponible qui lui a été donnée par préciput..... 50,000

Reste, par conséquent, à partager également entre les trois enfants..... 150,000 fr.

2° Supposons maintenant que les immeubles donnés ne valent que ..... 80,000 fr.
au lieu de 120,000 fr.

La quotité disponible étant de..... 50,000

L'excédant à rapporter par le donataire est de ..... 30,000 fr.

Somme inférieure à la moitié de l'immeuble qui vaut 80,000 fr.

Dans cette hypothèse, il conserve l'objet donné parce que *pars minor non trahit ad se majorem*, à la charge par lui de rapporter, *en moins prenant*, ces 30,000 fr. que ses co-héritiers prélèvent pour ramener leurs réserves au chiffre qu'elles doivent avoir..... 30,000

Reste..... 00,000 fr.

Voilà les applications principales de l'art. 866.

189. — Mais *quid juris*, si l'excédant rapportable est juste la moitié de la valeur de l'immeuble donné par préciput, le rapport ou le retranchement s'exécutera-t-il *en nature* ou *en moins prenant*?

Cette question doit, suivant M. Mourlon (1) se décider d'après les circonstances. Si l'intérêt du donataire qui est, par exemple, un industriel, veut qu'il con-

(1) *Répét. écrit.*, tom. II, pag. 172-173. *Junge*, MARCADÉ, art. 866, II.

servè les usines qui lui ont été données par préciput il ne fera pas le rapport *en nature,* il ne le fera *qu'en moins prenant*. Si, au contraire, l'intérêt des autres co-héritiers exige que les immeubles soient rapportés *en nature*, parce qu'ils sont des laboureurs et que leurs exploitations seraient incomplètes sans les bâtiments donnés à l'aîné, il y a lieu au rapport ou au retranchement en nature.

MM. Ducaurroy, Bonnier et Roustain autorisent le donataire à conserver l'immeuble en totalité, parce que s'il était contraint de le rapporter en nature, il pourrait éprouver un grave préjudice sans avantage bien marqué pour ses co-héritiers (1).

Enfin, MM. Demante (2) et Demolombe (3) enseignent qu'il n'y a rien de mieux à faire dans ce cas, du reste très-rare, que de recourir au remède souverain de la licitation, ce qui nous paraît juste, puisque la règle *pars major trahit ad se minorem* ne saurait s'appliquer à l'hypothèse dont il s'agit.

190. — Quant aux derniers mots de l'art. 866, *sauf à moins prendre et à récompenser ses co-héritiers en argent ou autrement,* on a prétendu qu'il ne pouvait jamais y avoir lieu tout à la fois *à moins prendre et à récompenser* et que, par conséquent, la conjonctive

(1) Tom. II, n° 733. Voy. aussi Boileux, art. 866.

(2) Tom. III, n° 199 *bis*, IV.

(3) Tom. IV, *Success.*, n° 535.

et devait être remplacée dans la rédaction par la disjonctive *ou* (1). Il est vrai que le plus souvent ce sera *l'un ou l'autre* et non pas *l'un et l'autre*. Mais il faut remarquer avec M. Demolombe qu'il peut y avoir lieu, dans certaines hypothèses, *tout à la fois à moins prendre et à récompenser*, et que, par conséquent, cette petite critique du texte de la loi n'est pas réellement fondée (2).

191. — *Méthode.* — Après avoir traité du rapport en nature et du rapport en moins prenant, nous passons aux effets de ces événements juridiques.

§ 3.

DES EFFETS DE L'OBLIGATION DU RAPPORT (3).

SOMMAIRE.

192. — Principe qui domine cette matière.

193. — A. *Des effets du rapport en nature* (art. 865).

194. — Les charges créées par le donataire et qui se sont trouvées éteintes par le rapport en nature revivent si l'immeuble vient à tomber dans son lot.

(1) DELVINCOURT, tom. II, notes sur la page 42, n° 4.

(2) DEMOLOMBE, *Success.*, tom. IV, n° 534.

(3) *Sources*. D'ARGENTRÉ. Bretagne, art. 433. LEBRUN, *Success.*, liv. III, ch. VI, sect. 4. POTHIER, *Introd. au tit.* XVII *d'Orléans* et *Success.*, ch. IV, art. 2, § 8.

195. — Les fruits produits depuis le décès appartiennent à la succession.

196. — B. *Des effets du rapport en moins prenant.*

197. — Les fruits courus du jour du décès font partie de la masse commune.

198. — Des effets du rapport des dettes.

---

192. — Le principe général qui domine cette matière et auquel tout aboutit en définitive, malgré les modes divers employés par la loi pour rétablir l'égalité proportionnelle entre les co-partageants, est *que le rapport a pour effet de remettre, soit réellement dans le cas où il se fait en nature, soit pécuniairement parlant, dans celui où il a lieu en moins prenant, la succession dans le même et semblable état que si le défunt n'avait fait aucun avancement d'hoirie à ses successibles.*

Ainsi l'exécution de l'obligation du rapport est une opération préliminaire du partage, au moyen de laquelle se fixe définitivement la masse à distribuer, afin que l'on en puisse connaître le chiffre exact et régler en conséquence à quoi doivent monter les parts que chacun des co-héritiers a le droit d'y prendre (1).

Cela posé, résumons les effets du rapport *en nature*, nous passerons ensuite à ceux du rapport *en moins prenant*.

(1) POTHIER, *Success.*, chap. IV, § 8.

193. — A. — *Des effets du rapport en nature* (Cod. Nap., art. 865). — « Lorsque l'héritage donné à l'un des enfants (aujourd'hui l'un des successibles), dit Pothier (1), est par lui rapporté réellement, et tombe au lot de quelqu'un de ses co-héritiers, l'effet du rapport est que le droit que le donataire avait en l'héritage qu'il a rapporté, *se résout ;* qu'il est censé être de la succession du donateur, comme *s'il n'avait point été donné ;* que le co-héritier au lot duquel il tombe est censé succéder à cet héritage, au défunt (c'est-à-dire qu'il est réputé le tenir directement du défunt, Cod. Nap., art. 883), comme s'il n'avait jamais appartenu à son frère qui l'a rapporté, et par conséquent, sans aucune charge des hypothèques (ajoutons : des servitudes réelles et même des servitudes personnelles d'usufruit ou d'usage et habitation) que le donataire y aurait pu imposer (Cod. Nap., art. 637).

« Ces droits réels et hypothèques se résolvent, en ce cas, de la même manière que se résout le droit du donataire, suivant la règle, *soluto jure dantis, solvitur jus accipientis.* »

Voilà le meilleur commentaire que l'on puisse donner de l'art. 865 du Code Napoléon. Il est évident que cet article a été puisé dans le passage de Pothier que nous venons de rappeler. Il en résulte qu'au cas *de*

(1) *Loc. cit.*, chap. IV, § 8, et DEMANTE, tom. III, nos 198 et 198 *bis*, I.

rapport en nature, les biens donnés en avancement d'hoirie se réunissent à la masse de la succession francs et quittes de *toutes charges créées* ou plutôt *nées* du chef du donataire.

Mais alors que vont devenir les créanciers hypothécaires de ce dernier, en présence d'un tel système ? Serait-il possible qu'ils n'aient aucun moyen d'échapper à l'épée de Damoclès suspendue sur leurs têtes ? Telle n'est pas la pensée de la loi qui s'efforce de sauvegarder tout à la fois les intérêts de la famille et ceux du public. Aussi, le législateur sentant parfaitement combien il importe aux créanciers dont il s'agit de se soustraire aux conséquences d'un rapport *en nature* susceptible de résoudre la donation *ex tunc vel ex causâ antiquâ* avec leurs droits de suite et leurs droits de préférence, leur accorde-t-il (art. 865, *in fine*) le bénéfice d'un expédient de police *préventive* capable parfois de leur procurer une planche de salut (1) : ils peuvent s'opposer à ce que les opérations de comptes, liquidations et partages se fassent utilement hors de leur présence (art. 882), et s'ils parviennent à prouver que leur débiteur ne se trouve pas dans un cas *de rapport en nature*, mais bien dans un cas *de rapport*

(1) Je dis *police préventive* et non pas *répressive*, parce que l'intérêt de la famille et l'intérêt public exigent la stabilité des partages, malgré l'intérêt souvent contraire des créanciers hypothécaires des donataires en avancement d'hoirie.

en moins prenant, ils conservent leurs droits réels sans que la famille en éprouve un préjudice notable, puisque, dans cette dernière hypothèse, la donation, comme nous le verrons dans un moment, loin de se résoudre, se trouve au contraire confirmée *ex tunc* pour être exécutée suivant sa forme et teneur.

194. — *Quid,* si l'héritage rapporté vient soit par le tirage au sort, soit par une attribution volontaire, à tomber dans le lot du donataire, les charges créées par lui, et qui se sont trouvées éteintes en apparence par le rapport en nature (art. 865), revivent-elles au profit de ceux qui les ont stipulées avant le décès (1)?...

Sans aucun doute (2). De même qu'en matière de confusion, ce qui ne dure pas est censé n'être pas arrivé, de même au cas particulier, le successible qui reconquiert l'immeuble *ex die mortis,* suivant l'art. 883, à la suite d'une résolution purement conditionnelle et subordonnée au partage, est censé être resté propriétaire incommutable à partir du jour de la donation. Comme le dit M. Demolombe, il possède à titre *de part d'hoirie* l'immeuble qu'il a reçu *à titre d'avancement d'hoirie*. Son titre n'a subi en réalité aucune altération (3), et par conséquent, les hypothèques et

(1) Voy. DEMANTE, tom. III, n° 191 *bis*, I-II.

(2) Cass., 31 mars 1818. *Palais*, tom. LI, pag. 225.

(3) Tom. IV, n° 509.

autres droits réels consentis par lui *medio tempore*, sont désormais à l'abri des effets de la résolution qui n'a existé que dans l'entendement et non pas dans les faits (1).

195. — Pour en finir sur les effets du rapport en nature, il est bon de rappeler ici que l'immeuble rentrant de plein droit dans la masse, au moment du décès, tous les fruits qu'il peut produire depuis cette époque jusqu'au partage appartiennent à la succession (Cod. Nap., art. 856), et que tous ceux perçus ou dus avant l'ouverture appartiennent au donataire, puisqu'ils sont dispensés du rapport : d'où il faut conclure en ce qui les concerne, que la donation n'est résolue *ex tunc* en aucune façon (2).

196. — B. — *Des effets du rapport en moins prenant.* — En ce qui touche la composition de la masse à partager et la fixation des parts revenant à chacun des co-partageants, les effets du rapport en moins prenant sont les mêmes que ceux du rapport en nature. La fiction ne peut être que l'image de la réalité, bien que dans le cas du rapport en moins prenant, la valeur à précompter par celui qui s'y trouve obligé, se fixe le plus souvent à d'autres époques (Cod. Nap., art. 860-

(1) DEMANTE, tom. III, n° 198 *bis*, III. DUCAURROY, BONNIER et ROUSTAIN, tom. II, n° 731. DURANTON, tom. VII, n° 404.

(2) DEMANTE, *loc. cit.*, n° 191 *bis*, II.

868) que celle où s'estime la valeur des immeubles rapportés en nature (Cod. Nap., art. 861).

Mais l'obligation de rapporter *en moins prenant* produit des effets tout différents de ceux de l'obligation de rapporter *en nature*.

1° *En ce qui touche les tiers* qui ont obtenu du chef du donataire, des hypothèques et autres droits réels, l'obligation de moins prendre n'apporte aucun changement à leur position. « Lorsque le rapport se fait en « moins prenant, dit Pothier (1), et pareillement lors- « que l'héritage rapporté à la masse est tombé dans le « lot de l'héritier qui l'a rapporté en nature, le rapport « n'est que fictif. *L'héritage rapporté n'en est pas moins* « *censé avoir toujours continué d'appartenir à l'enfant à* « *qui il avait été donné.* »

Ainsi dans le cas de rapport *en moins prenant*, il n'y a pas de résolution *ex tunc* ou *ex nunc* de la donation. C'est au surplus ce qui résulte évidemment de l'art. 860 et de l'art. 865 *(arg. a contrario)* du Code Napoléon.

2° *En ce qui touche les co-partageants et les créanciers du donataire,* le rapport en moins prenant produit cet effet particulier très-important, que celui qui s'y trouve obligé, est tenu *d'imputer* ou de *précompter* sur sa part héréditaire tout ce qui lui a été donné en avancement d'hoirie, suivant l'estimation qui en est faite soit au

(1) *Coutume d'Orléans ; introd. au titre* XVII, n° 95.

moment de la donation au cas de l'art. 868, soit au moment du décès au cas de l'art. 860, soit au moment du partage au cas de l'art. 861.

La valeur que ses co-héritiers prélèvent sur la masse, soit en numéraire, soit en meubles corporels ou incorporels, soit en immeubles au cas de l'art. 859, pour rétablir l'égalité entre tous, leur appartient non pas à titre d'acquisition entre vifs, *putà* à titre d'échange, mais bien à titre de succession, *ex jure hæreditario*. L'art. 883 est applicable tout aussi bien aux meubles et aux immeubles qui leur adviennent par les prélèvements que la loi les autorise à faire, qu'aux autres valeurs comprises dans les lots qui leur sont échus soit par la voie du sort, soit par la voie d'attribution : de telle sorte qu'ils sont censés tenir le tout directement du défunt. Il résulte de là une conséquence des plus importantes, c'est qu'ils n'ont jamais à redouter le concours des créanciers du donataire devenu complètement étranger aux biens prélevés par ses co-héritiers. C'est là un avantage immense et nécessaire au maintien de la bonne harmonie dans la famille. Il ne faut pas confondre ce droit de *préemption* avec une cause de préférence telle qu'un privilége ou une hypothèque qui ne s'exerce qu'entre créanciers *ex eâdem personâ*. C'est bien mieux que cela. Le prélèvement dont il s'agit procure à ceux qui ont le droit de l'exercer, une véritable propriété *a die mortis* (art. 883). L'intérêt des

créanciers du donataire a dû se taire devant l'intérêt bien autrement considérable de la bonne harmonie entre les co-partageants. Sous ce rapport, le Code Napoléon nous semble bien supérieur au droit romain, quoi qu'il se soit rencontré des esprits malades qui n'ont pas craint de lui adresser les plus amers reproches à cette occasion. Mais les partisans du crédit foncier ne feraient pas mal d'étudier quelque peu l'histoire de la famille coutumière, y compris l'établissement et les développements successifs du principe fondamental qui régit aujourd'hui les partages. Cette étude serait très-propre à servir de potion calmante à leurs convoitises et à toutes ces imaginations chimériques que la cupidité décore du nom *de progrès* avec des ardeurs d'autant plus aveugles qu'elles sont plus inconciliables avec la paix du foyer domestique.

197. — Il est inutile d'ajouter *qu'en ce qui concerne les fruits* perçus ou à percevoir du jour du décès au partage, ils appartiennent à la succession, tout aussi bien que ceux perçus ou à percevoir dans le cas du rapport en nature. L'art. 856 ne fait aucune distinction entre les diverses espèces de rapports. Seulement on sent qu'ici les fruits ne peuvent consister que dans les intérêts de la valeur à rapporter d'après l'estimation donnée aux biens soumis au rapport en moins prenant.

198. — *En ce qui touche l'obligation du rapport appliqué aux dettes* (Cod. Nap., art. 829), nous avons vu

précédemment (1) qu'outre le droit de prélèvement accordé par la loi aux co-héritiers du successible débiteur, cette espèce de rapport en moins prenant a pour effets :

1° De rendre exigible au jour du décès, le capital qui doit rentrer dans la succession, ainsi que les intérêts qui peuvent être dus par le débiteur.... ;

2° Et de faire courir au profit de la co-hérie, *de plein droit* à partir de la même époque, les intérêts de la somme rapportable.

CHAPITRE VIII

Du droit qu'ont les créanciers d'un co-partageant de s'opposer et d'intervenir au partage (Cod. Nap., article 882. Comparez art. 865).

199. — *Texte et motif de l'art.* 882 (2). — Suivant cet article, « les créanciers d'un co-partageant, pour « éviter que le partage ne soit fait en fraude de leurs

(1) *Suprà*, n° 99.

(2) POTHIER, *Introd. au titre* XVII *de la cout. d'Orléans*, n° 96. LOUET, *Lett. R.*, n°s 20 et 21. LEBRUN, *Des success.*, liv. III, chap. VIII, sect. 2, n° 27.

« droits, peuvent s'opposer à ce qu'il y soit procédé « hors de leur présence. Ils ont le droit d'y intervenir « à leurs frais ; mais ils ne peuvent attaquer un par- « tage consommé, à moins toutefois qu'il n'y ait été « procédé sans eux, et au préjudice d'une opposition « qu'ils auraient formée. »

Le droit particulier dont il s'agit ici, existait déjà dans l'ancienne jurisprudence. Pothier le fondait sur le principe qui veut, en France, que chaque co-héritier soit censé avoir succédé seul directement au défunt, à toutes les choses échues en son lot, et n'en rien tenir de ses co-héritiers, comme aussi n'avoir succédé qu'à ce qui lui est échu (Cod. Nap., art. 883). On comprend, en effet, dans un tel système, tout l'intérêt qu'ont les créanciers d'un héritier, à ce qu'il tombe dans le lot de leur débiteur, des biens sur lesquels ils puissent se venger, et que dès lors, la loi a dû leur donner le droit de s'opposer et d'intervenir au partage, lorsqu'il est encore à faire.

Méthode. — Nous avons à voir en cette matière :

1° Quels sont les créanciers qui peuvent profiter du bénéfice de l'art. 882;

2° Comment se fait l'opposition ou l'intervention dont il est question, et quels en sont les effets, soit qu'il s'agisse d'un partage total ou simplement partiel;

3° Enfin, quelles sont les conséquences du défaut d'opposition et d'intervention en temps utile.

SOMMAIRE.

200. — A. Quels sont les créanciers qui peuvent s'opposer ou intervenir au partage non consommé.
201. — Les créanciers du défunt peuvent avoir intérêt à user du bénéfice de l'art. 882.
202. — D. De la forme de l'opposition et de l'intervention.
203. — L'opposition doit être signifiée à tous les co-partageants.
204. — Des effets de l'opposition.
205. — Des conséquences du défaut d'opposition en temps utile.
206. — Des rapports de l'art. 1167 avec le titre des successions.
207. — C. Conséquences à tirer de la combinaison de cet article avec l'art. 882.
208. — Suite.
209. — *Premier système*. Limitatif de l'art. 882.
210. — *Deuxième système*. Suppressif de l'art. 882.
211. — *Troisième système*. Également suppressif, sauf quelques nuances, de l'art. 882.
212. — Retour au système adopté par l'auteur et reproches qu'on lui adresse.
213. — L'action paulienne n'est possible contre le partage que quand il a été fait au mépris des oppositions.
214. — Des cas dans lesquels l'art. 882 ne s'applique pas.

200. — A. — *Quels sont les créanciers qui peuvent s'opposer ou intervenir au partage non consommé?* La loi répond : *Ce sont les créanciers d'un co-partageant* (art. 882). L'art. 203 du projet de l'an VIII sur le titre des successions portait : *Les créanciers hypothécaires d'un co-partageant, etc...* Le mot *hypothécaires* a disparu de la rédaction à la suite d'une observation de M. Jollivet, à la séance au Conseil d'Etat du 23 nivôse an XI, d'où il résulte que les créanciers même simplement chirographaires sont protégés par l'article qui nous occupe. Leur intérêt, quoique généralement moins pressant que celui des créanciers hypothécaires, ne saurait être sérieusement mis en question. Chaque créancier d'un héritier qui vient à partage d'une succession, est évidemment intéressé à ce que son débiteur en retire la part qui lui revient légalement, puisque le lot qui lui sera attribué est destiné à servir de gage à sa créance (Cod. Nap., art. 2092-2093). Il faut donc qu'on lui accorde la possibilité de surveiller les opérations de comptes, liquidation et partage, afin que tout s'y passe loyalement, et qu'il puisse empêcher, par son intervention, tout concert qui serait de nature, par exemple, à n'attribuer à son débiteur que des valeurs mobilières faciles à soustraire à ses poursuites, ou à le grever de rapports, de soultes ou de prélèvements exagérés ou sans cause.

Quant *aux créanciers hypothécaires*, leur intérêt se

révèle surtout lorsque les immeubles qui leur sont hypothéqués sont sujets à rapport. S'ils démontrent que leur débiteur se trouve dans l'un des cas de rapport en moins prenant (art. 859-860), ils conservent leur gage dans toute son intégrité, puisqu'il n'y a que le rapport en nature qui puisse le leur enlever (Code Nap., art. 858, 859 et 865).

Il en est de même si l'hypothèque ne leur a été consentie que pendant l'indivision, puisqu'elle ne sera valable qu'autant que l'immeuble hypothéqué tombera dans le lot de l'héritier qui se sera livré à cette opération irrégulière, mais susceptible d'être confirmée par l'évènement du partage (Cod. Nap., art. 883).

201. — Les créanciers du défunt ont-ils, comme les créanciers des co-partageants, le droit de s'opposer et d'intervenir au partage?

L'art. 882 n'accorde textuellement ce droit *qu'aux créanciers des héritiers*. Cette rédaction est venue de ce que, au moment où on élaborait le titre des successions, les idées n'étaient pas encore fixées sur le système de *confusion restreinte* (séparation des patrimoines), qui n'a été adopté que plus tard, lors de la rédaction du titre des hypothèques (Cod. Nap., art. 2111 et 2113). On ne pouvait guère alors concevoir l'intérêt des créanciers de la succession à intervenir au partage, dès qu'on se contentait de consacrer ce qui existait (Cod. Nap., art. 878 à 881) en cette matière. C'é-

tait dans l'ancienne jurisprudence un point généralement admis « que les créanciers du défunt n'avaient « point d'intérêt au partage de ses biens qui leur « étaient tous également affectés, et que cette inspec- « tion n'appartenait qu'aux créanciers particuliers de « l'héritier, qui ont droit de voir ce qui doit appar- « tenir à leur débiteur et d'intervenir à cet effet au « partage. » L'égalité des héritiers était alors indifférente à ceux qui avaient tous les héritiers et tous les biens de la succession pour obligés (1), tant par suite des hypothèques antérieures au décès, que du droit de préférence résultant, après l'ouverture de la succession, de la séparation des patrimoines : laquelle avait lieu de *plein droit* au profit des créanciers du défunt à l'encontre des créanciers de tous les héritiers (2).

Aujourd'hui il nous paraît évident que les créanciers de la succession peuvent tout aussi bien que ceux des héritiers, intervenir au partage, parce que le nouveau système des art. 2111 et 2113 du Code Napoléon leur donne, à s'y opposer, un intérêt qu'ils

(1) LEBRUN, *Success.*, liv. IV, chap. 1, n° 28, *in fine*.

(2) « Suivant nos usages, dit BASNAGE, *Traité des hypothèques*, pag. 180, « édit. de 1681, il n'est pas besoin de demander la séparation des biens im- « meubles du défunt et de son héritier. » « En France, dit LEBRUN, *loc. cit.*, « n° 24, la séparation des patrimoines a lieu de *plein droit*; elle n'est pas su- « jette à demande. » Il en est encore de même de nos jours; la prétendue demande en séparation des patrimoines n'est rien autre chose qu'une demande en collocation privilégiée dans les ordres ou dans les distributions.

n'avaient pas autrefois, si toutefois l'on admet avec nous que ce nouveau système n'a pas modifié le principe de la division des créances et des dettes entre les héritiers, et que, par conséquent, ces derniers ne peuvent être poursuivis hypothécairement par les créanciers inscrits, suivant l'art. 2111, sur les immeubles provenant du défunt que jusqu'à concurrence de leurs parts et portions dans les dettes divisées de plein droit (1).

Exemple : Le défunt a laissé une fortune de 150,000 fr. à partager entre trois enfants, et une dette chirographaire de 50,000 fr. Il existe dans la succession 50,000 fr. de terres et de prés et le reste est représenté par une rente sur l'Etat. Le créancier héréditaire qui n'a pas, dans les enfants, la même confiance qu'il avait dans la personne du défunt, inscrit sa créance de 50,000 fr. sur les immeubles aux termes de l'art. 2111 du Code Napoléon. Les trois héritiers procèdent au partage en l'absence du créancier, et comme l'un d'eux est cultivateur, ils lui font sa part en lui abandonnant *tous* les immeubles. Sur quoi le créancier pourra-t-il exercer des poursuites pour recouvrer sa créance de 50,000 fr.? Sur les immeubles? Sans doute. Mais jusqu'à concurrence de quelle somme? Si ce que nous avons dit est vrai, il ne peut

(1) *Suprà*, tom. II, n° 130.

poursuivre l'héritier détenteur que pour le tiers des causes de son inscription de privilège (art. 1220), de sorte que le surplus n'aura d'autres garanties que la moralité et la solvabilité personnelles des autres co-partageants lotis avec des rentes sur l'Etat qui sont insaisissables!... S'il s'était pourtant opposé au partage, il aurait pu éviter ce grave inconvénient, en exigeant, suivant l'art. 832, la répartition à peu près égale des immeubles dans chaque lot, et alors, en poursuivant hypothécairement chacun des héritiers nantis d'une portion des immeubles, suivant sa part héréditaire, il se trouverait remboursé de toute sa créance, tandis que si on lui refuse le bénéfice que l'art. 882 accorde aux créanciers de l'héritier (1), il est inévitablement livré aux caprices et souvent à la fraude de ses trois débiteurs. On voit par là quel puissant intérêt les créanciers héréditaires peuvent avoir à intervenir au partage tout aussi bien que ceux des co-partageants. Aussi, pensons-nous que la disposition de l'article 882 ne doit pas être entendue d'une manière restrictive, et qu'elle s'applique à tous ceux qui ont un intérêt à ce que le partage ne se fasse pas hors de leur présence. Les acquéreurs de biens rapportables, les acheteurs de biens indivis, les cessionnaires des droits d'un co-héritier ont à s'y opposer un intérêt

(1) VAZEILLE, art. 882, n° 2, *in fine*.

aussi pressant que les créanciers des co-partageants (1); et cependant l'art. 882 garde le silence en ce qui les concerne, bien qu'ils y soient virtuellement compris.

Au surplus, dans le système *de confusion restreinte* qui nous régit aujourd'hui, l'antique distinction des créanciers du défunt et des créanciers de l'héritier n'a plus qu'une importance purement secondaire au point de vue qui nous occupe. Tous sont *des créanciers de l'héritier*, sauf que les uns ont un privilége sur certains biens du débiteur commun, tandis que les autres n'en ont pas. Ils rentrent donc tous dans les termes de l'art. 882, et c'est sans doute la raison pour laquelle Treilhard, en le présentant au Corps législatif à la séance du 19 germinal an XI, disait, d'une manière générale, « que les créanciers dont l'intérêt *ne peut être révoqué en doute*, peuvent s'opposer, pour la conservation de leurs droits, à ce que le partage soit fait hors de leur présence. »

202. — B. — *De la forme de l'opposition ou de l'intervention dont il s'agit et de ses effets.*

L'opposition à partage se fait par un acte extra-judiciaire signifié par huissier *à tous les co-partageants*, afin de les avertir de ne pas s'exposer à faire un acte

(1) Cass., 14 août 1840. DEVILL., 1840, I-753. CHABOT, art. 882, n° 6. POUJOL, art. 882, n° 2. DURANTON, tom. VII, n° 508. ZACHARIÆ-MASSÉ et VERGÉ, tom. II, pag. 389, 29. DEMOLOMBE, tom. V, *Success*, n° 226.

de partage qui serait nul, s'ils y procédaient au mépris de l'opposition en l'absence de l'opposant.

L'intervention dans le cours de la procédure pendante de l'action *familiæ erciscundæ*, est le moyen par lequel les créanciers dont il s'agit se rendent parties au procès, afin d'y soutenir leurs droits qui, sans cela, pourraient être compromis. Elle se forme au moyen d'une requête signifiée d'avoué à avoué comme toute demande incidente (1).

Du reste, comme la loi n'a pas réglé d'une manière spéciale la forme de l'opposition à partage (2), l'acte extra-judiciaire dont nous venons de parler et qui se fait habituellement en pratique, peut être remplacé par des *équipollents*.

C'est ainsi : 1° Qu'une opposition aux scellés inscrite sur le procès-verbal ou notifiée au greffier du juge de paix équivaudrait à une signification extra-judiciaire (3).

2° Qu'une saisie-arrêt ou une saisie immobilière dénoncée à *tous* les co-partageants (4) y suppléerait également.

(1). Cod. proc., art. 339, et CARRÉ, sur cet article.

(2) Voy. Cass., 18 février 1862. DEVILL., 1862, I-305. DUTRUC, n° 527.

(3) Cass., 9 juillet 1838. DEVILL., 1838, I-764. Cass., 6 juillet 1858. DEVILL., 1859, I-247. DEMOLOMBE, tom. V, n° 232. VAZEILLE, art. 882, 3°.

(4) Cass., 24 janvier 1837. DEVILL., 1837, I-106. Cass., 19 novembre 1838. DEVILL., 1839, I-309.

203. — Mais comme il faut pour être constitués en faute susceptible de faire annuler le partage consommé au mépris de l'opposition, que tous les co-héritiers en soient frappés, de manière à ce qu'ils ne puissent prétexter cause d'ignorance, une saisie-arrêt dénoncée à quelques-uns des héritiers seulement ou une saisie immobilière *non dénoncée à tous*, fût-elle même transcrite au bureau des hypothèques (1), une simple inscription d'hypothèque judiciaire ou conventionnelle, seraient insuffisantes pour produire les effets que la loi attache aux oppositions à partage (2).

204. — L'opposition dont il s'agit produit les résultats suivants : 1° Elle paralyse entre les mains de l'héritier débiteur le droit de libre disposition au préjudice du créancier opposant, de sorte qu'il est dans ses rapports avec ce dernier, frappé d'incapacité à tel point, qu'il ne saurait, avant la main-levée, procéder valablement au partage, sans y appeler celui qui l'a régulièrement formalisée (3).

(1) Voy. Cass., 12 novembre 1840. DEVILL., 1841, I-63. ZACHARIÆ-MASSÉ et VERGÉ, tom. II, p. 389, not. 31.

(2) Voy. à cet égard, Toulouse, 11 juillet 1829. SIREY, 1829, II-116. Bourges, 27 août 1852. DEVILL., 1853, II-405. Agen, 11 décembre 1854. DEVILL., 1855, II-56. DEMOLOMBE, n^os^ 232, 233, 234, 235, *loc. citat.*

(3) Voy. Cass., 11 juin 1846. DEVILL., 1846, I-444. Cass., 6 juillet 1858. DEVILL., 1859, I-247. Cass., 18 février 1862. DEVILL., 1862, I-305. DUTRUC, n° 538. ZACHARIÆ-MASSÉ et VERGÉ, tom. II, p. 390, 33. DEMOLOMBE, *loc. cit.*, n° 238.

2° Elle oblige tous les co-héritiers auxquels elle a été dénoncée, à appeler les opposants à leurs opérations de comptes, liquidation et partage de la succession, et ces derniers, si le partage s'était consommé en leur absence, et sans qu'on les y eût appelés, seraient en droit de l'attaquer pour cette seule raison, et sans être tenus de prouver la fraude, soit de leur débiteur, soit de ses co-héritiers. Puisque la loi leur a refusé, dans l'intérêt public et de la stabilité des partages si nécessaire à la paix des familles, le droit de les faire révoquer en vertu de l'art. 1167, il a bien fallu leur donner en compensation un moyen énergique à l'aide duquel ils pourraient faire respecter leurs droits. S'ils n'ont pas la voie *répressive*, ils ont une voie de police *préventive* qui en tient lieu (1). Toutefois, si au cas dont il s'agit, ils ne sont pas astreints à prouver *le consilium fraudis*, ils doivent au moins établir que le partage fait en leur absence leur a porté un préjudice quelconque *l'eventus damni;* car il n'y a pas d'action sans intérêt.

3° Remarquons, avant d'aller plus loin, que l'opposition qui nous occupe ne produit que des effets *purement relatifs* à celui qui l'a faite, et que les autres

(1) DUCAURROY, BONNIER et ROUSTAIN, tom. II, n° 773. BOUTRY-BOISSONADE, *Revue critique*, 1856, tom. IX, p. 452. Douai, 26 décembre 1853. DEVILL., 1854, II-680. Pau, 3 février 1855. DEVILL., 1855, II-56. DEMOLOMBE, tom. V, n° 237.

créanciers du co-partageant non plus que ceux de ses co-héritiers ne peuvent en revendiquer les bénéfices. C'est pour eux : *res inter alios acta* (2). Le partage consommé est irrévocable aussi à l'égard des co-héritiers qui n'auraient pas été touchés de l'opposition.

205. — C. — *Quelles sont les conséquences du défaut d'opposition ou d'intervention en temps utile?*

Puisque les créanciers qui ont formé opposition au partage et qui doivent y parler sont devenus *des parties nécessaires* à sa validité, il est juste de décider *à contrario sensu* que le partage fait hors de leur présence et au mépris de leur opposition, ne saurait valoir à leur égard, et qu'ils ont par conséquent le droit d'en demander la nullité pour cause de lésion même la plus petite. La loi ne leur impose pas ici, comme cela a lieu en général quand il s'agit de la révocation des actes à titre onéreux, l'obligation de prouver *le consilium fraudis et l'eventus damni* (art. 1167), imputables soit à leur débiteur soit à tous ses co-héritiers. Elle ne s'est pas embarrassée de toutes les subtilités que l'interprétation a imaginées en cette matière, dans le but unique de réduire l'art. 882 à une lettre morte.

Voici le vrai sens de cet article dans ses rapports avec l'art. 1167. Le législateur s'est dit ceci : Lors-

(2) Cass., 6 juillet 1858. DEVILL., 1859, I-247. Bordeaux, 3 mai 1833. DEVILL., 1833, II-509. MASSÉ et VERGÉ sur ZACHARIÆ, tom. II, p. 389, 31. FOUET DE CONFLANS, art. 882, n° 7. DEMOLOMBE, tom. V, n° 236.

qu'un débiteur a diminué frauduleusement son patrimoine par quelque connivence préjudiciable à ses créanciers, ces derniers peuvent, *de leur propre chef*, *en leur nom*, faire tomber sous le glaive de la justice les actes à l'aide desquels il est parvenu à ses fins, au moyen d'une action *personnelle*, *réelle*, *arbitraire*, *in factum, et pénale*, qu'on appelle en droit la Paulienne (art. 1167). Mais pour réussir dans l'exercice de cette action, il leur faut prouver deux choses : 1° *le consilium fraudis ;* 2° *et l'eventus damni ;* car, *d'une part*, on n'est pas incapable pour avoir des dettes, et, *d'autre part*, la sécurité nécessaire aux transactions journalières de la vie réelle exige le maintien des actes autant que cela est possible.

Telle est la règle générale qui domine cette matière importante. Les partages doivent-ils y être soumis comme les autres conventions ? Au premier coup d'œil, *videtur quod sic,* puisque ce sont des actes *à titre onéreux* de la nature de ceux qui rentrent dans l'application de l'art. 1167, et que la loi doit atteindre la fraude partout où il est possible de la découvrir, tout aussi bien dans un partage que dans une vente ou dans un échange. Si donc les co-partageants se sont entendus pour frauder les droits d'un créancier hypothécaire ou d'un ayant-cause de l'un d'entre eux, on ne voit pas pourquoi leur partage, qui renfermerait tout à la fois *le consilium fraudis et l'eventus damni* traditionnels,

échapperait aux rigueurs légitimes du droit commun.

Cependant le législateur en a jugé autrement pour le cas particulier, et il a pensé que le *videtur quod sic* devait exceptionnellement se traduire ici en un *videtur quod non* : ce en quoi il nous paraît, malgré les critiques qui lui ont été adressées à cette occasion, n'avoir fait que ce qu'il devait faire. Pourquoi cela ? C'est parce qu'il y avait là un motif particulier beaucoup trop considérable pour qu'on n'en tînt aucun compte et pour qu'il fût permis à des créanciers d'attaquer et de faire tomber un partage, pour un misérable intérêt d'écus, sans plus de cérémonie que s'il s'agissait de tout autre acte ordinaire de la vie civile. Ce motif, c'est que la stabilité des partages importe fort au bien public, et que leur maintien est nécessaire, non-seulement aux intérêts matériels qui s'y trouvent engagés, mais encore et surtout à la paix du foyer domestique. Ce n'est jamais impunément que l'on brise les pactes de famille. Un partage est presque toujours une occasion de brouilles, et quand il n'en est pas ainsi, c'est souvent une épreuve douloureuse pour ceux qui sont appelés à y prendre part. Ce n'est pas assurément pour rien que les anciens philosophes nous ont transmis le proverbe populaire : *Rara concordia fratrum.*

Or, c'est déjà bien assez que des frères, obligés de se trouver en conflit les uns avec les autres, aient à supporter une fois cette épreuve, sans qu'on la leur im-

pose une seconde, une troisième ou une quatrième fois, parce qu'il aura plu à quelques créanciers négligents de leurs affaires de laisser le partage se consommer en leur absence (art. 882). C'est donc avec raison que les rédacteurs de l'art. 1167, après avoir posé le principe de la Paulienne, appliquée aux actes frauduleux dont ils avaient à s'occuper au titre des obligations, en ont formellement excepté le partage en ajoutant, dans la disposition finale de cet article, que, *néanmoins*, les créanciers ou plutôt les ayant-cause du *fraudator* doivent, *quant à leurs droits énoncés au titre des successions, se conformer aux règles qui y sont prescrites.*

206. — Voyons maintenant les règles du titre des successions auxquelles nous renvoie le législateur lui-même. Ce ne peut être que : 1° l'art. 788, dont nous nous sommes précédemment occupé (1) où il est traité de la renonciation faite par un successible au préjudice de ses créanciers (2) ; 2° et l'art. 882 relatif aux consé-

(1) *Suprà*, tom. II, n^os^ 39 et suiv.

(2) Au cas de l'art. 788, *le consilium fraudis* n'est pas nécessaire pour faire révoquer la renonciation préjudiciable aux créanciers du renonçant, parce qu'il y s'agit d'un acte unilatéral, *à titre gratuit*. On conçoit que dans cette hypothèse, le droit que l'art. 1167 reconnaît aux créanciers fraudés, a dû se modifier *en plus* à leur avantage, parce qu'ils combattent pour éviter de perdre contre des adversaires qui ne résistent que *pour conserver un gain*. Voilà pourquoi leur action s'admet plus facilement au cas de l'art. 788 qu'à celui de l'art. 1167, uniquement applicable aux actes *à titre onéreux* et à titre gratuit ordinaires (Voy. *Suprà*, tom. II, n° 58).

quences de l'opposition à partage dont nous parlons en ce moment. Ces deux articles sont les seuls qui contiennent des modifications à la règle de l'art. 1167, en exécution du *néanmoins*, qui se lit dans sa disposition finale.

Donc, toute la difficulté consiste à rechercher en quoi et comment le titre des successions a modifié soit *en plus*, soit *en moins*, la pensée écrite par le législateur au titre des obligations. Or, à cet égard, l'art. 882 ne peut laisser l'ombre d'un doute sur la volonté des auteurs du Code. Ils ont voulu, dans l'intérêt de la famille, n'admettre les ayant-cause d'un co-partageant à attaquer utilement un partage *consommé* qu'autant qu'il y aurait été procédé en leur absence et au mépris de leurs oppositions. L'opposition préalable dont il est question dans l'art. 882 est la condition *sinè quâ non* de la recevabilité de la *Paulienne* contre le partage, puisque, d'après le texte formel de l'article, les créanciers du co-partageant doivent la former *pour éviter que le partage ne soit fait en fraude de leurs droits*. Il est donc incontestable que l'art. 882, combiné avec le *néanmoins* de l'art. 1167, a voulu soumettre *la Paulienne* à un système particulier dans ses rapports avec le titre des successions, et que l'intention du législateur a été, dans l'art. 882, de substituer un moyen de police *préventive*, en matière de partage, au moyen de police *coërcitive et ré-*

pressive de l'art. 1167 qui contient la règle générale relative à la révocation pour cause de fraude de tous les actes en général.

207. — Cela posé, tirons les conséquences qui résultent de ce système, et concluons de ce qui précède :

1° Que si les ayant-cause de l'un ou de plusieurs des co-partageants se sont rendus opposants ou intervenants, ou y ont été régulièrement appelés, ils ne peuvent, en aucun cas, attaquer le partage consommé dans de telles circonstances pour cause de fraude, art. 1167 ;

2° Que s'ils ont fait opposition au partage, conformément à l'art. 882, *et s'ils n'y ont pas été appelés,* ils ont le droit, sans même être astreints à prouver le *consilium fraudis*, mais toutefois à charge par eux d'établir qu'ils ont un intérêt quelconque à sa révocation, d'en demander judiciairement l'annulation, par cela seul que les co-partageants frappés d'opposition ne les ont pas convoqués à leur opération qu'il faut alors juger comme *très-suspecte ;*

3° Enfin que s'ils ont laissé les co-héritiers liquider et partager la succession sans avoir formé d'opposition préalable, ou sans être intervenus en temps utile, *ils ne peuvent attaquer le partage consommé,* suivant le texte formel de l'art. 882, *in fine*.

Voilà, suivant nous, comment la loi est parvenue, au cas particulier, à concilier les intérêts légitimes

contraires de la famille et du public. *Quæ species verissima hæc est* (1).

208. — Cependant de très-bons esprits ont pensé que dans cette circonstance, les auteurs du Code avaient dépassé le but, et que l'expérience nécessiterait un jour la révision de l'art. 1167, dans ses rapports avec l'art. 882 du Code Napoléon : ce qui n'est pas impossible avec le vent qui souffle sur la jurisprudence contemporaine.

Voici les observations qu'un magistrat très-compétent en matière de dol et de fraude, M. Chardon, a faites à cette occasion. « Sans doute, dit-il, il importe que « les familles ne soient pas exposées légèrement à des « recherches, lorsque parmi les co-partageants, il s'en « trouve dont les affaires sont en désordre. Ce but (si « nous en croyons le judicieux auteur que nous citons) « serait suffisamment rempli en maintenant tous les « partages faits de bonne foi, avant l'opposition des « créanciers; *mais c'est faire beaucoup trop* que d'ex-

(1) Voy. à cet égard POTHIER, *Success.*, chap. IV, art. 5, § 1. LEBRUN, *Success.*, liv. III, chap. IV, sect. 4, n° 3, et liv. IV, chap. I, n° 65. Parmi les modernes, CHARDON, *Traité de la fraude*, n° 260. CHABOT et son annotateur BELOST-JOLIMONT sur l'art. 882. DURANTON, tom. VII, n° 509. MALPEL, n° 253. POUJOL, art. 882. MARCADÉ, art. 882. ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, §§ 313-626. ZACHARIÆ-MASSÉ et VERGÉ, tom. II, pag. 390. DUCAURROY, BONNIER et ROUSTAIN, tom. II, n° 773. DEMANTE, tom. III, n° 224 *bis*. DEMOLOMBE, tom. V, n° 241, *Success. Jurisprudence*, Bordeaux, 29 novembre 1836. Riom, 23 juillet 1838. DEVILL., 1839, II-278-279. Douai, 7 juin 1848. DEVILL., 1849, II-362. Douai, 15 décembre 1851. DEVILL., 1852, II-57, et la note de l'arrêtiste sous un arrêt de Grenoble du 1er juin 1850. DEVILL., 1851, II-608.

« clure l'action en fraude. Avant le Code, le créancier « n'y était admis qu'en prouvant que *tous* les co-parta- « geants s'étaient rendus complices de la fraude du « débiteur. Or quand cette preuve est faite, quel inté- « rêt peut inspirer une famille où ce concert a existé ? « Encore s'il était toujours possible aux créanciers de « prévenir ces manœuvres par leur intervention dans « les partages, il serait naturel de les punir ainsi « (art. 882) de leur négligence ; mais qui ne voit com- « bien il est facile, quand tous les co-partageants sont « présents et majeurs, pour peu que les créanciers « soient éloignés, de rendre vaine leur interven- « tion (1) ? »

Ces observations d'un homme pratique nous donnent le motif pour lequel nous allons voir une légion d'autres jurisconsultes entreprendre une croisade contre l'art. 882, afin d'arriver à le resserrer dans des limites tellement étroites qu'ils finiront par oublier le texte de la loi et par le réduire à un non-sens législatif !

209. — *Premier système, limitatif de l'art.* 882. — M. Boutry-Boissonade, dans un article qu'il a publié sur l'exception apportée en matière de partage au principe de l'action Paulienne, condamne les trois systèmes d'interprétation qui se discutaient avant son ap-

(1) *Traité de la fraude*, n° 261.

parition dans la science, à propos de l'objet en litige. Suivant lui, comme suivant nous, l'art. 882 contient pour les partages une véritable exception à l'art. 1167, mais c'est là que le dissentiment commence entre nous, cet art. 882 ne s'appliquerait *qu'à un seul cas de fraude,* celui où les co-héritiers, de concert entre eux, auraient à la faveur de l'effet déclaratif du partage (Cod. Nap., art. 883) privé les créanciers non-opposants des sûretés réelles (il rétablit dans texte le mot *hypothécaire* qui se trouvait dans le projet et qui a disparu de la rédaction définitive) qu'ils avaient reçues d'un héritier, sur un immeuble héréditaire, avant le rapport ou pendant l'indivision.

Ainsi d'après M. Boutry-Boissonade, les créanciers hypothécaires d'un co-partageant seraient *les seules personnes* dont a voulu parler l'art. 882, de sorte que tous les autres créanciers, lors même qu'ils n'auraient fait aucune opposition, seraient fondés à attaquer le partage consommé comme tout autre acte à titre onéreux, suivant la règle générale de l'art. 1167, c'est-à-dire dans le cas où il serait entaché de fraude.

A cela, deux réponses péremptoires : 1° Ce système suppose dans l'art. 882 une distinction qui ne s'y trouve pas. Or quand la loi ne distingue pas, l'interprète ne doit pas distinguer.

2° Quel motif sérieux pourrait-on d'ailleurs invoquer pour justifier, en dépit du texte absolu de l'art. 882,

une distinction subtile entre les fraudes susceptibles de diminuer *le patrimoine saisissable* par tous les créanciers, et les fraudes qui diminuent seulement *les garanties* de certains créanciers ? Est-ce que le préjudice ne pourrait pas être également grave tout aussi bien dans la première que dans la seconde hypothèse de fraudes (1) ? Donc ce système est inadmissible, il réduit l'art. 882 à peu près à rien, quand pourtant l'article 1167 nous avertit qu'il existe au titre des successions une restriction importante, concernant l'exercice utile de la Paulienne.

210. — *Deuxième système, suppressif de l'art.* 882. — Treilhard a dit, en présentant au Corps législatif l'art. 882, « que les créanciers ne peuvent attaquer un « partage fait *sans fraude*, en leur absence, à moins « qu'il n'y eût été procédé au préjudice d'une opposi- « tion qu'ils auraient formée. » Voilà le sens de la loi. Il faut conclure des paroles de l'orateur du gouvernement que les auteurs du Code n'ont voulu innover en rien à ce qui se passait dans l'ancien droit, et que, par conséquent, les créanciers sont toujours recevables à se plaindre de la fraude pratiquée envers eux par *tous* les co-partageants, lors même qu'ils n'auraient formé aucune opposition ou intervention : la disposition de l'art. 882 ne repoussant l'action des

(1) Voy. DEMOLOMBE, n° 241, *loc. cit.*

créanciers que dans le cas où le partage s'est fait *de bonne foi*. Il est impossible que des co-héritiers qui se sont livrés à la fraude puissent invoquer le bénéfice de cet article dont l'objet n'a pu être que de maintenir les partages consommés *d'une manière loyale*, et non pas ceux dans lesquels ils auraient *tous organisé un concert frauduleux* pour préjudicier aux droits des créanciers de l'un d'eux. S'il en était autrement, comme le veut le premier système que nous avons adopté, les fautes les plus graves resteraient impunies au mépris de la morale et de la justice (1).

C'est ainsi que de discours en discours, d'imaginations en imaginations, en oubliant le texte de la loi, en ayant surtout le soin de garder un prudent silence sur ces mots de l'art. 882 : « *pour éviter que le partage ne soit fait en fraude de leurs droits,* » que l'on traduit arbitrairement en matière de révocation d'actes à titre onéreux par ceux-ci : *au préjudice de leurs droits*, et en se permettant d'ajouter après le mot *consommé* de la seconde partie de l'article, le *sans*

(1) Voy. à cet égard VAZEILLE, art. 882, n° 4. FOUET DE CONFLANS, art. 882, n° 12. DUTRUC, *Du partage*, n° 532. DALLOZ aîné, *Rép.*, *V° Success.*, n°s 2046-2052. BÉDARRIDE, *Traité du dol et de la fraude*, n°s 1552 et suiv. Agen, 21 février 1824. SIREY, 1825, II-183. Toulouse, 8 décembre 1830. DEVILL., 1830, II-161. Bordeaux, 3 mai 1833. DEVILL., 1833, II-509. Bordeaux, 11 juillet 1834. DEVILL., 1834, II-477. Bordeaux, 25 novembre 1834. DEVILL., 1835, II-139. Montpellier, 11 juin 1839. DEVILL., 1839, II-473. Paris, 10 juillet 1839. DEVILL, 1839, II-328. Lyon, 17 février 1854. DEVILL., 1854, II-506. Paris, 21 janvier 1858. DEVILL., 1858, II-565.

fraude erroné de Treilhard qui n'y figure pas, et qui ne pouvait y figurer sans faire antinomie avec la fin de l'art. 1167; c'est ainsi, disons-nous, que les partisans du système que nous venons de résumer parviennent à faire de l'art. 882 et de la disposition du titre des obligations qui annonce qu'il existe au titre des successions *des restrictions* à l'exercice de l'action paulienne... *des non-sens législatifs complètement inutiles!* et on appelle cela *interpréter*... Si les Cours d'appel et les jurisconsultes, qui n'ont pas craint de proposer ce système comme étant celui des rédacteurs du Code civil, avaient médité un instant sur l'exposé des motifs de l'art. 1167 fait par *Bigot-Préameneu*, le 7 pluviôse an XII, au Corps législatif, jamais l'idée qu'ils ont tenté de mettre en circulation dans la science à cet égard, n'aurait vu le jour. « Il faut, a dit Bigot, pour « que les contrats ne puissent nuire aux tierces per- « sonnes, que les créanciers aient le droit d'attaquer « en leur nom *les actes faits en fraude de leurs droits.* » Voilà le principe général posé dans l'art. 1167. Est-ce à dire que les partages y sont soumis comme les autres actes à titre onéreux, ainsi que le veulent les auteurs et la jurisprudence des Cours dont nous combattons la doctrine? Ecoutons l'orateur.

« On n'a cependant pas voulu (art. 1167, *in fine*) « que des créanciers (pour un simple intérêt d'écus) « pussent troubler le repos des familles en attaquant

« comme frauduleux (intentionnellement préjudi-
« ciables et non pas simplement préjudiciables), cer-
« tains actes qui sont nécessaires : actes qu'ils ne sont
« point censés avoir ignorés (parce que le décès est un
« évènement public réputé connu de tous jusqu'à
« preuve contraire), et dans lesquels on leur donne
« seulement (comme moyen de police préventive) le
« droit d'intervenir pour y défendre leurs droits. Ces
« cas sont prévus dans le Code civil (art. 618, 622,
« 788, 865, 882, 1447 et 1464). Tel est celui d'un co-
« héritier (il cite précisément le cas de l'art. 882 sur
« lequel s'agite le litige) dont les créanciers peuvent
« s'opposer à ce qu'il soit procédé hors leur présence
« au partage des biens de la succession qu'il recueille,
« et y intervenir à leurs frais, *mais sans avoir le droit*
« *d'attaquer ce partage* (fût-il frauduleux) lorsqu'il est
« consommé, à moins (bien entendu) qu'on n'eût
« procédé sans égard à une opposition qu'ils auraient
« formée. »

Après une explication aussi positive émanée de l'organe du gouvernement, sur le sens de l'art. 882, il ne reste plus à nos adversaires qu'à faire amende honorable et à reconnaître qu'ils se sont tous trompés, y compris Treilhard (1).

(1) « C'est mal à propos, dit M. DEMANTE, tom. III, n° 224, que l'orateur du « gouvernement, TREILHARD, borne l'application de l'art. 882 aux partages « faits *sans fraude*. Ce serait vraiment anéantir sa disposition. »

211. — *Troisième système, également suppressif de l'art.* 882 *et de la disposition finale de l'art.* 1167.

Ce troisième système prétend que l'art. 882 a laissé les partages sous l'empire du droit commun en matière de révocation des actes frauduleux (art. 1167), et que son unique objet a été de refuser aux créanciers, *non opposants*, le droit de révocation pour *simple préjudice* : droit qu'il leur concède cependant, si les co-partageants se sont permis de procéder au partage au mépris d'une opposition. Il invoque, comme le précédent, le passage précité du discours de Treilhard au Corps législatif, sans remarquer que l'orateur du gouvernement ne semble parler que des créanciers du défunt (1). Il substitue, comme le deuxième, aux mots *en fraude de leurs droits*, ceux-ci : *au préjudice de leurs droits*, pour arriver à dire que l'opposition ou l'intervention des créauciers d'un co-partageant n'ont d'autre but que de les préserver de tout préjudice résultant du partage, tandis que le tirage au sort pouvant leur causer un préjudice irréparable, fussent-ils présents, il est évident que leur opposition ou intervention ont dans l'esprit et les termes de la loi, pour objet de prévenir et de déjouer les fraudes à leurs droits, et non pas le *simple préjudice* souvent impossible à éviter.

(1) Treilhard y commence par dire : « Le paiement des dettes est la pre-« mière et la plus importante obligation des héritiers. »

Enfin, il laisse sans application la fin de l'art. 882, et il supprime arbitrairement la disposition restrictive de l'art. 1167 (1).

Il est évident que les raisons que nous avons invoquées pour rejeter le système précédent, s'appliquent *à fortiori* à celui-ci qui n'en diffère qu'en ce qu'il n'exige pas, comme le deuxième, un concert frauduleux *de tous* les co-héritiers.

212. — Les jurisconsultes que nous combattons n'ont pas vu que dans le système du Code, les créanciers des héritiers ne pouvaient être protégés par la Paulienne et obtenir la révocation des partages consommés, même avec fraude, qu'autant que les copartageants y auraient procédé au mépris de leurs oppositions réglées par l'art. 882. Ils ont mieux aimé retrancher du Code cet article et la fin de l'art. 1167 que d'admettre en faveur de la famille, la protection qui en résulte et qui leur a paru exagérée, bien que, à n'en pas douter, la véritable pensée des rédacteurs ait été de la consacrer énergiquement, en substituant par l'opposition à partage, un moyen de police préventive au moyen répressif de l'action révocatoire. C'est une transaction entre deux intérêts légitimes

(1) Voy. TOULLIER, *Success.*, tom. IV, n° 563. DALLOZ jeune, *V° Success. Dictionnaire général et supplément*, n° 124. Montpellier, 11 juin 1839. Paris, 10 juillet 1839. Mais voy. la réfutation et l'exposition de ce système dans l'article précité de M. BOUTRY-BOISSONADE, *Revue critique*, tom. IX, page 453, et dans le *Traité des success.* de M. DEMOLOMBE, tom. V, n° 239 *bis*.

contraires dans laquelle la stabilité des partages jugée nécessaire au bien public et à l'harmonie toujours désirable entre co-partageants, l'a emporté sur un intérêt d'écus. Voilà la vérité méconnue par un grand nombre de Cours qui seront un jour obligées de réformer leur jurisprudence en cette matière, à moins que le pouvoir législatif n'abroge l'art. 882. Revenons au développement de notre système.

On lui adresse un reproche de dureté et même d'impossibilité pratique, en disant *d'une part* qu'il est injuste en ce qu'il ne réprime pas la fraude d'une manière suffisante, et, *d'autre part*, en ce que la loi n'ayant fixé aucun délai pendant lequel il aurait été interdit aux co-héritiers de procéder au partage, l'opposition de l'art. 882 peut souvent n'atteindre pas son but.

En ce qui touche le reproche d'injustice, nous y avons suffisamment répondu en exposant les motifs de la restriction que l'art. 1167 a cru devoir apporter à l'exercice de la Paulienne dans ses rapports avec le titre des successions. Les créanciers ont leur droit d'intervention qui suffit pour les protéger utilement, s'ils ne mettent pas de négligence à en user.

En ce qui touche sa prétendue impossibilité pratique, nous ferons remarquer que tous les partisans de notre théorie s'accordent à reconnaître qu'elle doit souffrir une limitation qui résulte de la nature même des

choses, lorsque les co-héritiers fraudeurs se sont hâtés incontinent après le décès, de procéder au partage, de manière à mettre les créanciers dans l'impossibilité matérielle de former leurs oppositions avant qu'il ne soit consommé. C'est là une question de fait à juger d'après les circonstances, et si par des manœuvres quelconques les créanciers ont été virtuellement privés de la possibilité d'arriver en temps utile, l'art. 882 ne pourra pas être invoqué contre eux, de sorte qu'ils resteront par la faute des héritiers, alors même qu'ils n'auront pas fait d'opposition, dans le droit commun de l'article 1167 (1).

213. — Remarquons aussi que si la recevabilité de l'action révocatoire n'a lieu au profit des créanciers qu'autant que le partage a été consommé au mépris de leurs oppositions, il n'en saurait être de même dans le cas où il serait constant que le partage attaqué n'est pas *sérieux*. Un partage *simulé* n'est pas un partage *consommé*, puisque ce n'est pas même *un partage*. Voilà donc encore un cas où l'art. 882 ne recevra pas son application (2).

214. — Enfin tout ce qui précède ne s'applique,

(1) Voy. DEMOLOMBE, tom. V, n° 243. DEMANTE, tom. III, n° 224 *bis*. DUCAURROY, BONNIER et ROUSTAIN, tom. II, n° 773. DURANTON, tom. VII, n°s 506 et 509. Cass., 4 février 1857. DEVILL., 1858, I-47. Limoges, 15 avril 1856. DEVILL., 1856, II-631.

(2) DEMANTE, *loc. cit.* Cass., 10 mars 1825. DEVILL., 1825-1827, I-72. POUJOL, art. 882, I, *in fine*.

bien entendu, qu'au cas de l'action Paulienne, c'est-à-dire au cas où les créanciers, agissant en leur nom personnel, attaquent le partage en vertu de l'art. 1167, et non pas dans ceux où ils seraient fondés à en demander la nullité ou la rescision, au nom de leur obligé dont ils exerceraient les droits suivant l'art. 1166, soit *pour lésion du plus du quart* (art. 887), *soit pour cause de violence* (art. 887-1109) *ou de dol* pratiqué par les co-héritiers, en vue de surprendre le consentement de leur débiteur (art. 887, 1109, 1116). L'art. 882 est étranger à toutes ces actions particulières, et elles peuvent être mises en mouvement sans qu'il y ait eu opposition ou intervention préalable au partage.

Voilà le commentaire que nous croyons être celui qu'il faut donner aux art. 1167 et 882 dans les rapports qu'ils ont l'un avec l'autre.

CHAPITRE IX

Des effets du partage et de la garantie des lots (Cod. Nap., art. 883 (1), 886).

215. — MÉTHODE. — Nous passons maintenant à la partie la plus importante et la plus débattue de la théorie du partage.

(1) *Sources.* POTHIER. *Oblig.* n° 445. *Introd. au titre* XVII *de la coutume d'Orléans*, n° 96. *Communauté*, n°s 140, 146, 711, 713, 714. *Société*, n° 179. *Vente*, n° 631. *Success.* chap. IV, art. 5, § 1.

Quels sont les effets de cet évènement juridique ? voilà le problème à résoudre. Il s'agit ici de concentrer tous nos efforts pour mettre en lumière, si cela nous est possible, le célèbre article 883 du Code Napoléon.

En entrant dans cette matière, nous avons été tenté d'y appliquer la méthode que Tiraqueau employait jadis à l'exposition de ses idées sur les deux règles contraires : *Dies termini non computatur in termino* et *Dies termini computatur in termino*..., en conséquence de poser d'abord en principe que le partage est *déclaratif* de la propriété pour aligner aussitôt toutes les exceptions qui sont de nature à faire penser qu'il est aussi *attributif*..., puis d'établir ensuite le principe inverse, à savoir, qu'il est de sa nature *attributif*, pour le limiter à son tour par toutes les exceptions qui prouvent qu'il est plutôt *déclaratif*. Dans cet ordre d'idées, nous trouvions, en comptant *sans trop peser*, qu'il y a presque autant de conséquences juridiques d'un côté que de l'autre : ce qui nous avait d'abord fait penser que le partage est un acte *complexe* d'une nature particulièrement multiple, tenant tout à la fois du droit héréditaire pour compléter la saisine et d'une aliénation ordinaire, bien que cette dernière proposition était combattue par le texte et par l'histoire de l'art. 883 du Code Napoléon.

Mais après y avoir réfléchi, nous avons renoncé à

cette méthode qui n'est plus de notre temps. Nous ne jouons plus avec le syllogisme comme le faisaient nos ancêtres, et l'argument cornu *à contrario sensu* n'aurait pas aujourd'hui le succès qu'il a pu avoir autrefois. *Donc*, nous nous contenterons de suivre, audit cas, les sentiers battus. C'est plus sûr et en même temps plus utile à la pratique pour laquelle nous écrivons. Cette dernière méthode nous paraît d'autant plus convenable ici, que, outre que les novateurs sont généralement vus d'un assez mauvais œil, il n'est pas de matière dans le droit qui ait été plus remuée que celle dont nous avons à entretenir nos lecteurs.

Ainsi avertis, ils ne s'étonneront pas, si nous ne leur apportons que peu d'idées nouvelles pour grossir la masse de celles que nous leur supposons nécessairement. Ce n'est pourtant pas que tout soit dit encore sur la saisine héréditaire et sur le principe des partages qui en est le complément. Loin de là ! Tous ceux qui écrivent *sur le droit* savent très-bien que la science *est infinie* et que ce qui paraît en être aujourd'hui le dernier mot ne le sera pas demain. Telle est la destinée des jurisconsultes. Leurs arrêts n'acquièrent pas facilement l'autorité de la chose jugée, et quand ils obtiennent cet insigne honneur, c'est souvent pour apprendre que la pensée de la veille ne ressemble pas toujours à celle du lendemain. Le malheur de l'homme est d'aspirer sans cesse à l'inconnu, dans l'espoir, hélas!

souvent chimérique, de trouver mieux que ce qui existe et que ce qu'il possède actuellement (1)!...

Quoi qu'il en soit, nous aurions bien désiré apporter un grain de sable à l'histoire de l'institution qui nous occupe ; car les *études* nombreuses que nous connaissons déjà sur les sources de l'art. 883, sont loin d'être complètes. Les XII^e^, XIII^e^, XIV^e^ et XV^e^ siècles n'ont pas encore été suffisamment explorés (2), et quelque chose nous dit qu'il doit y avoir là des origines précieuses susceptibles d'éclairer les causes premières de la révolution qui s'est accomplie en cette matière vers le milieu du XVI^e^ siècle, mais l'insuffisance des livres dont nous pouvons disposer en province, ne nous a pas permis de pousser à cet égard nos investigations comme nous l'aurions voulu ; de sorte que nous avons dû nous contenter de résumer, le plus succinctement possible, les idées principales de nos maîtres habituels, éparses tant dans les *Revues scientifiques* que dans les publications des interprètes du Code Napoléon. Si donc il y a des lacunes dans le travail que nous consacrons aux effets du partage, c'est à cette circonstance qu'il faut en attribuer la cause.

Cela posé, nous entrons en matière. Nous diviserons ce chapitre en deux sections.

(1) Voy. CORNEILLE, *Cinna*, acte II, scène 1^re^.

(2) Voy. pourtant la savante étude sur la nature et les effets du partage de M. AUBÈPIN : *Revue critique de législation*, tom. XVII, page 536.

La première sera consacrée à l'histoire de l'art. 883, et aux effets du partage en tant qu'il est *déclaratif* de la propriété.

La seconde, à *la garantie des lots* attribués à chacun des co-partageants.

SECTION Ire.

De l'histoire de l'article 883 et des effets du partage en tant qu'il est déclaratif de propriété.

215 *bis*. — Nous subdiviserons *cette section* en deux paragraphes.

Dans le *premier*, nous traiterons de l'histoire de l'art. 883;

Et dans le *second*, des actes, des choses et des personnes qui rentrent dans l'application de cet article.

§ 1er.

HISTOIRE DE L'ART. 883.

SOMMAIRE.

216. — A. Rappel historique. Position de la question à éclairer par l'histoire.

217. — B. Droit féodal. Causes de la révolution dans les partages. De la fiscalité féodale. Division des

personnes dans l'ancien droit. Division du sol du pays.

218. — 1° *Des fiefs*. Ils deviennent *héréditaires*.

219. — Signification du mot *cens* et de l'expression *cense*. De la fiscalité féodale. Des lods et ventes comme origine première de l'art. 883 du Code Napoléon.

220. — 2° *Des biens roturiers*.

221. — 3° *Des alleux*.

222. — Pensée politique du système. *Des fiefs* dans le droit des assises de Jérusalem.

223. — La plupart des institutions du droit actuel remonte au moyen âge. Utilité qu'il y a à étudier les coutumes.

224. — Décadence et chute de la féodalité.

225. — Révolution dans la nature du partage. Origines de l'art. 883 du Code Napoléon.

226. — Suite. Dumoulin.

227. — Développement du principe nouveau admis par le XVI^e^ siècle et dans ceux qui l'ont suivi.

228. — Facilement accepté dans les *partages en nature*, plus difficilement dans *les licitations*.

229. — Explication à cet égard.

230. — Origines de l'art. 883 dans ses rapports avec *la licitation*.

231. — Origines en ce qui touche les *soultes de partages*.

232. — Fiscalité féodale. Loysel. Coutume de Troyes. Legrand. L'adjudication au profit d'un étranger dans une licitation n'équivaut pas à partage.

216. — *Droit romain. — Rappel historique.* — Nous avons précédemment donné la *notion* du partage en droit romain (1). Nous n'avons pas à y revenir. Il suffit de rappeler ici que chez nos maîtres en législation, le partage était *attributif* de la propriété. Chacun des co-partageants n'était pas, comme aujourd'hui, réputé tenir directement du défunt les choses héréditaires tombées dans son lot. Il ne les obtenait qu'à titre d'échange, au cas de partage en nature, et à titre d'acquisition semblable à celle qui résulte d'une vente suivie de tradition, au cas de licitation (2), de sorte que les co-héritiers dans l'évènement juridique dont nous traitons, étaient tout à la fois *acquéreurs et aliénateurs*. Dans ce système, chaque communiste a la libre disposition de la part idéale qui lui appartient dans la chose commune et toutes les hypothèques qu'il confère à des tiers pendant l'indivision, ne souffrent aucune atteinte du partage ultérieur qui vient à l'attribuer à un autre co-partageant. Nos anciens résumaient le principe des lois romaines de la manière suivante : *Dominus rei communis pro indiviso possessæ, dominus est et verè dominus; potuit igitur*

(1) *Suprà*, tom. III, nos 300, 305, 345, 350, 356, 357, 445, 478, 479.

(2) Dans la licitation *volontaire*, la tradition était nécessaire pour consommer la translation de la propriété, mais l'adjudication ordonnée par le *judex* de l'action *familiæ erciscundæ* étant un mode d'acquisition *lege*, la tradition n'y était pas indispensable. La propriété se trouvait transférée par l'adjudication elle-même. *Suprà*, tom. III, n° 252.

partem suam creditori suo obligare : hypotheca autem semel quæsita jus tribuit in re, nec per divisionem extinguitur (1).

Comment cette règle a-t-elle pu, à la suite des siècles, se transformer en celle qui nous régit aujourd'hui, et qui consiste à dire : *Qui rem communem pro indiviso possidet, non est dominus incommutabilis, sed dominus ad tempus donec hæreditatis divisio facta sit.* Voilà ce que nous avons à rechercher.

217. — B. — *Droit féodal. Causes de la révolution signalée. De la fiscalité seigneuriale.* — Il paraît constant qne la révolution dont il est question, s'est, après des luttes de plusieurs siècles, accomplie à la suite des débats qui se sont engagés entre la fiscalité féodale et la propriété foncière. Ceci demande une explication qui n'est pas sans difficulté pour nous, parce que nous n'avons plus aujourd'hui des notions bien nettes sur les rouages internes du régime féodal, ce qui fait que nous éprouvons de la peine à comprendre à fond ce que les feudistes nous ont transmis à cet égard.

Cependant, avec un peu de travail et d'attention, on peut, en se rappelant les bases fondamentales de la constitution féodale, se faire une idée juste et suffisante de l'objet de la discussion, dont le résultat a fini

(1) Voy. L. 7, § 4, ff. *Quib. mod. pig.* L. 6, § 8, ff. *Comm. divid.* Just., *Inst.*, § 7, *De officio Judi.* L. 1. cod. *Comm. utriusq. jud.* Ulpien, *Frag.*, tit. xix, § 2.

par se formuler dans l'article 883 du Code Napoléon.

Tout le monde sait que dans l'ancienne France, les personnes se divisaient en deux grandes classes : *les nobles et les non-nobles ou les roturiers*. *Le clergé* occupait aussi une place particulière dans les ordres de l'Etat.

A cette division des sujets *du roi* qui, sous le rapport *du temporel*, formait la base et le sommet de l'édifice social, comme *l'Eglise catholique*, la base et le sommet de l'édifice *spirituel*, correspondait une division *tripartite* du sol. Les immeubles étaient ou *féodaux* ou *roturiers* (1) ou *allodiaux* (2).

218. — 1° *Des fiefs*. — Les biens féodaux se composaient de toutes les possessions, terres, maisons et droits immobiliers, pour lesquels les tenanciers étaient astreints à faire *foi et hommage*, d'où est venu leur nom de *fiefs*.

L'origine dc cette institution remonte aux premiers temps de la monarchie. Les héritages dont il s'agit, avaient été donnés par les rois de France, mais à vie seulement, à leurs compagnons d'armes qui s'appelaient *gentils* (d'où est venu le nom de *gentils-hommes* ou d'*écuyers*). Les dons acceptés de la munificence royale, en récompense de services rendus, obligeaient

(1) Voy. sur l'étymologie très-curieuse du mot *roture*, BRODEAU, Paris, tom. I, pag. 788, édition de 1658, n° 6, *Du titre des censives*.

(2) POTHIER, *Traité des fiefs*, art. préliminaire.

les bénéficiaires à faire foi et hommage et à promettre fidélité et service personnel (1). C'est à ces dons des terres conquises à la pointe de l'épée qu'il faut faire remonter le droit de convocation du ban et de l'arrière-ban à son de trompes, dont il est si souvent question dans les feudistes.

Plus tard, les *fiefs* qui n'étaient d'abord que *viagers* devinrent héréditaires et perpétuels. Cette révolution très-importante dans l'histoire de la propriété en France, paraît avoir eu pour causes, soit le désir des princes de rattacher davantage à la couronne leurs compagnons d'armes par les liens de la reconnais-

(1) Ainsi, le fief, au moyen âge, était une terre tenue à condition *de fidélité active* du vassal au seigneur, avec obligation de service militaire. Ce service tomba en désuétude lorsque les rois créèrent des armées régulières et permanentes. Depuis lors, le tenancier n'eut d'autre obligation que celle de ne pas être *félon*.

Toute mutation du fief donnait lieu : 1° à l'*hommage* : cet acte, important dans le système, se faisait de la manière suivante. Le vassal se présentait en personne devant son suzerain, sans épée ni éperons, puis, mettant le genou en terre, il déclarait qu'il portait *foi et hommage* pour tel fief qu'il tenait de son seigneur...;

2° A un *droit de mutation*, en souvenir du temps où les fiefs n'avaient été que *usagers*. Depuis qu'ils furent rendus héréditaires, la patrimonialité se fonda sous la condition de payer ce droit. Il y avait cependant certains fiefs (ceux d'honneur) dont la mutation ne produisait rien pour le seigneur; mais, en général, tous les fiefs emportaient avec eux *honneur et profit*...;

3° Au *droit de rachat ou de relief* dans les successions, parce que l'héritier devait *relever* le fief tombé. Ce droit disparut avec le temps en ligne directe par une application de la *suitas romana* à la succession française. Mais en ligne collatérale, l'héritier devait pour relever le fief qui lui était échu, le racheter du seigneur, en lui abandonnant une année de revenu, soit en nature, soit d'après estimation.

sance, soit, peut-être bien aussi, la faiblesse de certains rois qui se trouvant souvent en lutte avec une noblesse indisciplinée, se virent dans la nécessité de lui faire des concessions devenues inévitables.

Il fallait d'ailleurs que la propriété finît par se diviser.

L'hérédité des fiefs ne fut toutefois octroyée par le souverain, qu'à la charge par les vassaux tenanciers de faire *foi et hommage,* à raison des immeubles qu'ils tenaient audit titre, et de payer les droits et devoirs portés par les coutumes. C'est de là que sont venues ces nombreuses charges de la propriété foncière connues sous le nom de droits seigneuriaux et dont les restes ont été pour la plupart, sauf à reparaître ensuite pour partie, sous d'autres dénominations, immolés sur l'autel de la patrie dans la nuit à jamais mémorable du 4 août 1789, à la tribune de l'Assemblée constituante.

Au fond des choses, la révolution qui s'opéra relativement à l'hérédité des fiefs, eut pour conséquence de rendre les seigneurs vraiment propriétaires des biens dont il s'agit, sauf l'hommage et les redevances fixées par les coutumes qui se payaient au moment de l'ensaisinement ou de l'investiture par le suzerain ; car la règle, *le mort saisit le vif,* paraît avoir été longtemps restreinte aux biens roturiers, en ce sens qu'elle n'opérait pas *de plein droit*, relativement aux fiefs dont les

tenanciers devaient se faire ensaisiner par leurs seigneurs supérieurs : de sorte que les bénéficiaires finirent par pouvoir, à part quelques restrictions qui leur furent imposées lors de la révision des coutumes, au désir de plusieurs observations critiques que Dumoulin avait faite sur l'ancienne de Paris, disposer (ce qu'on appelait *se jouer*) en maîtres de leurs fiefs et les transmettre, sous réserve *de foi et du devoir seigneurial :* ce qui amena la décadence et finalement la ruine de l'institution qui dut sombrer au premier souffle de la révolution du dernier siècle. Les aliénations se faisaient ordinairement par *la sous-inféodation*, ou par une espèce particulière de contrat appelé *le bail à cens* qui conférait au preneur le droit de libre disposition et qu'il ne faut pourtant pas confondre avec *le bail à rente perpétuelle*. Car dans le bail *à cens* il y avait toujours des retenues relatives aux droits seigneuriaux, tandis que dans le bail *à rente* perpétuelle, tout passait au preneur sans rétention du domaine direct et sans aucune autre charge que celle de la rente stipulée par le bail (1).

219. — Le mot *cens* dans la langue juridique de nos

(1) Voy. *Répert.* de MERLIN, *V° Cens*, §5, 1°. BACQUET, *Traité des francs fiefs*, chap. II, n° 8. Au XIV^e^ et au XV^e^ siècle, la saisine *de plano* ne s'applique pas encore aux fiefs. Les *rotures* seules ne sont pas soumises à l'ensaisinement. Car la *seignorie* directe exige que nul ne soit saisi du fief, avant le seigneur. *Saisine de droit ni autre n'est acquise sans foi.* Voy. *Grand Coutumier*, liv. II, chap. XXXI, et *Revue critique*, tom. XVII, pag. 552.

anciens coutumiers, a plusieurs acceptions qu'il ne faut pas confondre. C'est généralement une expression générique qui comprend toutes les prestations ou charges recognitives de la directe. *Modicum annuum canon quod præstatur in recognitionem dominii directi* (1).

Quant au mot *cense,* il se prend notamment dans la coutume de Paris pour synonyme *de terre.*

Les terres ainsi abandonnées aux seigneurs, mais destinées à devenir par la force seule des choses, à la suite des temps, susceptibles d'être partagées dans les successions et aliénées par des actes entre vifs, finirent peu à peu par constituer la propriété roturière, et c'est par rapport à elles que la difficulté dont nous avons à entretenir nos lecteurs, surgit à l'occasion de l'une des charges que leur imposait le droit féodal ; nous voulons parler *des lods et ventes* qui, sous un autre nom, forment aujourd'hui l'un des revenus les plus important de *l'Etat.*

D'après cela, il est facile de comprendre pourquoi

(1) La rente appelée *cens* était due par la terre et non par la personne. Elle était *réelle,* d'où la possibilité pour le preneur *à cens* de s'en débarrasser en déguerpissant comme s'il s'agissait d'une *rente foncière.* Toutefois, il y avait cette différence entre ces deux rentes que la censive impliquait reconnaissance *dominii directi,* tandis qu'il n'en était pas de même de la rente foncière. D'où l'on concluait : 1° que le paiement devait se faire personnellement par le preneur à cens, et non pas par un tiers ; 2° que la compensation de cette dette était impossible ; 3° qu'elle était *portable* et non *quérable ;* 4° que le retard donnait lieu à une amende ou à des privations de fruits ; 5° qu'en cas de vente il y avait lieu à percevoir un droit de mutation ; 6° mais qu'en cas de transmission par succession, il n'était rien dû au seigneur.

Dumoulin qui avait d'abord été l'un des adversaires les plus redoutables de la révolution que la loi féodale devait nécessairement produire tôt ou tard dans la nature du partage tel qu'on l'entendait à Rome, a fini par changer d'opinion lorsqu'il s'est occupé de débrouiller la matière fort obscure des *censives* dans un traité célèbre qui se trouve au *tome premier* de ses œuvres (1).

220. — 2° *Des biens roturiers*. — La propriété roturière se composait *des héritages censiers*, c'est-à-dire de toutes les possessions, terres, prés, bois, maisons et autres droits immobiliers pour raison desquels les détenteurs étaient obligés, chaque année, de payer *censive, rente, bourdelage* (2) *ou autres redevances* au seigneur duquel ils provenaient, en reconnaissance du domaine direct ou de la seigneurie directe, puisqu'ils avaient été originairement baillés, soit par les rois de France qui les avaient grevés de charges de même nature, soit par les feudataires mouvants du roi en plein ou arrière fief. Il est très-curieux d'étudier à cet égard nos vieux coutumiers. Ils ne parlent en cette matière

(1) L'édition de 1576 de sa *Coutume de Paris* est incomplète sur ce point, mais l'édition de 1625, § 73, tit. II *des Censives*, glose 3, n° 11, s'en explique positivement.

(2) Espèce *de tenure servile*. Elle faisait retour au seigneur pour les causes qui donnaient lieu au retour de la *main-morte*. Le détenteur bordelier ne pouvait empirer l'héritage (Voy. sur cette *tenure*, GUY-COQUILLE, tom. II, *Quest.*, pag. 306 et 307).

que de victuailles, de deniers, de grains, de volailles, de jambons, de poulets, de chapons, de canards, etc. On croirait assister à un repas des héros d'Homère.

C'était *la cense* qui était spécialement chargée de fournir *le gros* de la table du seigneur. Quant au rôti, c'était différent. La bécassine, la caille, le perdreau, le lapin de garenne, en un mot la venaison, étaient réservées à l'amusement du maître. Le droit de chasse était un plaisir noble, et on ne peut sans frémir, lire certaines ordonnances de nos rois contre les braconniers.

Du reste, les baux à cens, les constitutions de rente et les aliénations faites par le vassal avec rétention de *foi* et de *droit seigneurial*, ne préjudiciaient en aucune façon au seigneur féodal, lequel obtenait sans difficulté sa rentrée dans la jouissance des terres, héritages et droits dépendants de son fief, dans les cas spéciaux où il y avait lieu à ouverture et à réversion dudit fief, à moins toutefois que les baux, constitutions de rente et aliénations n'eussent été inféodés, consentis et approuvés par lui-même expressément ou tacitement. C'était un principe général, d'après la constitution féodale, que le vassal ne pouvait démembrer le *fief* au préjudice de son seigneur, sans le consentement de ce dernier.

Quant aux *censiers* qui tenaient les héritages à cens et non à titre de fiefs, il leur était interdit de les bailler

à charge de cens seigneurial stipulé à leur profit, mais rien ne s'opposait à ce qu'ils en passassent bail à charge de rente foncière (1).

221. — 3° *Des alleux* (2). — Les héritages allodiaux, les francs-alleux seigneuriaux ou roturiers occupent une place particulière dans l'organisation féodale. Ils n'étaient, comme leur nom l'indique, tenus envers personne, pas même envers le roi (3), sauf toutefois des droits de justice inhérents à sa qualité de grand justicier du royaume, de foi, d'hommage et d'autres droits seigneuriaux. Mais pour se trouver en position de jouir des priviléges attachés *au franc-alleu,* le détenteur de l'héritage devait prouver son droit par *un titre exprès et spécial,* sans quoi le cens et les lods et ventes pouvaient lui être imposés comme aux autres *fiefs*. Pourtant cette règle n'avait pas réussi à se faire admettre dans toutes les coutumes. Il en existait plusieurs, Troyes, par exemple (art. 51), dans lesquelles la règle contraire avait prévalu. On y appliquait le principe dicté par le bon sens du droit romain, à savoir que tous les héritages sont libres tant et si longtemps qu'il n'est pas établi qu'ils sont grevés de servitudes ou

(1) Bacquet, *des Francs fiefs,* chap. 1, n° 13. Voilà pourquoi il est si souvent question *de rentes foncières* dans nos vieux coutumiers.

(2) Voy. Duplessis, *Coutume de Paris. Traité des héritages tenus en franc-alleu,* tom. I, pag. 160 et suiv. Edit. de 1699.

(3) Le roi était le grand *fieffeux* de ses Etats.

autres charges (1). Mais les défenseurs de l'institution militaire répondaient par la règle : *nulle terre sans seigneur*, à propos de laquelle s'agitaient en ce qui concernait les francs-alleux, de grandes controverses qui n'ont plus aujourd'hui pour nous qu'un intérêt purement historique (2).

222. — *Pensée politique du système.* — Ce système, dont le but politique était d'enserrer personnes et choses et principalement les personnes par les choses, pour le plus grand profit de la caste privilégiée, au sommet de laquelle se trouvait le Roi, devait, dans la pensée du législateur féodal, être *immuable* autant que possible à l'égard des fiefs, en même temps qu'il s'attachait à favoriser la division *à l'infini* de la propriété roturière, sans doute afin d'empêcher par ce moyen l'établissement de fortunes capables de faire échec à la puissance seigneuriale.

« Conserver l'intégrité du fief, assurer le service « féodal, défendre les intérêts de la puissance seigneu- « riale contre les effets de l'hérédité ou les consé- « quences de l'aliénabilité... » voilà les préoccupations

(1) Terre prétendue *féodale* doit être reconnue ou prouvée par *titre*, autrement elle sera tenue *allodiale*. *Coutume de Metz*, tit. III, art. 16.

(2) Voy. sur tout cela, POTHIER, *Traité des fiefs*, *passim*, et notamment chap. préliminaire, §§ 1, 2, 3, chap. I, *proem.*, et §§ 1, 7, chap. V, sect. 1, art. 1-2, *appendice*, IIe partie, chap. III. BACQUET, *Traité des droits de francs-fiefs*, tom. II de ses œuvres, chap. II, nos 1, 4, 5, 6, 7, 8, 11, 15, et aussi les *Gloses* de LEGRAND, *sur Troyes*, art. 50 et suiv.

incessantes des anciennes coutumes. Les artifices employés pour arriver au but, varient selon les pays, mais partout la pensée est identique.

« Dans les assises de Jérusalem le partage du fief est « sévèrement prohibé. « Par l'usage ou l'assise, fié « (*fief*) ne (ni) seignorie ne se part (partage) entre frères « ni autres parenz masles. L'aîné seul le recueille « en entier, et les femmes sont exclues de l'hérédité (1). « L'aliénation du fief est également proscrite, on ne « la tolère que *por* dette *(pour dettes)* dans des condi- « tions exceptionnelles, et suivant des formes particu- « lières (2). Le partage n'est admis que dans le cas où « la succession se compose de plusieurs fiefs et où le « service peut se diviser selon les terres. Chaque en- « fant mâle prend alors un fief à son choix : le premier « choix appartenant à l'aîné, le second au puîné et « ainsi des autres (3). Il en est de même de la sous- « inféodation. Soigneusement bannie des fiefs qui ne « doivent service que d'une chevalerie, elle est tolérée « dans ceux qui doivent service de plusieurs chevale- « ries. On peut alors démembrer selon *le servize*, « c'est-à-dire, donner partie de son *fié* pour partie de

(1) GEOFFROY-LETORS, chap. II (Edition Beugnot). JEAN D'IBELIN, chap. CLXXV (Ibid.).

(2) *Clef des assises de la haute Cour*, §§ 174, 238, 239 (Ibid.).

(3) GEOFFROY-LETORS, chap. XVI. JEAN D'IBELIN, chap. CXLIX.

« son *servize* que le *fié* doit (1). Dans tous les cas, le « consentement du seigneur est nécessaire à peine de « la *commise* (2). Il est le véritable juge des intérêts du « fief, et le caractère essentiellement personnel du lien « féodal fait de sa volonté la loi du contrat (3). »

223. — On sent bien qu'une organisation de cette nature ne pouvait convenir également à toutes les populations disséminées dans l'ancienne Gaule. Aussi les *consuetudines feudorum* ne parvinrent-elles à se faire accepter que dans les pays proprement dits coutumiers. Les autres ne s'y soumirent jamais qu'en partie : c'est ce que les travaux modernes ont mis en lumière. Cependant l'étude des coutumes, même de celles où le droit féodal n'a joué qu'un rôle secondaire, n'en est pas moins utile pour éclairer les origines de nos institutions actuelles. Il y a tout profit à s'y livrer : car, si l'on veut y regarder de près, on se convaincra facilement qu'il n'existe presque pas de dispositions

(1) PHILIPPE DE NAVARRE, ch. LXXXI (Ibid.). JACQUES D'IBELIN, ch. XLVIII, XLIX (Ibid.).

(2) Confiscation du fief du vassal au profit du seigneur. Il fallait, dans beaucoup de coutumes, le caractère aggravant de *félonie* pour qu'il y eut lieu à la *commise*. La *commise* n'était point acquise *de plano ;* elle devait être prononcée par la justice. Dans le principe, le défaut d'hommage donnait lieu à la saisie des fruits et *même du fief*, mais la saisie du fief « *à la table* » avait fini par tomber en désuétude.

(3) JEAN D'IBELIN, chap. CXLII, CXLIII. Voy. l'excellent article de M. AUBÉPIN sur la nature et les effets du partage que nous avons déjà cité, et auquel nous empruntons ce résumé. *Revue critique de législation*, 1860, tom. XVII, pag. 536 et suiv.

dans nos Codes dont le germe ne remonte au moyen-âge. C'est dans les coutumes venues de cette époque que se trouvent les principes qui ont été appelés à se coordonner et à s'harmoniser suivant les besoins de chaque pays, dans la jurisprudence postérieure. Tout y a marché avec une progression d'autant plus sûre, que les améliorations successives qu'on y signale ont été plus prudentes et plus lentes. C'est au flambeau des anciens usages, sans secousses violentes, et sous l'influence du droit romain et du droit canonique, que notre édifice juridique est parvenu à se constituer, *d'abord* au profit de la royauté absolue, qui devait, avec le temps, remplacer les institutions militaires de la féodalité, et, *finalement*, au profit de la monarchie tempérée dont la période historique, annoncée par plusieurs actes importants de notre siècle, paraît être appelée à lui succéder (1).

Quoi qu'il en soit, l'institution féodale ne tarda pas à se relâcher de ses principes de fondation. Une corde trop tendue finit par se rompre ou par briser l'arc, si

(1) Voy. sur les origines et les développements du droit coutumier en France l'*Histoire du droit français*, de M. LAFERRIÈRE, tom. V et VI, *passim*, Paris, 1858 ; nouvelle édition dans laquelle a été complètement refondu le travail primitif de l'auteur, publié en 1836 et en 1838. Les chartes et coutumes publiées par M. GIRAUD à la suite de son essai sur l'*Histoire du droit français* au moyen-âge, et l'*Histoire du droit public et privé* de la France, par KLIMRATH, Paris, Strasbourg, 1843, tom. I, § 162 et suiv., pag. 350 et suiv. ; § 190, chap. VII ; les études du même auteur sur *les coutumes*, tom. II, pag. 133 à 338, et son étude sur *la saisine*, pag. 339 à 399.

on ne la détend pas. Aussi voyons-nous, après l'affranchissement des communes, les fiefs se multiplier à l'infini. L'immuabilité et l'indivisibilité originaires ne peuvent plus s'appliquer qu'aux grands fiefs des feudataires de la couronne avec droit d'aînesse et de masculinité. Dans les fiefs inférieurs, l'aîné cesse d'hériter du fief entier; seulement on lui réserve une part plus forte. Il prélève le manoir féodal avec le vol du chapon (1). Le reste se partage entre ses frères et lui. Les femmes elles-mêmes, exclues d'abord, finissent par arriver aussi à prendre leurs parts même dans les fiefs de dignité. Tout le monde connaît l'histoire des héritiers de Bretagne et de Bourgogne : de sorte qu'à la fin, il n'y eut plus que le Roi qui conserva réellement les traditions de la terre et de la loi salique, et voilà pourquoi l'aîné des enfants de France succède seul à la couronne à l'exclusion des filles, suivant la règle : *le mort saisit le vif*, qui, à l'égard de la terre salique, se traduit par : *Le Roi est mort : Vive le Roi!*

224. — Du XIII^e^ au XVI^e^ siècle, on voit le lien féodal s'amoindrir peu à peu. Le service ne se fait plus que très-imparfaitement. C'est à grand'peine si les rois parviennent à rassembler les forces qui leur sont nécessaires pour combattre les envahisseurs de la patrie.

(1) Ordinairement un arpent de terre joignant le château. Voy. MERLIN, *Répert.* v° *Vol du chapon*. Du reste l'importance du droit d'aînesse variait selon les pays. Voy. les commentaires de BRODEAU sur l'art. 13 de Paris.

En vain les pairs réunis à Sens prennent, en 1209, des mesures indispensables pour redonner un peu de nerf à l'institution au moyen du parage, ils ne parviennent qu'à conjurer les dangers du moment. Les idées d'égalité dans les successions, les principes rationnels du droit romain qui tout-à-coup reprend le plus vif éclat en Italie et en France, font chaque jour de nouveaux progrès. Autant les transmissions et les sous-inféodations des fiefs étaient difficiles à l'origine, autant elles deviennent faciles à cette époque ; le seigneur féodal étant intéressé à ce qu'il y ait le plus de mutations possible, parce que, à chaque mutation, on lui paie des droits seigneuriaux dont sa caisse se trouve bien, concourt lui-même à la désorganisation du système !

Bref, quand éclata la révolution de 1789, elle ne pouvait être que *déclarative* d'un fait préexistant, et sa vengeance ne put s'exercer que sur un cadavre, car la féodalité n'existait plus depuis longtemps. Il n'en restait que des souvenirs et quelques débris insignifiants ; ce qui n'empêcha pourtant pas la réaction de s'acharner comme une hyène sur la famille royale, sur le clergé et sur les descendants des maisons nobles qui avaient autefois fait la force, la gloire, l'honneur et la grandeur de la patrie!... Il y a beaucoup de tigre dans l'homme peureux !

225. — *Révolution dans la nature du partage. Ori-*

gines de l'art. 883 *du Code Napoléon.* — Cela posé, arrivons à la conclusion utile de cette digression, c'est-à-dire aux sources de l'art. 883 du Code Napoléon.

Nous avons dit que les droits de mutation que l'on appelait *les lods et ventes*, dans certaines coutumes *le quin*, *le requin*, *le trezin*, *etc...*, avaient été l'occasion de grandes difficultés, quand s'était agitée la question de savoir si les partages pouvaient en être passibles. Ces sortes de droits, de *domaniaux* qu'ils étaient dans le principe, étant passés du fisc aux seigneurs, lors de la révolution qui rendit les fiefs héréditaires, ils ne manquèrent pas de prétendre que les lods et ventes leur étaient dus sur les partages de fiefs comme sur les autres aliénations.

L'intérêt pécuniaire qui s'attachait à ce point de droit était trop important pour qu'on pût espérer qu'ils l'abandonneraient sans combattre. Aussi la discussion paraît-elle avoir été très-vive entre ceux qui tenaient pour *li signors* et ceux qui prétendaient que les partages même avec soulte et les licitations devaient être affranchis de toute espèce de droits seigneuriaux. Le but des progressistes était de soustraire les partages à la prohibition d'aliéner les fiefs, et de les affranchir des lods et ventes (1). Hâtons-nous de dire que ces derniers

(1) Voy. Zachariæ-Aubry et Rau, § 625, 1°, note 1.

ont fini par l'emporter sur leurs adversaires et qu'aujourd'hui la question ne se discute plus, sauf en ce qui touche une réaction fiscale qui s'est produite à l'égard des soultes et des licitations contrairement aux principes proclamés autrefois par les origines véritables du droit fiscal lui-même (1). Il est clair, à ne s'en tenir qu'aux traditions romaines, que les partages devaient être soumis à l'ensaisinement et aux droits qui l'accompagnaient, tout aussi bien que les ventes et les autres actes équipollents à ventes, puisque d'après les textes du Digeste et du Code de Justinien, ils renfermaient des aliénations et des acquisitions réciproques. Les progressistes n'avaient donc d'autre moyen de lutter avec avantage contre leurs adversaires que de *dénaturer* le partage en lui reconnaissant un caractère tout autre que celui que lui attribuait la loi romaine. C'est en effet à quoi ils finirent par arriver. Mais on ne rompt pas facilement avec le passé, surtout quand il s'agit de substituer quelque chose qui ressemble à une fiction à la réalité, et la révolution ne put s'accomplir qu'après des luttes d'autant plus ardentes que l'intérêt de la discussion était plus considérable.

Du reste, ils furent puissamment aidés dans l'œuvre de civilisation qui devait plus tard compléter la *saisine légitime* et la stabilité de la propriété foncière, par les

(1) Loi du 22 frimaire an VII, art. 68, § 3, n° 2; art. 69, § 5, n° 6.

textes des anciennes coutumes, qui, sans se préoccuper du point de savoir si la nature du partage était ou n'était pas *attributive du domaine*, n'avaient pas assimilé les pactes de famille aux actes ordinaires de transmission, en ce qui touche leurs rapports avec la fiscalité.

Au XVI^e^ siècle, Loysel put poser en principe admis en droit français que : *de partage, licitation et adjudication entre co-héritiers ou comparçonniers* (autres communistes) *ne sont dus lods et ventes* (1).

226. — Les praticiens qui se paient difficilement de mots, et qui vont toujours droit au but, se voyant en présence d'une législation qui ne frappait d'un droit proportionnel que les mutations par ventes et autres actes équivalents, en conclurent tout naturellement que, puisque les coutumes n'y avaient pas soumis les partages, c'est qu'en droit français, à la différence de ce qui existait à Rome, les actes susceptibles de mettre fin à l'indivision ne constituaient pas des *aliénations*. Cela était inévitable. Le grand mot lâché, il ne s'agissait plus que de le justifier et d'inaugurer son entrée dans le domaine du droit civil, ce qui n'était pas chose facile à faire, car on n'y rencontrait pas,

(1) *Inst. coutumières*, liv. IV, tit. II, XIII, n° 542 de l'édition de M. DUPIN et de M. EDOUARD LABOULAYE. Comp. Paris, art. 80 (nouvelle coutume). Bourbonnais, art. 45. Berry, tit. VI, art. 28. DUMOULIN, *tit. des fiefs*, § 33, glose 1, n° 69. POTHIER, *Vente*, n^os^ 630-631. BRODEAU, sur l'art. 80 de *la coutume de Paris*, n° 11 et suiv. *Déclaration du roi Louis XIV*, du 29 février 1648, rapportée par BRODEAU, *loco citato*.

comme dans le droit féodal, des textes sur lesquels on pût appuyer une discussion sérieuse. Loin de là, on y avait à combattre des précédents très-hostiles à la révolution qu'il s'agissait d'opérer (1).

Voici l'espèce qui se présenta, où, pour la première fois, la question qui nous occupe paraît avoir été l'objet d'un débat sérieux. C'est dans la première partie du XVI^e^ siècle. Un fief était possédé indivisément par quatre héritiers. L'aîné y avait droit pour trois sixièmes et ses trois frères pour chacun un sixième. Pendant l'indivision, le seigneur féodal avait opéré une saisie sur le sixième indivis qui revenait à l'un des enfants. On n'en procéda pas moins au partage, et le sort attribua le fief entier à l'aîné. *Quid juris,* la saisie était-elle *valable*, ou au contraire *nulle*, comme faite *super non dominum ?* Dumoulin raconte que cette difficulté mit en émoi tout le barreau de Paris et qu'il se rendit à la conférence des avocats où elle devait se discuter, qu'il

(1) Voy. pourtant Loi unique au Code, *Si comm. res pignori dat.* Blæsus et Trebatius, réfutés par Labéon dans la L. 31, ff. *De usu et usufructu*, et comp. L. 1, Cod. *Comm. utriusque*, L. 20, § 3. L. 44, § 1, ff. *Familiæ erciscundæ.* L. 77, § 18, ff. *De legat.* 2°.; mais voy. L. 3, § 2, ff. *Qui potiores in pignore.* L, 6, § 8, ff. *Comm. divid.* L. 25, § 6. L. 54, ff. *Famil. erciscundæ.* Nos anciens auteurs discutaient la question même en droit romain ! Voy. Henrys, tom. I, liv. VI, chap. v, quest. 37. Louet, lett. H, numb. II. Du Val, *Tractatus de Reb. dubiis*, traité 10, n° 2. Henrys avoue pourtant naïvement qu'il n'y a pas moyen d'accommoder nos usages avec le droit romain. Voy. aussi sur les droits de relief, Dumoulin, *Des fiefs,* § 33, n° 78 et suiv., glose 1, et Tambour, *Des voies d'exécution,* tom. II, pag. 340 et suiv., *sur la saisie féodale.*

invoqua en faveur du maintien des droits du saisissant tout l'arsenal des lois romaines, mais que la majorité de ses confrères lui donna tort, et fut d'avis de la nullité de la saisie féodale, qui fut en effet prononcée par un arrêt du Parlement en 1538 (1).

La raison invoquée contre Dumoulin, fut que dans le partage il n'y avait pas de *mutation d'homme* et que d'après la règle : *le mort saisit le vif*, l'abandonnataire du fief le tenait directement du défunt. Voilà l'origine de l'art. 883 du Code Napoléon. D'autres arrêts de 1569, de 1571, 1581 et 1595 vinrent confirmer cette doctrine nouvelle en droit civil, à laquelle Dumoulin lui-même avait fini par se rattacher, lorsqu'il s'était occupé du titre des censives (2).

(1) Voy. DUMOULIN, *Cout. de Paris*, tit. I, *des Fiefs*, § 1, glose 1, nos 41, 43, 44, 45, 46 et 47. DEMOLOMBE, *Success.*, tom. V, n° 257, et AUBÉPIN, *Revue critique*, tom. XVIII, page 517 et suiv.

(2) Voy. *Cout. de Paris*, tit. II, § 73, gl. 3, n° 11, où on lit : Nunc do unam aliam a præscriptione temporis *notabilem limitationem* videlicet in litteris et instrumentis divisionis hæreditatis *ab intestato* quæ censuarius non tenetur edere, quia divisio propriè *non est alienatio, nec nova acquisitio, sed portionum distributio*, et semper censetur res habere *jure successivo primativo* cujus virtute facta est divisio, quæ non est nisi (id est, quæ non est aliud quam) illius juris et primariæ acquisitionis *executio*. Jusque là, tout est bien, mais Dumoulin ajoute : hinc dicitur *necessaria alienatio*, ce qui n'est pas vrai *en droit français*, car le partage même forcé n'y est pas une aliénation nécessaire. La raison de cette erreur vient de ce que, aux XIVe et XVe siècles, les jurisconsultes pour justifier leur théorie relative *aux lods et ventes*, disaient que le partage en était dispensé parce qu'il contenait une *aliénation nécessaire*. Sous ce rapport, Dumoulin, tout en abondant dans le nouveau système, sacrifiait encore à l'idée ancienne pour la justifier. Mais il est évident que c'était une mauvaise raison. La véritable était que le partage n'est pas *une aliénation*, comme

227. — Ainsi, dès le milieu du XVI^e^ siècle, le partage s'était *dénaturé* en France, et cette conquête si utile au repos des familles et à la stabilité de la propriété foncière, s'était faite à propos d'une discussion sur un misérable intérêt de *droit fiscal*. Il ne nous reste maintenant qu'à suivre le principe nouveau dans les XVII^e^ et XVIII^e^ siècles qui sont spécialement chargés de le formuler d'abord, et de l'appliquer ensuite dans toutes ses conséquences. La première dissertation importante qui se rencontre dans l'ordre chronologique après la mort de Dumoulin, se trouve dans les arrêts de Louet, annotés par Julien Brodeau (1). L'auteur y traite la question avec étendue en reprenant les choses de plus haut. Il conclut dans le sens des idées, alors nouvelles, sur la nature du partage que son annotateur Brodeau qualifie de *déclaratif*, mot qui est destiné à jouer un grand rôle dans l'histoire du point de droit qui nous occupe. « Le sort du partage autorisé par la « loi, dit-il, produit un droit *déclaratif* et un effet « *réductif* et *rétroactif dirimant*, en sorte que le co-hé-

Dumoulin l'établit lui-même, tit. I, *des Fiefs*, § 33, glose 1, n° 78. Voy. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, tom. II, n° 775. Jason, que citent ces jurisconsultes, n'est pas l'inventeur *de l'aliénation nécessaire*, elle existait déjà avant lui. Barthole, son défenseur, la fait remonter à Guillaume de Cumo. Voy. *Revue critique*, tom. XVII, pag. 555.

(1) Voy. Louet et Brodeau, lett. H, somm. 11. Il faut ne lire cette dissertation que avec défiance en ce qui touche le *droit romain*. Édit. de 1668, pages 489 et suiv.

« ritier est présumé n'avoir été saisi, ni eu droit, « quelque temps que l'indivision ait duré, sinon ès- « choses qui sont échues en son lot. »

Vient ensuite l'avocat général Talon, dont M. Aubêpin rapporte les paroles dans ses articles sur Dumoulin (1). « Tous les héritiers ont part au tout et dans « toutes les parties du tout, et cela ne se pouvant faire « réellement sans faire violence à la réalité et à l'indi- « visibilité des substances, la loi le fait par une *fiction* « *civile* (2), afin que les co-héritiers conservent chacun « le droit qui leur appartient; » ajoutons : *potiùs jure non decrescendi quam ex jure accrescendi.* Dans le cas d'une renonciation d'une partie des successibles ou dans celui d'attributions à quelques-uns, de lots excédant leurs parts héréditaires, « celui qui est propriétaire par « le partage est réputé l'avoir toujours été, ou plutôt la « fiction de la loi opère que celui duquel la portion a été « vendue (en cas de licitation, ou l'a quitté par l'évè- « nement du tirage au sort au cas de partage en na- « ture), *n'a jamais été propriétaire.* »

Même théorie dans Pothier qui, au XVIII^e^ siècle, a reçu la mission de résumer avec la sagacité rectiligne

(1) *Revue critique*, tom. XVIII, pag. 532.

(2) Ces expressions ne doivent pas être prises *verbo tenùs;* car, au fond des choses, il n'y a pas *de fiction* dans un système sous lequel nous ne possédons par indivis qu'à la *charge du partage* et en attendant que cet acte déclare ou détermine ce que chacun de nous doit avoir.

qu'on lui connaît, les travaux des siècles précédents (1).

Enfin vient l'art. 883 du Code Napoléon dont la rédaction est incomplète en ce qu'elle ne fait pas mention du *totum in toto et totum in quâlibet parte*, mais qui n'en consacre pas moins, en termes positifs, la résolution accomplie par le génie et la tenacité éclairée des praticiens des XVII^e^ et XVIII^e^ siècles. Aujourd'hui, le partage est, de par l'autorité de la loi, *déclaratif* de la propriété, il n'est plus *attributif* comme il l'était dans le droit romain et dans le droit français antérieur au XVI^e^ siècle.

228. — Tout cela peut, à la rigueur, s'admettre en matière de partage *en nature*, et l'on conçoit que chaque co-partageant puisse être considéré comme tenant directement du défunt la part qu'il acquiert par l'évènement du partage. Cette théorie ingénieuse et très-utile n'a rien qui répugne à la raison. Mais comment comprendre qu'il puisse en être de même au cas où les co-héritiers *licitent* les biens de la succession? Il semble que si deux frères investis *de plano*, par la loi (art. 724), de la propriété et de la possession d'un immeuble laissé par leur père, le mettent en vente parce qu'il est impartageable, celui d'entre eux

(1) Voy. *suprà*, tom. III, n° 77, où se trouve citée la formule de POTHIER. Voy. aussi HERVÉ, *Théorie des matières féodales*, tom. III, pag. 31, et CHAMPIONNIÈRE et RIGAUD, tom. III, n° 2663.

qui reste adjudicataire et qui en paie le prix, avec de l'argent tiré de son patrimoine, ne saurait, à aucun titre être considéré comme le tenant directement du défunt pour le tout, et qu'il doit, au contraire, être réellement considéré comme l'ayant acquis pour moitié par droit de succession, et pour l'autre moitié, par l'effet d'une transmission entre vifs; que, par conséquent, tout mystère métaphorique est impossible dans cette hypothèse? Cependant, le législateur en a jugé autrement avec raison. Il a pensé qu'il devait assimiler complètement la licitation au partage en nature et que cette fiction ne dépasserait pas l'intelligence de ses justiciables (art. 883), de sorte que le co-licitant de l'espèce ci-dessus posée se trouve, dans notre droit actuel, propriétaire de l'immeuble qui lui est adjugé, *ex solo jure hæreditario*, comme si le défunt n'avait laissé qu'un seul enfant au lieu de deux. Voilà le système qui nous régit. Il devait en résulter logiquement, pour les adjudications sur licitation, l'affranchissement de l'impôt proportionnel qui se perçoit à chaque mutation d'immeuble, puisqu'au cas indiqué, il n'y a pas légalement de *mutation d'homme* (1). Mais une métaphysique capable de supprimer un enfant, et au besoin, un plus grand nombre, le cas échéant, ne pouvait convenir à la régie dont la caisse était menacée

(1) Voy. LOYSEL, *Instit.*, liv. IV, tit. II, *De cens et champart.*, art. 12.

par le système. En conséquence, elle ne consentit à s'y soumettre que pour les partages en nature, et le procureur fiscal dût frapper les licitations et les soultes d'un droit de 4 pour cent, comme les ventes ordinaires, par les art. 68, § 3, n° 2, et 69, § 7, n° 4, de la loi du 22 frimaire an VII, qui ne s'appliquent toutefois qu'aux parts et portions qu'on suppose, pour les besoins de la caisse, avoir été réellement acquises. En cela, le législateur de l'an VII n'a fait que consacrer la théorie fiscale déjà admise au XVIII^e^ siècle en cette matière.

229. — Ceci demande une explication. Les choses ne se sont pas toujours passées ainsi ; car il paraît que dans le principe, les seigneurs ont élevé la prétention exorbitante d'imposer *les lods et ventes* non-seulement sur les portions réellement acquises par l'adjudicataire co-licitant, mais encore sur la totalité du prix de la licitation, sans déduction de sa part héréditaire.

Voici ce que Dumoulin raconte à cet égard. Trois co-héritiers du nom de Buquet possédaient par indivis une maison située à Paris dans l'un des quartiers de la mouvance royale. L'un d'eux, Agnès Buquet, se fit ensaisiner par le receveur pour sa part virile. Plus tard, ses co-héritiers provoquèrent le partage par l'action *familiæ erciscundæ*. Des experts ayant décidé que l'immeuble était impartageable, il fallut procéder à la licitation. Les étrangers furent admis aux enchères.

Agnès Buquet resta, en définitive, adjudicataire de la maison entière ; elle se présenta après la vente, chez le receveur pour obtenir l'ensaisinement des deux tiers qu'elle avait acquis de ses frères, sans parler, bien entendu du tiers qui lui appartenait *ex jure hæreditario,* et pour lequel elle avait été précédemment ensaisinée. Les choses en étaient là, lorsque le procureur fiscal (le vérificateur ou le directeur actuel des domaines), avisant que toute la maison avait été *subhastée* (c'est-à-dire, vendue avec toutes les formalités de la subhastation (1), aujourd'hui les formalités des ventes judiciaires, et que les *laudimia* (c'est-à-dire les droits seigneuriaux) (2) n'avaient été payés que pour les deux tiers provenant à Agnès Buquet de ses co-héritiers, la fit citer devant le bureau des finances (espèce de tribunal qui jugeait alors ces sortes d'affaires) pour se voir condamner à payer les droits qu'il prétendait être légitimement dus sur *la totalité* du prix de la licitation : alléguant à l'appui de son système une foule de raisons plus étonnantes les unes que les autres. Les finan-

(1) Cette expression vient du droit romain, dans lequel il y avait une espèce de vente publique qui s'appelait *bonorum sectio, auctio, subhastatio ;* parce que les choses à adjuger *hastæ subjiciebantur, quia signum præcipuum est hastà* (Voy. FESTUS, *V° Sub coronâ*).

(2) Appelés *laudimia* en souvenir de la *laudatio auctoris* du droit romain, parce que l'impétrant reconnaissait par le tribut qu'il payait, le domaine supérieur du suzerain, et parce que le seigneur en investissant le nouveau possesseur, *dicebatur favere laudarè, indè laudativa dicuntur* (LEGRAND, sur Troyes, art. 52).

ciers, très-embarrassés par la question qu'ils avaient à juger, appelèrent à leur aide les savants du barreau, et Dumoulin fut convoqué à la réunion. Il ne manqua pas de conclure que Agnès Buquet ne devait les lods et ventes que pour ce qu'elle avait acquis de ses deux frères, et qu'elle ne devait absolument rien pour sa part héréditaire dans l'immeuble dont elle était devenue adjudicataire. Il aurait dû aller plus loin, et décider qu'elle était affranchie de toute espèce de droits par une conséquence nécessaire de la règle du partage. Mais à cette époque, Dumoulin n'était pas encore bien fixé sur les caractères juridiques de cet acte, et il en était encore, sinon pour le tout, au moins pour partie, à l'opinion des glossateurs et de l'école de Barthole *sur les aliénations nécessaires*. Ce n'est que plus tard (nous sommes ici en 1536) que la science s'est définitivement constituée sur le caractère purement *déclaratif* du partage. Quoi qu'il en soit, le grand jurisconsulte coutumier soutint le système que la royauté et après elle la révolution, à bout d'argent, firent depuis prévaloir contrairement au droit civil, dans la loi de frimaire an VII précitée. Mais il resta seul de son avis : *etiam si omnes, ego non !* probablement, dit-il, parce qu'on craignit que son opinion n'eut un résultat fâcheux pour le trésor du roi, *ne alia lucra omissa fuerint :* de sorte que Agnès Buquet dut se résigner à payer les *laudimia* sur la totalité de son prix d'acquisition. Appel au Par-

lement ; lequel émendant la sentence des financiers et faisant ce que Dumoulin avait voulu leur faire faire, déchargea Agnès Buquet des condamnations prononcées contre elle (1). Voilà la véritable origine de l'art. 69, § 7, n° 4, de la loi du 22 frimaire an VII sur l'enregistrement. Mais laissons de côté le droit fiscal, qui s'il se présente parfois avec ses anciens textes comme un auxiliaire très-important de la théorie dont nous retraçons l'histoire, y apparaît aussi comme un *réacteur* qui ne se fait aucun scrupule de combattre les principes originaires qu'il a puissamment contribué à établir lui-même. Toutes les fois que le droit civil fait obstacle à sa caisse, il a une manière toute simple de s'en débarrasser, c'est de le considérer comme n'existant pas à son égard, ou de n'en prendre que ce qui lui convient !....

230. — *Origines de l'art.* 883 *dans ses rapports avec la licitation.* — L'art. 883 met la licitation sur la même ligne que le partage en nature. Comment cet évènement juridique que les Romains assimilaient à une vente a-t-il pu se transformer chez nous, au point de devenir pour le tout, déclaratif d'une propriété préexistante ? Voici.

(1) Voy. DUMOULIN, *Coutume de Paris*, tit. II. *Traité des censives*, § 78, nos 170 à 179, où il traite la question *ex professo* ; l'arrêt du Parlement qui lui a donné raison contre la régie est du mois d'avril 1538. Voy. aussi M. AUBÉPIN, *Revue critique*, tom. XVIII, pag. 521-522.

Nous avons vu précédemment que tout acte auquel se livrent des co-propriétaires par indivis dans le but de sortir d'indivision, est un *partage*. Peu importe la forme. On peut tout aussi bien mettre fin à une communauté par une licitation, par une simple vente, par une cession de droits successifs, par une transaction, ou par un compromis d'arbitrage, que par un partage proprement dit (1). L'important est de savoir ce que l'on a *voulu* faire. Mais dès qu'il est constant en fait que l'acte dont il s'agit, est intervenu entre les co-propriétaires d'une chose indivise avec la pensée de faire cesser l'indivision complètement ou même *pour partie*, ils n'ont procédé et pu procéder qu'à un partage ou à un *acheminement au partage*. Ils n'ont pas *voulu* faire une *spéculation*. Chacun est censé n'avoir pas cherché à acquérir, mais seulement avoir voulu faire *délimiter* la part qui lui revient. C'est un acte de *conservation*, *de consolidation*, plutôt qu'un acte *d'acquisition*. Pendant l'indivision, le droit de chacun des communistes plane sur le tout, sans être encore fixé nulle part. Ils ne sont pas propriétaires incommutables *ab initio*, bien qu'ils soient susceptibles de le devenir rétroactivement quand on saura sur quoi leur droit viendra définitivement s'asseoir ; ils ne sont que

(1) Voy. Cod. Nap., art. 888, et *suprà*, n° 301 *bis*, où se trouve résumée la théorie de DUMOULIN.

des propriétaires *sous condition suspensive* en ce qui touche les objets que le sort leur destine, et par contre, des propriétaires *sous condition résolutoire*, à l'égard des choses qui composeront les lots de leurs co-héritiers. Voilà la vraie *notion* de tous les évènements juridiques qui ont pour but de faire cesser l'indivision. Elle s'applique sans difficulté au partage en nature qui est le partage *type*. En ce qui concerne *la licitation*, l'intelligence la perçoit moins facilement ; mais, comme en définitive, cet acte a sa base dans la nécessité de la division et comme il a pour objet de substituer une valeur partageable à une autre qui ne l'est pas, il était rationnel, comme l'ont fait nos pères et le Code Napoléon après eux, de l'assimiler complètement au partage proprement dit, et de lui faire produire les mêmes effets. Dépendance du partage, et souvent son préliminaire indispensable (*incipit et dependet à causâ necessariâ divisionis*, dit Dumoulin) (1), la licitation devait se transformer et se développer en compagnie du partage en nature.

C'est ce qui a eu lieu au fond des choses. Toutefois sa théorie ne marcha pas au but avec autant de facilité que l'évènement juridique dont elle n'est qu'une dépendance. Nos coutumiers eurent plus de peine à faire définitivement triompher leur système en matière *de li-*

(1) *Titre des Fiefs*, § 33, glose 1, n° 73.

citation qu'en matière *de partage en nature*. Cela est si vrai que, malgré le texte formel au point de vue de la fiscalité, de l'art. 80 de la nouvelle coutume de Paris (1) on discutait encore vivement au commencement du XVIII^e^ siècle, la célèbre question de savoir si les immeubles acquis sur licitation par l'un des co-héritiers, devaient être considérés comme constituant *des propres* pour le tout, ou seulement pour les portions dont il avait été saisi par droit de succession (2). Ce n'est que plus tard et par suite de plusieurs arrêts rendus par le Parlement, les 9 mars 1723, 3 mars 1743 et 20 juin 1761, que l'on finit par regarder comme un point constant en droit civil, « *que la licitation ne fait avec le* « *partage qu'une même affaire, qu'elle n'est qu'un ac-* « *cessoire et une dépendance du partage, et que les co-* « *héritiers, en licitant, n'ont évidemment l'intention que* « *de partager et non pas d'acheter* (3), » parce que,

(1) Cet article portait : « Si l'héritage ne se peut partir (partager) entre co- « héritiers, et se licite par justice sans fraude, ne sont dues aucunes ventes « pour l'adjudication *faite à l'un d'eux.* »

(2) Voy. à cet égard FERRIÈRE, *sur l'art. 326 de la coutume de Paris*, et RÉNUSSON, *Traité des propres*, chap. I, sect. 5, n^os^ 7 et suiv.

(3) Analyse d'un passage *du Traité des Successions* de LEBRUN, liv. IV, chap. I, n° 35. POTHIER, *des Fiefs*, part. I, chap. V, § 3. *Vente,* n^os^ 639,640. CHAMPIONNIÈRE, *Revue de législation*, 1838, tom. VIII, pag. 161 et suiv. DEMOLOMBE, *Success.*, tom. V, n° 259. AUBÈPIN, *Revue critique*, tom. XVIII, pag. 516. Les raisons données par LEBRUN, *loc. cit.*, sont péremptoires contre ses adversaires FERRIÈRE et RÉNUSSON. Le président ESPIARD, son annotateur, y fait cause commune avec lui contre les deux jurisconsultes précités (Comp. Cod. Nap., art. 883).

comme le disait Dumoulin au XVI^e^ siècle, *principalis intentio fuit dividère*. La résistance obstinée que met la Cour suprême de nos jours à appliquer les développements de la théorie de nos pères aux actes préliminaires qui ne font pas cesser l'indivision *pour le tout*, prouve que la lutte qu'on croyait éteinte est encore loin de conclure à la paix sur toute la ligne. Il faudra pourtant bien qu'elle se rende un jour à l'évidence, à moins que le législateur n'abroge les art. 883 et 888 du Code Napoléon.

Quoi qu'il en soit, le doute est impossible pour la vraie licitation en présence des textes de l'art. 883 et de l'art. 1408 du Code Napoléon. Donc, dans notre législation actuelle, la licitation qui fait cesser l'indivision pour le tout ou pour partie, suivant nous, est un *partage* lorsque l'adjudication est prononcée au profit de l'un des co-partageants.

Passons maintenant aux soultes ou retours de lots.

231. — *Origines de l'art.* 883 *dans ses rapports avec les soultes de partage.*

Bien que l'art. 883 ne se soit pas expliqué formellement à l'égard *des soultes* comme il l'a fait pour *la licitation,* il n'est pas douteux que le partage en nature avec soultes ne produise les mêmes effets qu'un partage but à but, au point de vue de la propriété rétroactive qu'il attribue, *ex jure hæreditario*, au co-partageant dont le lot s'en trouve chargé. Dès là que le législa-

teur a assimilé la licitation au partage en nature, à plus forte raison lui a-t-il assimilé le partage en nature avec soultes. Dans notre droit, tout au contraire de ce qui existait à Rome, c'est le défunt lui-même qui, en vertu de la maxime, *le mort saisit le vif*, investit celui de ses héritiers qui est grevé de soultes, des choses qui lui échoient par le partage en lui imposant l'obligation d'en payer le montant à qui de droit. Quoique l'héritier débiteur acquitte sa dette avec des deniers tirés de son propre patrimoine, il n'est pas, pour cela, considéré comme un acquéreur entre vifs, il est au contraire censé être devenu propriétaire de son lot entier, comme s'il le tenait directement du défunt (1). En vain son co-héritier, créancier de la soulte, semble être son vendeur apparent pour ce qui excède sa part héréditaire, en réalité, il ne lui vend rien du tout. En France, le partage est un acte d'une nature toute particulière. Il est plutôt *dévestitif* que *investitif* de la propriété.

Cette conquête du droit civil nous est encore venue de la bataille que nos vieux coutumiers ont livrée à la fiscalité féodale. Dans le principe, les soultes étaient comme les licitations soumises aux lods et ventes.

(1) Voy. LEBRUN, *Success.*, liv. IV, chap. I, n° 35. S'il en est autrement dans le règlement des récompenses que les époux peuvent se devoir entre eux, à raison de la communauté, c'est parce que la soulte est un *produit* du fonds sans en être *un fruit*.

Mais dans la seconde partie du XVI^e^ siècle, à la suite des discussions qui avaient eu lieu avant la révision des coutumes entre les jurisconsultes à cette occasion, les seigneurs perdirent leurs lods et ventes sur les soultes de partage en même temps que sur les licitations publiques. C'est lors de la réformation des coutumes, vers 1580, que cette grande révolution s'est accomplie dans l'histoire de la propriété foncière, et ce ne fut que plus tard, par un extrême besoin d'argent, que le procureur fiscal, à la suite d'une réaction qui s'est produite dans ces matières, est parvenu à ressaisir la proie que lui avaient arrachée nos jurisconsultes civilisateurs du XVI^e^ siècle. Le droit fiscal devrait cependant toujours être subordonné au droit civil, et ne jamais marcher que sur ses traces ; mais l'Etat répond par le fameux : *ante omnia vivere*, et il ne nous reste plus qu'à nous incliner.

232. — Quoi qu'il en soit, Loysel, dont la vie s'est passée à rechercher les brocards du droit national, ne s'était pas, dans la règle par lui rapportée (1), occupé *des soultes*. L'art. 80 de la coutume de Paris précitée ne s'en était pas préoccupé davantage. Mais la coutume de Troyes se chargea de formuler le principe à cet égard. Son art. 57 est ainsi conçu : « Si aucuns héri-« tages sont advenus ou adviennent à aucuns par suc-

(1) *Suprà*, n° 225.

« cession, et en faisant partage et division d'iceux, les « aucuns font soutes *(soultes)* aux autres, en ce cas ne « sont deus aucuns lods ne ventes au seigneur censier, « pour les d. soutes : se *(si)* ce n'estait que les d. soutes « fussent si grandes que au moyen d'icelles le contract « soit plus répété vendition que partage et division : « car en ce cas seraient deus lods et ventes ou quints « pour les d. soutes. » Sur quoi Legrand observe que : « Soit que les héritiers fassent volontairement partage « entre eux des biens de la succession et que à aucuns « d'eux soient échus et advenus en partage des biens « de plus grande valeur qu'aux autres, pour raison de « quoi ils donnent *soutes* ou *tournent* à leurs co-héri- « tiers : soit que l'héritage soit vendu par licitation, au « plus offrant et dernier enchérisseur, encore que les « étrangers y aient été admis, *qu'aucuns lods et ventes*, « si ce sont héritages de roture, *quints et requints*, si ce « sont héritages féodaux, *ne sont dus*, *non pas même* « *lesdites soutes*, *telles et si grandes qu'elles puissent être* « *hors cette coutume* (qui réglait cette dernière hypo- « thèse par une disposition spéciale). Ce qui doit pour- « tant être entendu, *pourvu que l'un des héritiers se soit* « *rendu adjudicataire*. Car encore que l'intention des « parties, en faisant vendre la chose, n'ait été autre « que de faire partage, laquelle intention doit être « principalement considérée (LL. 4 et 19, ff. *Si cert.* « *pet.)*, néanmoins cette raison cesse lorsqu'un étran-

« ger s'est rendu adjudicataire, à cause qu'en ce cas « *y a mutation de possesseur* qui doit être investi et « ensaisiné par le seigneur. Lequel ensaisinement du « nouveau possesseur donne ouverture aux droits sei- « gneuriaux, ce qui ne peut pas être dit lorsque l'un « des héritiers s'est rendu adjudicataire (1), » à cause de l'application à l'acte dont il s'agit de la règle : *Le mort saisit le vif*.

Voilà la vérité dans toute sa naïveté, et si le malencontreux procureur fiscal n'était venu plus tard embrouiller les choses pour un misérable intérêt d'écus, toute la législation française, sur ces matières importantes, serait *in luculentam consonantiam*, c'est-à-dire dans une harmonie parfaite.

(1) LEGRAND fait ici allusion à une ancienne distinction derrière laquelle la régie féodale s'était retranchée au XVI^e^ siècle, pour continuer à percevoir les lods et ventes dans les licitations avec les formalités de la *subhastation*. Le procureur seigneurial soutenait qu'il y avait *mutation d'homme* dans le cas de licitation *publique*, parce que, disait-il, ce ne sont pas les co-propriétaires qui vendent dans cette hypothèse, c'est le juge qui adjuge. Or, pour adjuger, il faut que la loi le considère comme ayant été au préalable investi de la propriété et possession dont les parties se sont démises entre ses mains. DUMOULIN se moque de cet absurde moyen qui prospéra pourtant assez longtemps. Voy. *Traité des censives*, § 78, glose 1, n^os^ 170 à 179. Il paraît, par la remarque de LEGRAND, qu'au milieu du XVII^e^ siècle il en était encore question, puisqu'il prend la peine de le condamner.

§ 2.

DES ACTES, DES CHOSES, DES PERSONNES QUI RENTRENT DANS L'APPLICATION DE LA RÈGLE DE L'ARTICLE 883 ET DE SES EFFETS.

SOMMAIRE.

233. — Méthode.

234. — A. L'art. 883 s'applique à toute espèce d'indivision.

235. — B. Des actes qui tombent sous son empire.

236. — Histoire de cette célèbre question. *Ancien droit français.*

237. — Code Napoléon. Il n'a rien innové.

238. — Dissentiment très-grave avec la Cour de cassation sur ce point.

239. — Examen critique de sa jurisprudence.

240. — *Premier argument de texte* qu'elle tire de la rédaction de l'art. 883; elle prétend que cet article n'est qu'une exception.

241. — Il n'y a dans l'art. 883 *ni fiction ni exception.* Preuve tirée de l'histoire.

242. — Thèse remarquable de M. de Valroger sur la base fondamentale de la théorie du partage français. Cette thèse réfute *le premier moyen* tiré d'une prétendue *fiction* en cette matière.

243. — *Deuxième moyen* que la jurisprudence fait résulter d'une indivisibilité imaginaire entre la première et la seconde partie de l'art. 883.

244. — Examen *de ce second moyen*. Il n'y a pas de connexité indivisible entre la première partie de l'article et la seconde. Pour motiver son argument à cet égard, la Cour ajoute dans la loi ce qui ne s'y trouve pas et ce qui n'a pas été dans l'intention de ses auteurs. Considérations en faveur du système coutumier suivi par le Code.

245. — Réfutation du moyen dont il s'agit par M. Mourlon.

246. — *Troisième moyen* tiré de l'art. 888. Cet article prouve tout le contraire de ce que la Cour lui fait dire. Il vient de Pothier.

247. — *Quatrième moyen*, tiré de l'art. 889. Cet article a tranché expressément la question dans le sens des idées admises autrefois.

248. — Discussion à cet égard.

249. — Suite.

250. — Suite.

251. — Argument contre la jurisprudence tiré de la combinaison des art. 883, 888 et 889 avec l'art. 1408.

252. — *Méthode* pour passer à l'examen des espèces particulières.

253. — Des cas dans lesquels les deux systèmes *marchent d'accord*.

254. — Des cas où ils se séparent l'un de l'autre. Motifs de la Cour.

255. — Réponse tirée de l'histoire et de l'intention des parties.

256. — Système de la Cour à l'égard des licitations qui

ne font pas cesser l'indivision entre *tous* les co-héritiers.

257. — Réponse : l'art. 883 leur est applicable.

258. — Conséquences des deux systèmes dans leurs rapports avec le droit hypothécaire. Suivant la Cour, les hypothèques continuent de subsister, lorsque l'indivision n'a pas cessé entre *tous* les héritiers. Dissentiment avec elle sur ce point capital.

259. — Raisons inacceptables qu'elle donne à l'appui de son système.

260. — Transition à l'examen des espèces dans lesquelles les deux systèmes *sont en désaccord*.

261. — Des cas dans lesquels ils marchent en bonne harmonie. *Première espèce*.

262. — *Deuxième espèce*. Du cas où un immeuble indivis a été nominativement hypothéqué et où il est tombé dans un autre lot que celui du co-héritier qui a constitué l'hypothèque.

263. — *Troisième espèce*. *Quid*, du cas où la succession ne se compose, entre deux enfants, que d'un immeuble impartageable et d'une rente sur l'Etat ?

264. — *Quatrième espèce*. Du cas où l'un des héritiers a cédé ses droits successifs à un autre de ses co-héritiers.

265. — *Cinquième espèce*. Du cas où les immeubles sont licités et adjugés à *un étranger*. Les co-héritiers ne sont vendeurs que dans la proportion de ce qui revient à chacun par le partage ou la liquidation.

266. — Au cas d'adjudication au profit *d'un étranger*, il

peut y avoir lieu à surenchère et à folle-enchère.

Si c'est un co-héritier qui est resté adjudicataire, ces voies extraordinaires de résolution *sont impossibles*.

267. — De la jurisprudence de la Cour qui permet les stipulations d'actions résolutoires et de folles-enchères dans les cahiers des charges. Ces stipulations sont nulles suivant l'auteur.

268. — *Sixième espèce*. Du cas où l'indivision cesse à la suite *d'une donation*. L'art. 883 est inapplicable. Opinion contraire de Brodeau.

269. — *Septième espèce*. Du cas où l'un des deux frères a vendu sa part à un étranger. L'art. 883 s'applique au partage fait par le non-retrayé avec l'autre co-héritier. La Cour décide le contraire, à tort, en matière fiscale.

270. — *Méthode*. Position d'une question de *psychologie* qui domine toutes ces matières. Réflexions philosophiques.

271. — *Huitième espèce*. Examen de la question de savoir si la cession des droits successifs consentie pendant l'indivision à l'un ou à plusieurs des co-héritiers par l'un d'eux constitue *une vente* ou *un partage*.

272. — Suite. Qualification juridique de cet acte.

273. — Conséquences déplorables du système de la Cour, qui y voit une *spéculation aléatoire*.

274. — Conclusion. C'est un acte d'acheminement au partage auquel l'art. 883 est applicable.

275. — *Neuvième espèce*. Du cas où des cessions successives font cesser l'indivision entre *tous* les co-héritiers.

276. — *Dixième espèce*. Du cas où après une première cession il intervient entre les héritiers restés dans l'indivision, un partage définitif *en nature*. Les hypothèques constituées par le cédant durant l'indivision tombent devant l'art. 883, d'après l'auteur.

277. — Elles continuent de subsister, suivant M. Demante et M. Demolombe. Dissentiment avec ces jurisconsultes.

278. — Discussion. Suite.

279. — Suite.

280. — Suite.

281. — Suite.

282. — Suite.

283. — Suite.

284. — Suite. Conclusion déplorable du système contraire à celui suivi dans cette étude.

285. — *Onzième espèce*. *Quid juris*, si le lot attribué au cessionnaire de l'un des co-héritiers dans le partage définitif en nature qu'il a fait avec celui ou ceux qui sont restés dans l'indivision, est susceptible de se partager en deux lots suivant sa double qualité? Que décider dans le cas où les immeubles qui le composent seraient impartageables? Est-ce à sa qualité de cessionnaire ou à sa qualité d'héritier que devrait accéder la part dont il se rendrait adjudicataire lors de la vente poursuivie à la requête d'un créancier hypothécaire du cédant?... Bizarrerie du système qui conserve les hypothèques au mépris de l'art. 883.

286. — *Douzième espèce*. Des rapports des art. 883 et 1408 avec l'art. 563 du Code de Commerce.

287. — Conclusion qui rejette les théories contraires à celles exposées dans ce travail.

288. — Suite.

289. — C. Des choses qui ne sont pas régies par la règle du partage *déclaratif*. *Des créances et des dettes divisibles* (art. 1220).

290. — En ce qui touche *les dettes*.

291. — En ce qui touche *les créances*. Controverse.

Premier système. La Cour abroge en réalité l'article 1220. Impossibilité d'accepter sa doctrine en présence de l'histoire et du texte de la loi.

292. — Suite.

293. — *Deuxième système*. Basé sur l'histoire et sur le bon sens.

294. — *Première espèce*. Les créances se divisent de plein droit entre les héritiers *pro portionibus hæreditariis*.

295. — *Deuxième espèce*. Les causes de libération antérieures au partage et même à sa signification sont *efficaces*. Dissentiment avec M. Demolombe, qui n'exige pas la signification du partage-cession.

296. — *Troisième espèce*. Les prélèvements peuvent-ils s'exercer sur les créances? Oui, mais à titre de *dation en paiement* seulement ou *de cession*, et jamais avec effet rétroactif au jour de l'ouverture de la succession.

297. — Dissentiment avec M. Demante qui prétend tempérer par une idée très-ingénieuse l'applica-

tion de l'art. 1220 dans ses rapports avec l'art. 883.

298. — Même dissentiment avec M. Demolombe et avec les auteurs dont il reproduit la doctrine.

299. — Réponse aux systèmes mitoyens dont il s'agit.

300. — Réponse à une idée subtile de M. Demante.

301. — Conclusion. L'art. 1220 a sa part d'application et l'art. 883 a également la sienne ; ces articles ne s'absorbent pas l'un dans l'autre.

302. — Méthode et transition *aux effets du partage*.

303. — D. *Des personnes* auxquelles s'applique l'art. 883, et *des effets* du partage *déclaratif*.

1° C'est une disposition générale qui domine tout le Code, en ce qui touche les choses indivises susceptibles de partage conventionnel ou judiciaire.

304. — 2° La règle s'applique en général au fisc.

305. — Conséquences qui en résultent.

306. — 3° L'art 883 s'applique à ceux des co-propriétaires indivis qui se retirent de l'indivision, lors même qu'elle ne cesse pas entre *tous* les communistes.

307. — Conséquences importantes qui résultent de ce principe.

308. — Le sort de la purge des hypothèques est subordonné à l'évènement du partage.

309. — L'action résolutoire ne s'applique jamais au partage.

310. — Il en est de même de la surenchère et de la folle-enchère dans le cas où c'est un co-héritier qui est resté adjudicataire dans la licitation.

311. — Conséquences à tirer de ce que le partage n'est

pas un contrat synallagmatique en ce qui touche les hypothèques, dans le cas de soultes.

312. — E. *De l'art.* 883 *dans ses rapports avec le contrat de mariage.*

313. — La soulte provenant d'immeubles partagés ou licités entre-t-elle dans la communauté?

314. — *Premier système absolu.*

315. — Elle y entre comme chose *mobilière.*

316. — *Deuxième système absolu.* L'art. 883 est étranger aux rapports des époux entre eux.

317. — *Troisième système de transaction* adopté par le Code *quoique peu logique.*

318. — Du cas où la soulte immobilière est échue à une femme dotale.

319. — Est-ce le légataire des meubles ou celui des immeubles qui emporterait la soulte de partage provenant d'immeubles héréditaires?

320. — Réflexions sur toute cette théorie relative aux soultes.

321. — F. *De l'art.* 883 *dans ses rapports avec le Code de commerce.*

L'hypothèque légale de la femme du failli grève utilement les biens échus à son mari quoique chargé de soultes. Dissentiment avec M. Demolombe et plusieurs auteurs et arrêts.

322. — Suite.

323. — G. *Méthode. De l'art.* 883 *dans ses rapports avec le titre des prescriptions.*

324. — Applications à diverses hypothèses.

325. — Suite.

326. — Le partage n'est pas un juste titre pour fonder la prescription de dix ans.

327 à 330. — Diverses applications. Dissentiment avec M. Demolombe.

331. — L'art. 883 est inapplicable à la prescription des créances et des dettes.

332. — *Quid*, à l'égard des choses *indivisibles ?*

333. — Réflexions générales sur le système.

---

233. — Méthode. — Après avoir jeté un coup d'œil rapide sur les origines de l'art. 883, nous arrivons à son application, ce qui nous donnera l'occasion de rechercher :

1° Pour quelles communautés;

2° Pour quels actes;

3° Pour quelles choses;

4° Et pour quelles personnes la règle qui nous occupe a été faite, comme aussi quels sont ses effets.

234. — A. — *A quelles communautés s'applique l'art.* 883. — Bien que la règle dont il s'agit soit placée *au titre des successions*, et ne semble s'appliquer qu'aux communautés héréditaires, si l'on ne voit que la place qu'elle occupe dans l'économie du Code Napoléon, il ne faut pas moins l'étendre à toute autre espèce d'indivision, quelle qu'en soit la cause. C'est un principe général dans notre droit, que le partage y est *déclaratif de la propriété*, parce que notre législa-

teur, instruit par l'expérience, a voulu mettre la propriété foncière et la famille à l'abri des évictions autrefois si fréquentes dans le système romain, et couper court aux actions récursoires qui y donnaient lieu à une foule de procès. Or, le motif est le même, soit qu'il s'agisse d'une succession (art. 883), d'une communauté entre époux (art. 1476), d'une société civile ou commerciale (art. 1872), et même d'une chose particulière indivise entre plusieurs (art. 1408). En étendant l'art. 883 à toutes les indivisions de quelque nature qu'elles soient, nous ne faisons qu'une juste application de la règle : *ubi eadem ratio idem jus*, qui ne manque jamais de conserver son empire toutes les fois que l'on se trouve en *matières favorables* (1).

235. — B. — *Des actes auxquels s'applique l'art.* 883. — Cet article s'applique à tous les actes de quelque nature qu'ils soient, lorsqu'ils ont *pour objet* de faire cesser l'indivision entre co-propriétaires indivis. Dans le système auquel obéissent ces études, il y a partage ou acte équivalent à partage toutes les fois que l'intention principale des parties a été de diviser, lors même que l'acte dont il s'agit ne serait intervenu qu'entre *quelques-uns* des co-héritiers, et qu'un seul d'entre eux serait sorti d'indivision.

(1) Voy. Cass., 28 avril 1829. DEVILL., 1830, I-339. Cass., 29 mars 1854. DEVILL., 1856, I-49. DEMANTE, tom. III, n° 225 *bis*, I. DEMOLOMBE, *Success.*, tom. IV, n° 266.

Comme cette règle, ainsi posée d'une manière absolue, est constamment repoussée par la jurisprudence de la Cour suprême qui ne voit dans l'art. 883 qu'une *exception* à restreindre au cas où l'indivision a cessé *pour le tout*, nous allons l'établir historiquement d'abord et ensuite au point de vue de l'interprétation du Code Napoléon.

Précisons bien le point en litige. Notre théorie ne diffère de celle de la Cour qu'en ce qu'elle soumet à la règle de l'art. 883 qui n'est certainement pas *une exception*, comme on le prétend à tort, tous les actes quelconques qui ont *pour objet* de faire cesser l'indivision, soit *absolument*, soit *relativement*, tandis que celle de nos contradicteurs consiste à n'y voir *qu'une fiction* qui doit rigoureusement se restreindre aux actes qui ont pour *effet* et non pas seulement pour *objet* de faire cesser l'indivision d'une manière quelconque entre *tous les co-héritiers*.

236. — *Histoire.* — Au moment de la rédaction de nos Codes, le point de droit qui donne lieu aujourd'hui à tant de controverses, avait cessé de faire doute; c'était une conséquence nécessaire de la règle nouvelle que Dumoulin et les praticiens du XVI^e^ siècle avaient substituée à l'ancienne en matière de partage. « Cha-« que co-héritier, dit Pothier (1), est censé avoir suc-

(1) *Success.*, chap. IV, art. 5. Comp., Cod. Nap., (art. 883), qui a copié ce passage.

« cédé seul au défunt, à tous les effets compris dans « son lot, et n'avoir succédé à aucun de ceux compris « dans le lot de ses co-héritiers. Lorsqu'il se passe un « acte entre deux héritiers, par lequel il est dit en « termes exprès que l'un d'eux *a vendu* à l'autre pour « un certain prix sa part dans la succession, il semble- « rait qu'il ne devrait pas être douteux qu'un tel acte « fût *un contrat de vente*. Néanmoins comme, dans les « actes, on ne doit pas tant s'arrêter aux termes que « rechercher la volonté des parties et quel est l'acte « qu'elles ont eu l'intention de faire, la jurisprudence « a établi (1) que nonobstant les termes de vente dans « lesquels cet acte est conçu, il ne devait pas être con- « sidéré *comme contrat de vente*, mais comme un acte « *tenant lieu de partage*, parce qu'il y a lieu de présu- « mer que la principale intention qu'ont eue les par- « ties, en faisant cet acte, a été de sortir d'indivi- « sion (2).

« Pour qu'une vente que l'un de plusieurs co-héri- « tiers fait de sa portion à son co-héritier, soit un par- « tage, il n'est pas nécessaire qu'elle dissolve toute « communauté, il suffit qu'elle la dissolve entre eux « deux; par exemple, si l'un de quatre héritiers vend « à un autre sa portion, quoique celui qui l'acquiert

(1) Arrêts du Parlement du 15 décembre 1648, *Journal des Audiences*, liv. V, chap. XXXVII, 5 août 1619, 20 mars 1730. FONMAUR, n° 303.

(2) POTHIER, *Traité du contrat de vente*, n° 644, et les arrêts qu'il y cite.

« demeure en communauté avec les deux autres, cet « acte n'en tient pas moins lieu de partage; *car il suffit* « *qu'il dissolve la communauté avec celui qui a vendu* « *sa portion* (1). La faveur qu'on attache aux arran- « gements de famille, fait que le *premier acte entre co-* « *héritiers* (compar. Cod. Nap., art. 888) est réputé *par-* « *tage*. Cela est d'une jurisprudence constante au Châ- « telet et c'est *droit commun* (2). » Enfin Guyot qui est venu à la fin du dernier siècle résumer ceux qui l'ont précédé, s'exprime ainsi sur la question en litige : « Les héritiers qui arrivent à une succession ont un « acte nécessaire à faire, c'est le partage. C'est leur « premier vœu, leur but principal, et le premier acte « qu'ils passent a toujours cet objet. Or, le partage en- « traînant plusieurs opérations, il est permis de *l'éla-* « *guer* par des actes préparatoires qui sont des espèces « de *licitations* (*putà* par la cession de droits successifs « qu'un co-héritier fait à un autre de ses co-héritiers),

(1) POTHIER, *des Fiefs*, part. I, chap. V, § 3. *Magis id quod actum est inter contrahentes quam scriptura attendi debet.* On n'a eu recours à la vente que comme à un moyen pour sortir de communauté.

(2) BOURJON, *Droit commun de la France, des Fiefs*, Ire partie, chap. VI, sect. 4, nos 44-46. « Tout ce qui a été dit ci-dessus se doit entendre du premier « contrat ou autre acte qui se fait entre les co-héritiers; ce premier acte tenant « lieu de partage est subject aux mêmes lois et reigles quand même il serait fait « par forme de transaction, de *donation*, de transport ou de vente de droits « successifs. » BRODEAU SUR Paris, art. 80, nos 14 et 15 où il cite en faveur de son opinion, DÈCE, CUJAS, DUMOULIN et MORNAC. Mais voyez, quant au cas de *donation, infrà*, n° 268.

« des *espèces de partages préliminaires* qui réduisent « le partage (définitif) principal à sa simplicité, qui le « rendent stable et sans remords (1). Il n'y a point de « règle qui oblige les associés à ne sortir de la com- « munauté qu'en la rompant avec tous. L'un des asso- « ciés peut liciter sa portion héréditaire, soit avec l'un, « soit avec tous; cela ne fait que diminuer le nombre « des co-propriétaires; *mais il n'y a point de change-* « *ment de propriétaire*. C'est toujours un acte qui n'a « trait qu'à la dissolution de la communauté, et dans « lequel l'esprit des contractants est de partager et *non* « *de vendre* (2). »

« On a considéré, ajoute Poquet de Livonnière (3), « que si ces traités *partiels* ne sont pas des partages, ce « sont des dispositions préparatoires nécessaires au « partage qui, sans cela, serait souvent difficile à con- « sommer, soit par le grand nombre d'héritiers et la « multiplicité de fractions et divisions..., soit pour « éloigner par cet expédient un co-héritier difficul- « tueux qui pourrait troubler le partage à faire (4). »

« Bref, comme a pu le dire avec raison M. Champion-

(1) GUYOT, *des Licitations*, chap. III, sect. 3, § 1.

(2) GUYOT, *des Licitations*, chap. III, § 4, n° 4, et les autorités citées par MM. CHAMPIONNIÈRE et RIGAUD. *Traité des droits d'enregistrement*, tom. III, n° 2734.

(3) Liv. III, chap. VI, sect. 6, *Coutume d'Anjou*, art. 282, obs. 1.

(4) Voy. M. MOURLON, *Revue pratique*, tom. VIII, pag. 208 et suiv.

« nière de si regrettable mémoire, les commentateurs « et la jurisprudence étaient *unanimes*, et c'était un « principe constant comme le caractère des partages « eux-mêmes (1). »

Ainsi, l'ancien droit nous est acquis, c'est incontestable.

237. — *Code Napoléon.* — Le législateur de 1803 a-t-il modifié ce qui existait avant lui? En aucune façon. En effet, il commence par copier la formule de son guide habituel sur le principe fondamental des partages qu'il sait très-bien s'être transformé à la suite des luttes dont nous avons rendu compte (Cod. Nap., art. 883). Il est naturel de penser qu'il en accepte les conséquences, et qu'il n'entend pas innover au cas particulier, puisqu'il se contente d'imprimer son cachet législatif à ce qui se pratique sous ses yeux. Or, comme Pothier déclare *partages*, non seulement les actes qui font entièrement cesser l'indivision entre tous, mais encore ceux qui ne la font cesser qu'à l'égard de quelques-uns des co-héritiers, il faut en conclure que les actes préliminaires du partage définitif, n'en étant, au fond, que des dépendances et des moyens d'y arriver facilement, *sont conservés avec le caractère* que leur reconnaît le droit coutumier existant au moment où s'élabore le Code civil. Ce n'est

(1) Championnière et Rigaud, *loc. cit.*

pas tout et voici qui devient *décisif* sur le point de savoir si le législateur a réellement voulu innover, comme on le prétend. Quand il arrive à se prononcer sur la nature des actes préliminaires dont il s'agit, dans leur rapport avec l'action en rescision, va-t-il les considérer comme des contrats de vente ordinaires soumis à la rescision pour lésion de plus des sept douzièmes (Cod. Nap., art. 1674)? Nullement. Il rédige l'art. 888 du Code Napoléon en des termes qui ne laissent aucun doute sur sa pensée *conservatrice*, puisque, suivant le texte formel de cet article, tout acte qui a pour *objet* (et non pas pour *effet*) de faire cesser l'indivision *entre co-héritiers* (et non pas entre *tous les co-héritiers*) doit être assimilé à un partage rescindable pour lésion de plus du quart (art. 887), encore qu'il fût qualifié *de vente*, *d'échange*, *de transaction ou de tout autre manière*. Si cependant, il s'agit *d'une vente de droits successifs* faite sans fraude à *l'un des co-héritiers à ses risques et périls*, par ses autres co-héritiers *ou par l'un d'eux*, la rescision n'est pas admise, parce que, comme le dit Pothier (1) « *quoique l'acte dont il est* « *question tienne lieu de partage*, il n'est guère sujet à « rescision pour cause de lésion, vu que l'*incertum* « *æris alieni* dont l'acheteur se charge, empêche qu'on « ne puisse dire qu'il y a lésion (2). » Ajoutez à cela le

(1) *Success.*, chap. IV, art. 6.

(2) Comp. Cod. Nap., art. 889, dans lequel a été reproduite cette dernière

témoignage de Treilhard qui, parlant au nom de la section de législation à la séance du Conseil d'Etat du 23 nivôse an XI, s'est exprimé de la manière suivante : « La section (de législation) s'est déterminée « (à adopter l'art. 213 de la section 5 du projet, Code « Nap., art. 888) par la raison *que le premier acte que « les héritiers font entre eux, tend toujours à partager « la succession* (1). Ainsi cet acte doit être résoluble « dans les mêmes cas que *tout autre partage* : peu im- « porte qu'on l'ait appelé une *transaction*. »

Il est donc évident que la théorie de nos anciens maîtres a été conservée dans ces matières par le législateur moderne, et qu'il n'y a aucune distinction à faire entre les actes qui ont pour *effet* de faire cesser l'indivision pour le tout, et ceux qui n'ont pour *objet* de la faire cesser qu'en partie. Tous sont des *actes de partage* plus ou moins complets, rentrant par conséquent, à ce titre, dans l'application de l'art. 883, et non pas *des ventes sujettes* à être transcrites comme les aliénations ordinaires.

238. — Cependant la Cour suprême ne veut pas entendre parler de ce système si protecteur des inté-

pensée fort juste de POTHIER. Si le Code avait dit comme POTHIER, *guère* au lieu de *pas*, la jurisprudence serait très-probablement entrée dans une tout autre voie que celle qu'elle a prise en cette matière.

(1) Voy. *suprà*, n° 236, les paroles de BOURJON que TREILHARD reproduit ici conformément à ce qui se pratiquait constamment au Châtelet.

rêts et de la bonne harmonie de la famille; elle veut à tout prix protéger les tiers plus qu'ils ne l'ont été par le Code Napoléon, et pour arriver à son but, elle tente de faire une nouvelle révolution dans la nature du partage, en sanctionnant par une série considérable d'arrêts une nouvelle invention par laquelle l'art. 883 du Code Napoléon se trouve, après les luttes sans fin qu'il a eues à soutenir depuis le XVI^e^ siècle, n'avoir triomphé de ses ennemis que pour devenir, *c'est incroyable!... une exception!...* Oui, *une exception* à resserrer dans les bornes les plus étroites, suivant la règle qui veut que *les fictions ne s'étendent pas d'un cas à un autre!...* de telle sorte que pour formuler le fond de la pensée de la Cour, il faudrait poser en principe que le partage, en France, est, comme il était à Rome, *attributif de la propriété,* sauf les cas où la loi en a disposé autrement; tandis qu'il faut, au contraire, prendre la proposition inverse comme la seule vraie en droit français!... Cela ne peut s'expliquer que par un oubli du passé et aussi par le désir sans cesse renaissant que notre siècle manifeste à chaque instant, de réagir contre les conséquences de la saisine de nos pères qui aurait, d'après le courant des idées modernes, sacrifié trop les intérêts du public aux intérêts et à la paix intérieure de la famille.

Il y a là un immense problème à résoudre et c'est à sa solution que travaille souterrainement la juris-

prudence, malgré la fixité des textes auxquels elle doit obéissance, mais qu'elle méconnaît souvent pour répondre à ce qu'elle croit être des besoins nouveaux. Combien de fois, dans ces matières, n'ai-je pas par faiblesse et par crainte de ruiner les parties en frais, décidé, comme *juge*, le contraire de ce que j'aurais décidé comme *interprète* des sources et des textes de la loi!... Eh bien! voilà l'histoire de la jurisprudence sur les applications qu'elle fait de l'art. 883 et des autres dispositions législatives qui lui servent de satellites. La théorie des partages, telle que l'ont créée nos anciens coutumiers, est admirable de profondeur, si on la juge en se plaçant au sanctuaire de la famille chrétienne, mais elle est assez peu favorable au développement des idées de crédit qui prennent chaque jour plus d'importance dans les sociétés modernes, d'où nous pouvons conclure qu'elle finira peut-être, si la *cupidité* n'est pas arrêtée dans son cours par une réaction que nous appelons de tous nos vœux, par se modifier dans l'avenir, afin de donner aux nouvelles convoitises une satisfaction qu'elles n'ont déjà plus suffisante aujourd'hui.

Quoi qu'il en soit, montrons en quelques mots combien sont *vains* les efforts que fait la Cour régulatrice pour justifier sa doctrine au point de vue de l'interprétation du Code Napoléon. Si nous parvenons, dans cette étude de l'esprit et des sources de la loi, à mettre

de côté toute préoccupation étrangère, si nous n'y voyons que les textes et leur histoire, si surtout nous nous isolons de toutes ces idées de crédit dont nos pères avaient le bonheur de ne pas avoir besoin, nous arriverons à un résultat tout autre que celui que prétend nous imposer la Cour suprême.

239. — *Examen de la jurisprudence de la Cour de cassation sur l'art.* 883. — Lorsqu'on étudie les arrêts rendus par la Cour suprême sur le sens et la portée de l'art. 883 aux prises avec les faits qui nous occupent en ce moment, et les opinions des auteurs qui prétendent en justifier la doctrine, on voit que le système contraire au nôtre obéit d'abord aux abstractions ci-après indiquées pour les appliquer ensuite aux diverses hypothèses qui peuvent se présenter à juger.

240. — 1° L'art. 883 du Code Napoléon est une exception qu'il ne faut pas étendre. Ce qui le prouve, c'est que les aliénations totales ou fractionnaires consenties par le propriétaire d'une chose, sont en général définitives, et que les démembrements qui en sont distraits, tels que les servitudes et les hypothèques, suivent l'immeuble en quelques mains qu'il passe, dès que la constitution de ces fractions du domaine au profit de celui qui en profite est devenue juridique. Pour décider le contraire, en matière de partage, les auteurs de l'art. 883 se sont trouvés dans la nécessité de recourir à *une fiction*. Or, les fictions sont de droit

étroit. *Donc* l'article dont il s'agit n'est qu'une *exception* qu'il ne faut pas élastiquer d'un cas à un autre.

Voilà le premier argument qu'on voit figurer dans tous les arrêts que la Cour suprême a rendus en cette matière. Il ne repose que sur une *équivoque* et sur un défaut de précision dans la *notion* de la saisine mise en rapport avec le principe de l'art. 883. Dans notre système cet article n'est ni une *fiction*, malgré le mot *censé* qu'on y lit, ni *une exception*. Si les rédacteurs, au lieu de reproduire la formule de Pothier qui se prête à ces idées de fiction, avaient tout simplement dit : « Le partage est déclaratif de la propriété, la loi « française ne saisit rétroactivement chacun des co- « partageants que des choses héréditaires qui tombent « dans son lot, » il ne serait venu à l'esprit de personne que la base fondamentale de la théorie du partage pût être *une fiction ou une exception* et cependant ils n'ont dit et n'ont voulu rien dire autre chose!...

L'art. 883 n'est pas une *exception*. Cela est évident, et la Cour le reconnaît elle-même, puisqu'elle étend sa disposition, et cela, avec raison, à toutes les indivisions quelle qu'en soit la cause, et qu'elle va même jusqu'à l'appliquer à des choses qui ne sont pas indivises, ce qui ressemble fort à une élastique distendue au delà de toutes les bornes (1). Aussi, n'est-ce pas

(1) Voy. les arrêts du 28 avril 1829, et 29 mars 1854, et Cass., 24 janvier

sous ce rapport qu'elle considère ici l'article litigieux comme une *exception*. Pour justifier son idée, elle emploie un tout autre procédé que voici : elle suppose ce qui n'est pas dans la loi et ce qui a cessé d'y être, depuis la révolution qui s'est accomplie au XVI[e] siècle dans la nature du partage. A ses yeux, cet évènement juridique n'est, au fond des choses, qu'un échange réciproque qui intervient entre les co-partageants. Suivant elle, une succession déférée à quatre enfants les rend *ipso jure,* s'ils l'acceptent, propriétaires pour chacun un quart des biens qui la composent. Ce point admis, elle se dit ceci : « Les hypothèques que chaque « co-héritier consent, durant l'indivision, devraient « être, en droit commun, constituées définitivement « et grever utilement au profit du créancier, la part « héréditaire affectée à la dette. Toutefois l'art. 883 « décide le contraire. Or, pour cela, l'article se trouve « dans la nécessité de sortir *de la réalité* pour entrer « dans le domaine *d'une fiction*, qui répute la pro- « priété des lots transmise directement par le défunt « *omisso medio*, quoique, au fond des choses, il n'y ait

1837. DEVILL., 1837, I-107. Cass., 20 décembre 1848. DEVILL., 1849, I-79. Cass., 2 décembre 1845. DEVILL., 1846, I-21. 29 août 1853. DEVILL., 1854. I-707, et *infrà*, n° 291, la théorie de l'art. 883 dans ses rapports avec l'art. 1220. la Cour y étend, outre mesure, la règle de l'art. 883, *en matière de partage de créances*, et elle prétend que c'est une *exception!* Voy. aussi les arrêts cités, *infrà*, n° 316. L'art. 883 y est envisagé comme posant une *règle absolue* qui rayonne sur tout le Code.

« réellement que des échanges réciproques entre les « divers co-partageants. »

241. — Eh bien! *non*. D'après les principes particuliers qui régissent nos partages, il n'y a là *ni fiction*, *ni exception*. Chacun des enfants de l'espèce précédente n'est saisi provisoirement du quart de la succession indivise que d'une manière *idéale* et non pas *incommutable*.

Le défunt ne lui a transmis son quart qu'à *charge de partage,* et il pourra se faire plus tard, dans le cas, par exemple, d'une licitation suivie d'une adjudication au profit de l'un des co-héritiers, *qu'il n'aura été saisi de rien du tout*, parce que, chez nous, la division opérée, soit par un partage réel, soit par un acte équipollent à partage, produit un effet *réductif*, *rétroactivement dirimant*, vu qu'elle est plutôt *dévestitive* que *investitive* de sa nature. Il faut, quand on est appelé à rendre la justice, raisonner sur les institutions telles qu'elles existent et ne pas y substituer des imaginations qui, quelle qu'en soit la valeur, ne sont pas celles du législateur. Ecoutons les enseignements précieux qui sont sortis du concours ouvert le 20 novembre 1849 pour la chaire d'histoire du droit à la faculté de Paris. Ils devraient être sus par cœur de tous les magistrats. C'est au flambeau du travail qui a valu au vainqueur du tournoi le poste qu'il occupe si dignement aujourd'hui dans la science, que nous avons

entrepris la lourde tâche de vérifier dans les *feudistes* les origines de l'art. 883. Qu'est-il résulté de cette idée ? Trois choses qui ont porté en nous la conviction que le système que nous défendons contre les attaques dont il est l'objet dans le Sénat qui casse quelquefois sans fouiller les systèmes jusqu'au fond, est le seul vrai au point de vue de l'interprétation de nos Codes...

1° La preuve évidente que la succession française *s'est émancipée* des liens de la féodalité...

2° Celle non moins évidente qu'elle s'est aussi *émancipée de l'ipsum jus* romain qui n'avait vu que le côté matériel de la question, et que nos anciens ont bien fait d'abandonner, quoique la Cour suprême prétende aujourd'hui le faire revivre sous certains rapports...

3° Et enfin, comme conséquence de la victoire de nos vieux jurisconsultes, *l'établissement laborieux* mais réel d'une nouvelle théorie des partages reposant sur des bases tout autres que celles que cet évènement juridique avait pu avoir chez nos maîtres en législation, et même au moyen-âge, c'est-à-dire sur une *idée de rétroactivité* ignorée des Romains que nous devons principalement *à Dumoulin* arrivé à la maturité du jugement et aux praticiens éclairés du XVI[e] siècle (1).

(1) Il fallait bien que le droit de succession s'harmonisât avec les progrès que la constitution de la famille avait faits par l'influence du droit canonique, principalement sous le rapport de l'émancipation de la femme, de l'autorité pa-

Serait-il donc possible qu'une conquête aussi difficilement gagnée, et aussi *précieuse* qu'elle est pour la stabilité de la propriété et pour la paix des familles, soit destinée à se corrompre d'abord, pour finir par se perdre, parce que nos tribunaux ne l'étudieraient pas de manière à en comprendre toutes les harmonies? Non. Espérons qu'il n'en sera pas ainsi. Notre instinct nous crie que les réactions ne sont que des tempêtes passagères, et que la jurisprudence finira par apercevoir le danger que fait courir aux institutions de la famille la manie des innovations qui est l'une des trop nombreuses maladies épidémiques de notre siècle. Il semble en vérité que tout doive être sacrifié aux idées de crédit, et on ne voit pas que le crédit est un grand malheur pour celui qui en use, et qu'en hypothéquant l'avenir au profit du présent, on se crée une source inconnue d'embarras inextricables!... Dieu veuille que nos enfants ne maudissent pas un jour la prétendue science des économistes modernes!...

242. — « Si l'on se demande, enseigne M. de Val-
« roger (1) au cas où une succession s'ouvre au profit

ternelle, de la filiation et de la légitimation des enfants. Il ne restait plus qu'à trouver le moyen de couper court aux évictions, aux procès en recours et aux brouilles de famille qui en étaient la conséquence ordinaire dans le système romain. C'est ce qu'ont fait nos coutumiers en créant leur nouvelle théorie du partage contre laquelle on conspire sourdement aujourd'hui dans un intérêt imaginaire de crédit hypothécaire.

(1) *Revue du droit français et étranger*, tom. VII, pag. 119, IV.

« de divers héritiers, de quoi chacun se trouve légale-
« ment saisi? *De tout*, en un sens, répond-il, *de rien* en
« un autre, *de tout* en espérance, *de rien* d'une manière
« certaine. Son droit plane sur toute l'hérédité, c'est
« le partage qui le déterminera.

« Un bien tombe à mon lot? C'est la condition sus-
« pensive sous laquelle j'étais propriétaire de chaque
« objet héréditaire qui s'accomplit pour ce bien. Tel
« autre bien échoit à votre lot? Par l'effet de la condi-
« tion résolutoire qui correspond toujours à la condi-
« tion suspensive, le droit que *je paraissais* y avoir, ne
« doit-il pas s'effacer?.... Pourquoi donc appeler la
« maxime française *une fiction,* comme on le fait com-
« munément?... Il y a *fiction* (à n'en pas douter), si la
« rétroactivité attachée généralement aux conditions
« en est *une* (Cod. Nap., art. 1179), mais cette rétroac-
« tivité n'est-elle pas plutôt *une vérité*. Le droit, sans
« doute, n'apparaît pas jusqu'à l'évènement qui le fera
« éclater, mais en dépit du fait actuel qui apparaît
« (d'abord) seul dans l'ordre matériel, *la conscience*
« *proclame à l'avance* le droit : Notion toute spirituelle
« qui n'en existe pas moins, dès maintenant, quoiqu'il
« ne doive être révélé que par l'avenir. Pourquoi donc,
« encore une fois, parler ici de *fiction?* Je n'aime pas
« cette habitude empruntée à la jurisprudence préto-
« rienne qui avait besoin de ruser avec le vieux droit
« des XII Tables. Je comprends les fictions du pré-

« teur et j'applaudis aux progrès qui s'accomplirent « par elles. J'applaudis non moins aux ruses de nos « jurisconsultes (surtout ceux du XVI^e^ siècle) contre le « vieux droit praticien (et patricien) de la France, le « *droit féodal*. Je leur pardonne aisément d'avoir em- « prunté au droit romain l'idée de ses fictions, en les « voyant se servir si heureusement de ce droit et de «ses (ingénieux) procédés. Mais le temps n'est-il pas « venu où le droit peut enfin se montrer sans voile ? « et lorsque la rétroactivité du partage se trouve con- « sacrée par la lettre expresse de notre plus beau Code « (en tant qu'il est le reflet de nos grands jurisconsultes « coutumiers), n'est-ce pas abaisser en quelque sorte « la majesté de la loi et renier son pouvoir *(ejus est « imperare)*, que de parler encore de *fiction?* Il est vrai « que l'art. 883 reflète dans ses termes quelque chose « de cette idée *d'une fiction* (en disant) que chaque co- « héritier est *censé* avoir succédé seul et immédiatement « à tous les effets compris dans son lot. Mais malgré « cette locution *équivoque* (qui est la cause en partie « des erreurs de la Cour suprême), legs des habitudes « du langage de nos anciens jurisconsultes, entraînés « eux-mêmes par les habitudes des jurisconsultes ro- « mains, j'ose proclamer (le copiste adhère à la pro- « clamation) que le caractère déclaratif du partage « *n'est que le dernier mot* et *le développement logique* « de cette autre maxime : *Le mort* (ou plutôt pour

« mettre les fictions et les métaphores de côté, *la loi*, « *le législateur lui-même)*, *saisit le vif*. » En voilà plus qu'il n'en faut pour faire justice, dans un avenir qui ne saurait tarder à paraître, de la prétendue *fiction* et de la prétendue *exception* de l'art. 883 du Code Napoléon. Passons à un autre moyen.

243. — La Cour dont nous combattons la jurisprudence sur l'interprétation de l'article en question, commence d'abord par établir l'exception imaginaire dont nous venons de faire justice, en compagnie de M. de Valroger. C'est ordinairement dans le premier considérant de ses arrêts que ce moyen se formule de la manière suivante :

« Considérant, en droit, que c'est *par exception* à la « règle générale que l'art. 883 du Code civil prive les « créanciers personnels des héritiers des hypothèques « légales, judiciaires ou conventionnelles, qui leur « avaient été acquises sur la part indivise dans tous « les biens de l'hérédité dont leur débiteur avait été « saisi du jour de l'ouverture de la succession. » Puis, elle ne manque jamais d'ajouter un second considérant, ainsi conçu et qu'il n'est pas facile de comprendre : « Considérant que cette exception qui doit être « restreinte dans ses plus strictes limites, *ne s'applique* « *d'après la lettre* des art. 883 et 888 du dit Code, « qu'aux seuls actes qui, en faisant cesser l'indivision « entre *les* (dans la pensée de la Cour entre *tous* les)

« co-héritiers, substituent à leur part indivise dans les « meubles et immeubles de la succession, le lot des « effets auxquels chacun d'eux (au *cas spécial*, et par « suite *d'une fiction* de la loi), est censé avoir succédé « seul et immédiatement, et n'avoir jamais été proprié- « taire d'aucun des autres effets de la succession (1). »

Quelquefois le considérant relatif *à ce second moyen* s'exprime plus nettement en disant tout simplement :

« Attendu que la fiction de droit établie par l'art. 883 « *ne s'applique d'après les termes mêmes de l'article* « (voilà ce que nous ne comprenons pas) qu'aux actes « qui y sont énoncés (la loi n'y en énonce aucun) et « qui, passés entre *tous* (c'est ce que nous nions. Le « mot *tous* qu'on y lit ne se rapporte qu'au mot *effets*, « et quand la loi parle des communistes, elle ne dit « pas *tous*, elle dit *chaque* co-héritier, ce qui est bien « différent) les co-héritiers ou autres co-partageants « d'une même chose, *ont pour effet* d'en faire cesser « l'indivision, » est-ce pour le tout? Oui, suivant la Cour, mais non, suivant la loi et son histoire d'accord avec la raison. Jamais l'art. 883 n'a eu la pensée de trancher législativement par un texte formel la question en litige, et Pothier serait bien étonné si, revenant du tombeau, il voyait ce que la Cour prétend faire dire à la formule qu'il a transmise au législateur

(1) Cass., 6 novembre 1832, rapporté par MM. CHAMPIONNIÈRE et RIGAUD, tom. III, n° 2734.

de l'Empire. C'est qu'en effet, il n'est pas nécessaire que l'indivision cesse entre tous les communistes pour qu'il y ait lieu à l'application de l'art. 883, puisque Pothier lui-même, après avoir créé cet article, prend le soin tout spécial d'en avertir son lecteur (1). C'est à l'aide de considérants de cette nature que la Cour suprême a *cassé* impitoyablement les excellents jugements du Tribunal de la Seine, de Laon, et les arrêts des Cours d'appel chaque fois qu'ils ont eu le malheur d'avoir quelques velléités d'indépendance, sans remarquer que.... *casser n'est pas répondre* (2) !

244. — Quoi qu'il en soit, pesons la valeur juridique de *ce second moyen* en restant fidèle à la méthode que nous croyons devoir suivre dans cette discussion, et qui consiste non pas à y apporter des idées nouvelles (la tâche serait au-dessus de nos forces) mais à mettre en lumière les principes de la vraie science à l'aide d'un simple rapprochement de toutes les bonnes choses et des doctrines les plus *pures* que l'étude des sources nous a fait connaître sur la matière.

(1) *Suprà*, nos 22 et 23. Voy. les arrêts rapportés par MM. CHAMPIONNIÈRE et RIGAUD, *loc. cit.*, n° 2373, tom. III.

(2) « Malgré les efforts de la Cour pour motiver d'une manière satisfaisante « une jurisprudence contraire aux anciens principes *incontestablement* recueil- « lis par le Code civil, elle n'est point parvenue à répondre aux raisonnements « des jugements qu'elle a cassés ! » CHAMPIONNIÈRE et RIGAUD, *Traité des droits d'enregistrement*, tom. III, n° 2373. Voy. aussi Paris, 11 janvier 1808. SIREY, 1808, II-132. Montpellier, 19 juillet 1828. SIREY, 1829, II-53. Montpellier, 21 décembre 1844. DEVILL., 1845, II-587.

245. — Et d'abord où est l'intérêt que la Cour suprême trouve à lutter ici contre les traditions de l'ancienne jurisprudence, attestée par Pothier que le législateur a pris pour guide, lors de la rédaction des textes qu'il s'agit d'interpréter ?

« Sans doute, si la rétroactivité que l'art. 883 atta-
« che aux effets du partage était déplorable en quelque
« point essentiel, » s'il s'agissait de l'un de ces *non-sens* comme il en existe encore dans quelques parties heureusement très-rares de la législation, par exemple, en matière *de séparation des patrimoines*, ou *d'accroissement des légataires conjoints*, *etc.*, *etc.*, on comprendrait sa résistance. Mais loin de là, la doctrine de nos pères dont il s'agit au procès, « se recommande au
« contraire, et par l'équité, et par la logique, et par
« l'utilité de ses résultats ! Par quel impérieux besoin
« s'efforce-t-on de la renfermer dans les plus étroites
« limites ? Au lieu de tourmenter les textes (bien inno-
« cents des duretés qu'on leur impute envers la fa-
« mille) par de laborieuses subtilités et d'en déduire
« des abstractions propres à les obscurcir, ne serait-il
« pas plus sage d'effacer par l'étude de leurs origines
« et de l'esprit dans lequel ils ont été conçus, les misé-
« rables équivoques auxquelles peuvent prêter peut-
« être les termes ambigus de leurs formules (1). » On

(1) Voy. M. Mourlon, *Revue pratique*, tom. VIII, pag. 223.

ne peut s'expliquer les tendances de la Cour que par un désir de protéger les créanciers hypothécaires des héritiers, même en dépit du législateur lui-même qui a pensé qu'en leur accordant le droit de s'opposer ou d'intervenir au partage, leurs intérêts seraient suffisamment garantis (art. 882). C'est une idée de crédit qui la dirige. Ses arrêts n'ont de sens qu'à ce point de vue. Mais laissons de côté les considérations si puissantes qu'elles soient en faveur de notre thèse, et voyons si le deuxième moyen invoqué par la Cour a plus de valeur que le premier. C'est un *argument de texte*. Elle prétend que l'art. 883 a tranché par les termes dont il s'est servi, la question en litige, et voici comme elle raisonne : Cet article suppose par son contexte qu'il ne doit s'appliquer qu'aux actes qui font cesser l'indivision *pour le tout ;* car sa première partie exige *que chaque co-héritier ait reçu un lot* pour qu'il soit réputé le tenir du défunt. La seconde partie est essentiellement liée avec la première, et en décidant que chaque héritier loti est censé n'avoir jamais eu la propriété *des autres effets de la succession*, c'est-à-dire des autres biens entrés dans chacun des lots des autres co-partageants, la loi elle-même fait bien voir par là qu'elle n'a entendu appliquer l'article litigieux qu'aux cas où chacun de tous les co-partageants obtient un lot particulier, c'est-à-dire aux cas où l'indivision a cessé *pour le tout*.

A cela nous répondons avec M. Mourlon (1) :

Que les expressions de l'art. 883 ne sont en aucune façon conçues d'une manière restrictive; que ces mots : « *chaque co-héritier est censé avoir succédé seul aux* « *effets compris dans son lot,* » ont eu pour objet d'abroger le système romain en y substituant celui de nos anciens coutumiers et qu'ils doivent se traduire par ceux-ci : *chaque*, c'est-à-dire *tout* (et non pas *tous*, comme le veut la Cour), *héritier qui a reçu un lot est réputé le tenir directement du défunt*. La loi ne se place pas uniquement dans l'hypothèse où *chaque* héritier a reçu un lot dans un partage complet intervenu entre tous, par un seul et même acte, puisque dans la disposition finale de l'article, elle ne distingue pas si les autres effets de la succession *ont été ou non partagés*. La Cour fait dire à la disposition finale de l'article, en en modifiant le texte, ce qu'elle n'a jamais voulu dire; car, dans le système de la loi, comme le reconnaît M. Demante lui-même, l'un de nos adversaires (2), l'indivision peut cesser à l'égard de l'un des co-héritiers, sans que, pour cela, les biens soient partagés entre les autres. Or, si les parties n'ont voulu que faire cesser *l'indivision* à l'égard d'un héritier parce qu'il est, par exemple, plus difficultueux que les

(1) *Revue pratique*, tom. VIII, pag. 224.

(2) Tom. III, nos 225 et 225 *bis*, II.

autres, c'est évidemment qu'elles n'ont pas voulu faire *une spéculation ou une vente*, comme le décidait Pothier autrefois, d'accord avec la jurisprudence du Châtelet et du Parlement de Paris. Donc, ces mots de l'art. 883 : « *et n'avoir jamais eu la propriété des autres « effets de la succession*, » ne sauraient s'entendre limitativement du cas seulement où le partage définitif a eu lieu par *un seul acte*; ils doivent, au contraire, s'appliquer dans toutes les hypothèses où les effets dontil s'agit n'ont pas encore été partagés entre ceux des cohéritiers qui sont restés *dans l'indivision restreinte* à la suite de l'acte préliminaire qui les a débarrassés de l'un d'entre eux.

Ainsi, il n'y a pas de connexité indivisible entre le premier chef de l'art. 883 et sa disposition finale. « Il « n'est pas indispensable, pour qu'un héritier soit « réputé avoir toujours été étranger aux biens dont il « perd la co-propriété par l'acte qui le fait sortir « d'indivision, que ses co-héritiers soient nécessaire- « ment *à l'inverse* réputés, *chacun d'eux pris isolément*, « avoir toujours été seuls propriétaires d'une portion « déterminée et divisée de ces mêmes biens. Il suffit « qu'ils soient réputés en avoir toujours eu *seuls* la « propriété *indivise*. » Voilà pourquoi la fin de l'article 883 ne distingue pas si *les autres effets de la succession* dont il parle, ont été ou non partagés entre les autres co-héritiers.

On voit par là que l'argument de texte invoqué contre nous porte à faux et que les expressions dont s'est servi l'art 883 ne font aucun obstacle sérieux à notre théorie (1).

Passons à un autre moyen.

246. — 3° Dans plusieurs de ses arrêts, la Cour vise aussi l'art. 888 pour en tirer un argument en faveur de son système. Elle prétend que le texte de cet article exige que pour qu'un acte produise les effets attachés au partage par l'art. 883, il faut de toute nécessité qu'il fasse cesser l'indivision *d'une manière absolue*. Pour cela, elle traduit le mot *objet* qu'on y lit, par le mot *effet* qui ne s'y lit pas, et elle trouve tout commode de changer ces mots : *entre co-héritiers* en ceux-ci : *entre tous les co-héritiers*. Rien n'est habile comme un sophisme qui veut imposer un *sit pro ratione voluntas*.

A cette imagination, nous répondrons que l'art. 888 a eu précisément pour objet de décider le contraire de ce que veut la Cour, et que Treilhard s'en est positivement expliqué à la séance du 23 nivôse an XI : La section de législation n'ayant eu pour but, dans cet article, que de reproduire l'ancienne règle d'après laquelle : *le premier acte que les co-héritiers font entre*

(1) Voy. *en sens contraire*, ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, tom. V, § 625, note 10.

eux ou qui est intervenu entre *co-héritiers* sans qu'il soit nécessaire qu'ils y aient tous pris part, *tend toujours à partager la succession, sous quelque forme qu'il se produise*, pourquoi il est, en général, *résoluble*, comme un partage définitif, pour lésion de plus du *quart* et non pas, comme une vente, pour lésion de *plus des sept douzièmes* (1).

Ainsi, l'argument invoqué ne vaut pas mieux que le précédent. Pour tourner cet article à son avantage la Cour suppose, sans que rien puisse l'y autoriser, que l'art. 888 exige (ce qu'il n'exige en aucune façon) que l'acte en litige ait pour *effet* de faire cesser l'indivision *entre tous*, tandis qu'il suffit, suivant la règle qu'on a voulu reproduire dans l'art. 888, que l'acte ait simplement *pour objet* de faire cesser l'indivision d'une manière quelconque *entre co-héritiers* réunis ou non réunis; la loi n'ayant pas, avec intention, ajouté les mots *entre tous*, parce qu'elle ne l'aurait pu faire qu'en se mettant en contradiction avec le principe coutumier qu'elle tenait à inscrire dans le Code, en termes positifs, d'après les paroles de Treilhard lui-même.

247. — *Argument tiré de l'art.* 889. — Presque tous les jugements que la Cour a cassés s'appuient sur l'article 889 du Code Napoléon, pour établir que les actes

(1) *Suprà*, n° 237.

préliminaires du partage, ayant pour objet de faciliter l'opération principale, ne sont aux yeux de la loi que des actes de *même nature* et non pas des *ventes*. C'est avec raison ; car l'art. 889 qui nous vient encore de Pothier le décide *en termes formels* en disant : *que l'action en rescision n'est pas admise contre une vente de droits successifs faite sans fraude, à l'un des co-héritiers à ses risques et périls, par ses autres co-héritiers* (cas dans lequel l'indivision cesse pour le tout) *ou par l'un d'eux* (cas dans lequel l'indivision ne cesse qu'en partie). Il est évident que la loi met dans cet article, *sur la même ligne*, la cession de droits successifs qui fait cesser l'indivision *pour le tout*, et la cession des droits successifs qui ne la fait cesser *qu'en partie*, c'est-à-dire à l'égard seulement du cédant. Or, l'art. 889 n'est que le développement de l'art. 888 appliqué à un cas particulier où *l'incertum æris alieni* nécessitait une exception à la règle de la rescision posée dans l'art. 887. Tous les actes dont il est question dans les art. 888 et 889, soit qu'ils fassent cesser l'indivision pour le tout, soit qu'ils ne la fassent cesser qu'en partie, d'une manière relative, ne sont pas plus aujourd'hui qu'ils ne l'étaient du temps de Pothier, de Bourjon et de Guyot, des actes de trafic ou de spéculation. Cela est si vrai qu'ils ne sont soumis qu'à la rescision des partages, et non pas à la rescision des ventes, pour cause de lésion, et que la loi s'en est occupée au titre des successions,

où ils n'auraient eu rien à faire, si on les eut considérés comme des *ventes ordinaires*.

248. — Mais alors si les actes dont il s'agit, même ceux qui ne font cesser l'indivision que *relativement* à quelques-uns des héritiers, ne constituent ni des *spéculations*, ni des *trafics*, tels que les achats et les ventes, ce qui paraît évident, à ne consulter que l'intention des parties qui est *tout*, quand il est question de déterminer la nature des actes, que pourraient-ils être s'ils n'étaient des actes de partage ou des actes assimilés au partage? Pourquoi dès lors ne pas leur appliquer la règle de rétroactivité écrite dans l'article 883, quand, surtout, l'ancien droit les y soumettait *tous indistinctement*, et que, d'après le témoignage du législateur lui-même, à la séance du Conseil d'Etat du 23 nivôse an XI, on n'a voulu, dans les articles 888 et 889 du Code Napoléon, que reproduire *intacte* l'ancienne théorie sur le caractère déclaratif du *premier acte intervenu entre co-héritiers?* Il n'y a rien à répondre à cela, la démonstration est mathématique. Dans les textes et dans l'intention de la loi, « *l'acte par* « *lequel l'indivision ne cesse qu'entre quelques-uns des* « *propriétaires, n'en a pas moins le caractère et les effets* « *de la licitation véritable* (1). »

(1) DUVERGIER, *Traité de la vente*, n° 147, et CHAMPIONNIÈRE, *loc. cit.*, n° 2373. ROLLAND DE VILLARGUES, *Répert. du notariat*, V° *Licitation*, n°s 10 et suiv.

249. — Aussi la Cour de cassation qui substitue dans ces matières sa volonté à celle des auteurs du Code, est-elle d'une faiblesse désespérante sous ce rapport. Elle fait semblant de ne pas voir les deux art. 888 et 889.

Toutefois, comme elle sent qu'elle doit une réponse quelconque aux jugements qui sont cassés d'avance, quand ceux qui les ont rendus se sont permis l'irrémissible péché de ne pas s'incliner devant la légion formidable de ses arrêts en cette matière, elle leur jette pour les convaincre de l'erreur qu'ils ont commise à ses yeux, le considérant suivant qui n'a jamais convaincu et qui ne convaincra jamais que ceux qui ont contracté l'habitude de ne penser et de juger que par elle :

« Attendu que si l'article 889 (Code civil) dont le » tribunal a excipé dans les motifs de son jugement, « permet à l'héritier de faire la vente de ses droits « successifs à ses co-héritiers, à leurs risques et périls, « et contient, sous ce rapport, au principe de l'égalité « requise dans les partages, une exception fondée sur « ce que la vente des droits successifs rentre dans la « classe des *contrats aléatoires*, cet art. 889 ne dit ni « expressément, ni implicitement, que l'acte par « lequel cette vente sera faite, aura, même à l'égard « des tiers, l'effet rétroactif des partages, s'il ne fait « pas cesser l'indivision entre *les* (c'est-à-dire *tous les*)

« co-héritiers (1). » Sans doute, si les art. 888 et 889 qui sont le résultat de la même pensée avaient été confondus dans une seule rédaction de la manière suivante : « La rescision pour lésion du quart (art. 887) « sera admise contre tout acte qui aura pour objet de « faire cesser l'indivision *en tout* ou *en partie*. Néan- « moins au cas de vente de droits successifs faite soit « par l'un, soit par tous les co-héritiers à tous ou à « l'un d'eux, la rescision pour lésion n'aura pas lieu, » nous aimons à croire que la Cour qui donne le plus souvent l'exemple de la soumission que nous devons tous au législateur, ne se serait pas permis de resserrer, comme elle l'a fait, l'application de l'art. 883, et de corrompre sous un rapport important, l'admirable théorie du partage de la famille coutumière. Mais si la loi n'a pas cru, dans une matière aussi connue que celle dont elle avait à s'occuper au moment où elle élaborait son œuvre, devoir exprimer sa pensée dans des termes qui n'auraient laissé aucun prétexte à la rébellion, son intention n'en est pas pour cela moins certaine; car, après nous avoir averti que la lésion n'est pas, à ses yeux, une cause de rescision dans les contrats à titre onéreux, parce que ceux qui y spéculent courent tout à la fois des chances de gain et de perte (Cod. Nap., art. 1118), elle nous fait remarquer

(1) Cass., 6 novembre 1832. *Contrôleur*, n° 2547.

qu'il n'en saurait être de même pour les actes de partage dans lesquels les parties ne spéculent point, bien qu'ils soient aussi, quoique dans un sens différent, des baux, des ventes et des échanges, de véritables actes *à titre onéreux* (Code Napoléon, articles 887, 888, 889 et 883).

250. — Il faut cependant que la Cour s'explique catégoriquement sur le caractère qu'elle entend imprimer aux actes intervenus entre co-héritiers avant le partage définitif et qui n'ont eu pour objet de faire cesser l'indivision qu'à *l'égard de quelques-uns d'entre eux*.

Si elle persiste à y voir des ventes en dépit de la volonté des parties, ce sera un malheur pour la famille, mais alors qu'elle soit conséquente avec elle-même, et qu'elle les soumette au moins franchement, si elle ose aller jusque-là, à la rescision des sept douzièmes de l'art. 1674 et non pas à la rescision du quart de l'art. 887!... Mais qu'elle vienne nous dire : « Les « actes dont il s'agit sont *des partages* dans leurs rap- « ports avec l'art. 887. Ce néanmoins... parce que ce « sont *des ventes*, sujettes à transcription dans leurs « rapports avec l'art. 883? » Oh! non, cela tourne un peu trop à l'absurde. Car un acte est un *partage* ou une *vente*, et il ne peut être en même temps *vente* sous un rapport et *partage* sous un autre. Il est de ces vérités naïves qu'on ne saurait méconnaître sans provoquer

la résurrection du gantelet de Marcadé ou de Championnière (1).

251. — Puis, qu'est-ce que je vois à propos de la combinaison des art. 883, 888 et 889 avec l'art. 1408 qui traite du retrait d'indivision? Un mari achète la part indivise de l'un de ses frères dans un immeuble que leur a laissé leur père. D'après la Cour, c'est une acquisition entre vifs à laquelle l'art. 883 n'a rien à voir. Donc c'est un conquêt irrévocable de la communauté. Toutes les hypothèques consenties pendant l'indivision par le cédant sont maintenues sans difficulté : *hypotheca semel quæsita jus tribuit in re nec per divisionem extinguitur*, auraient dit les Romains. Quelque temps après, le même mari achète la part de son plus jeune frère. Alors l'indivision cesse *pour le tout*, puisqu'il est devenu propriétaire du tout à la suite des deux licitations volontaires qui se sont accomplies successivement... Et voilà que la première licitation partielle qui, suivant les arrêts, devait former, comme toute autre acquisition entre vifs à titre onéreux, *un conquêt irrévocable* de communauté avec le tiers de l'immeuble acquis par le premier acte, se trouve, par l'un des mystères secrets de la métempsychose, tout étonnée de n'avoir réussi, malgré l'ordre formel

(1) Marcadé sur l'art. 1408, I, *in fine*. Championnière, *Revue de droit français et étranger*, 1844, tom. I, pag. 260 et suiv.

de la Cour, qu'à en faire *pour le tout*, *un propre du mari*. Il n'y a pas à en douter, puisque la dernière licitation partielle a fait cesser l'indivision complètement, et que, dans cette hypothèse, notre souveraine veut bien permettre à l'art. 883 de ressaisir l'empire dont sa main de justice l'avait momentanément privé pour sauver la vie des créanciers hypothécaires inscrits pendant l'indivision! Mais alors que vont devenir les hypothèques révélées par la transcription que la Cour a ordonnée du premier contrat? C'est pour elles qu'elle a crucifié l'art. 883. Oui, mais l'art. 883 est ressuscité par la vertu magique de la dernière licitation. Or, quand l'art. 883 ressuscite, c'est pour faire justice de tous les ennemis de la famille, et pour chasser tous les vendeurs du temple! Donc, arrière tous les créanciers hypothécaires! Leurs inscriptions sont nulles comme ayant été faites *super non dominum*! On voit par là combien est peu fondée la théorie que nous combattons lorsqu'elle considére comme un *acheteur ordinaire*, et non pas comme un *co-partageant*, le co-propriétaire indivis qui devient cessionnaire des droits de l'un de ses co-héritiers, sans faire cesser d'abord l'indivision pour le tout. Aux yeux de la loi, les deux opérations constituent *le partage*. Le premier acte *le prépare*, le second *le consomme*, mais ils ont la même nature et ils doivent, par conséquent, produire tous deux les effets que l'art. 883 attache à tous les actes, sans distinction,

qui font cesser l'indivision *en tout ou en partie*. Aussi nos anciens n'ont-ils jamais douté de cette vérité, et voilà pourquoi ils se sont hâtés de rejeter l'opinion de ceux qui prétendaient leur imposer le système impossible qui triomphe aujourd'hui, mais qui est destiné à sombrer dans l'avenir comme incompatible avec la sécurité de la propriété foncière et avec le repos des familles que le législateur ne pouvait manquer de préférer à des créanciers hypothécaires qui ont eu l'imprudence d'accepter, en gage de leurs créances, des biens indivis.

Revenons donc à l'étendard de Pothier dont il ne faut jamais se séparer sans y regarder à deux fois, et concluons, en dépit de la légion innombrable des arrêts contraires, que les auteurs du Code, fidèles à leur mission pratique, n'ont fait ici, comme presque toujours, que consacrer législativement ce qui existait avant eux.

252. — *Méthode*. — Pour compléter la démonstration du bien fondé de notre système, nous allons le suivre dans l'application, en le mettant en regard de celui de la jurisprudence aux prises avec les faits. De cette manière, le lecteur sera en position de juger de quel côté est la vérité.

253. — *Des cas où les deux systèmes se confondent pour marcher d'accord entre eux*. — Les deux systèmes se confondent toutes les fois que l'indivision a cessé

entre *tous* les co-héritiers. Sous ce rapport, l'art. 883 ne souffre pas d'exception (1).

Concluons de là : 1° Que les aliénations consenties pendant l'indivision par les communistes sont subordonnées à l'évènement du partage définitif, et qu'elles sont ou ne sont pas valables, suivant que les choses qui en sont l'objet tombent ou ne tombent pas dans les lots de ceux qui les ont faites (arg. de l'art. 883);

2° Qu'il en est de même des démembrements de la propriété, tels que les hypothèques, les servitudes, usufruits, etc... Les règles relatives à la constitution de la propriété s'appliquent, en général, à ses démembrements.

Ce principe conserve son empire tout aussi bien dans le partage en nature but à but, que dans le partage en nature avec soultes (art. 833) ou prélèvements (art. 829-830) et dans la licitation.

Il le conserve également dans le partage ou la licitation d'une chose héréditaire, prise individuellement, pourvu que l'indivision ait cessé pour le tout, entre *tous* les co-héritiers. Le partage partiel d'un objet déterminé, distrait de la masse indivise, est aussi bien un partage définitif que le partage général de la masse elle-même.

(1) Voy. cependant *infrà*, n° 277, ce qui se décide à propos des hypothèques au cas d'un partage *en nature*, intervenu après une cession de droits successifs qui n'a fait cesser l'indivision qu'entre quelques-uns des héritiers.

Cette première catégorie de faits ne donnant lieu à aucune difficulté en pratique, nous passons à la seconde, dans laquelle les deux systèmes, fidèles chacun à leur principe particulier, suivent des destinées différentes.

254. — *Des cas où les deux systèmes se séparent l'un de l'autre lorsqu'ils arrivent à l'application.* — Du principe admis par la Cour de cassation que l'art. 883 ne s'applique qu'aux actes qui font cesser l'indivision *pour le tout*, il résulte, suivant nos adversaires :

1° Que la cession de droits successifs faite par l'un des communistes à tous ses autres communistes héréditaires, ou à l'un d'eux, ne constitue pas *un partage*, mais bien une *vente ordinaire*, que par conséquent cette cession, quoique faisant cesser l'indivision à l'égard du cédant, n'en doit pas moins être transcrite comme tout autre acte translatif de propriété susceptible d'hypothèque suivant l'art. 1^er^, n° 1 de la loi du 23 mars 1855.

Que, par conséquent, elle ne doit pas seulement être soumise au droit de 4 pour cent comme les soultes de partage (loi du 22 frimaire an VII, art. 69, § 7, n° 5); mais bien encore au droit de 1 1/2 pour cent auquel est tarifé le droit de transcription d'après l'article 52 de la loi du 28 avril 1816 (1).

(1) Cass., 30 janvier 1832. DEVILL., 1832, I-159. Cass., 16 mai 1832. DEVILL., 1832, I-605. Cass., 6 novembre 1832. DEVILL., 1833, I, pag. 66-67.

255. — *Réponse.* — De la règle historiquement démontrée ci-dessus, et reproduite textuellement dans les art. 883, 888, 889 et 1408 du Code Napoléon, il résulte pour nous que tout cela ne repose que sur une pétition de principes, et que la cession dont il s'agit n'ayant, d'après la volonté des parties, pour objet, en restreignant le nombre des indivisaires, que de diviser ou de faciliter le partage définitif dont l'acte en question n'est qu'un *accessoire préliminaire* participant de la même nature que le principal..., il résulte, disons-nous, que la prétendue vente n'est qu'un *partage partiel*, rentrant par conséquent dans le texte et dans l'esprit des articles précités, et que, par suite, l'acte dont il s'agit n'est soumis ni à la transcription des actes entre vifs translatifs de propriété immobilière ou de droits réels susceptibles d'hypothèques, ni aux droits de la loi de 1816, mais seulement à ceux qui frappent les licitations et les soultes de partage entre co-héritiers (1).

(1) Voy. Loi du 22 frimaire an VII, art. 69, § 7, nos 4 et 5, et à cet égard, deux jugements du tribunal de la Seine cassés les 30 janvier et 6 novembre 1832. Laon, 2 mai 1829, cassé le 16 mai 1832. Voy. CHAMPIONNIÈRE et RIGAUD, *Traité des droits d'enregistrement*, tom. III, nos 2734 et suiv. MOURLON, *Revue pratique*, tom. VIII, pag. 235, 2° *Délibération de la régie*, du 7 mai 1822, où il est dit *qu'il en est du traité sur les droits successifs, fait entre quelques-uns des héritiers comme de celui fait entre tous. Dans l'un et dans l'autre, l'objet est de faire cesser l'indivision, et non de vendre.* Ce qui est parfaitement juste, mais la Cour de cassation ayant jeté le trouble dans l'interprétation alors acceptée par tout le monde des art. 883, 888 et 889,

256. — 2° Il résulte encore du principe admis par la Cour que la même théorie doit être suivie en matière de licitation toutes les fois qu'elle ne fait pas cesser l'indivision entre *tous* les co-héritiers (1).

257. — *Réponse*. — Par les motifs ci-dessus exprimés nous pensons que cette jurisprudence regrettable en pratique à raison des frais inutiles qu'elle engendre, des embarras qu'elle suscite dans les partages de successions, et des brouilles de famille qu'elle fait naître, ne soutient pas plus l'examen par rapport aux licitations partielles proprement dites que par rapport aux cessions volontaires de droits successifs. C'est toujours la question par la question. Les deux opérations sont de même nature, et elles sont et doivent être soumises aux mêmes principes.

Il est évident que quand l'adjudication sur licitation est prononcée au profit de plusieurs héritiers, et que l'indivision se resserre entre eux, elle n'a pour objet que de faire cesser l'indivision à l'égard de ceux qui y jouent le rôle de cédants dont le but est de sortir personnellement de la communauté et non pas de faire une spéculation de vente, mais bien principalement de procéder à un partage en ce qui les con-

la régie a dû révoquer cette excellente délibération dans l'intérêt de sa caisse (*Contrôleur*, 1464). La Cour a voulu être plus fiscale que la régie elle-même!

(1) Cass., 27 mai 1835. DEVILL., 1835, I, pag. 341 et suiv. Cass. 13 août 1838. DEVILL., I, pag. 701 et suiv.

cerne : d'où il suit que l'art. 883 leur est nécessairement applicable (1).

258. -- *Conséquences des deux systèmes dans leurs rapports avec le droit hypothécaire.*

Dans ses rapports avec le droit hypothécaire notre théorie du partage satisfait à toutes les exigences, en même temps qu'elle protège utilement la famille : ce que ne fait pas celle de la Cour que nous combattons. Ceci demande une explication.

D'après la jurisprudence, toutes les hypothèques consenties pendant l'indivision par le co-héritier qui a cédé ensuite ses droits indivis à l'un ou à plusieurs de ses co-héritiers, continuent de subsister, puisque l'indivision simplement restreinte ne serait pas régie par l'art. 883 du Code Napoléon.

Rien n'est plus faux que cette doctrine. Les auteurs du Code n'ont fait en cette matière que reproduire ce qui existait avant eux, et si leur pensée avait pu se porter du côté où l'on prétend que leur esprit s'est dirigé, ils l'auraient bien vite rejetée comme susceptible de faire violence aux mœurs de la nation pour laquelle ils écrivaient. Voici, en quelques mots, le résumé de leur système. Ils n'ont vu, et à l'époque où s'élaborait leur œuvre, ils n'ont pu voir dans les actes préliminaires de l'évènement juridique appelé *le partage*, que

(1) Paris, 24 avril 1837. DEVILL., 1838, I-702. Cet arrêt a été cassé le 13 août 1838, quoique conforme aux véritables principes de la matière.

des éléments accessoires de l'opération principale participant de sa nature et devant par conséquent produire les mêmes effets. A leurs yeux, le partage s'est composé de *l'ensemble des mesures* préparatoires et définitives qui, réunies en un seul faisceau indivisible, forment en effet l'évènement juridique dont il s'agit. Nier cette vérité, c'est nier l'évidence, et voilà pourquoi les transactions partielles ou absolues, les compromis d'arbitrage, les cessions de droits successifs, les ventes, et généralement tous les actes quelconques (ou *autrement*, dit l'art. 1408), *quæ incipiunt et dependent a necessitate divisionis*, sont des *partages* et non pas des *aliénations entre vifs ordinaires* (art. 883, 888, 889). Est-ce que l'art. 883 a jamais voulu interdire aux héritiers le droit que leur concède la loi naturelle de sortir d'indivision par plusieurs actes successifs? Pourquoi dès lors ne pas considérer tous les actes préliminaires dans leur ensemble comme ne faisant qu'un seul corps et un *seul tout* avec le dernier pacte qui met fin à l'indivision entre tous? Pourquoi voir *des ventes* où les parties n'ont vu et n'ont pu voir que des moyens plus faciles de partager? Est-ce que ce n'est pas là une violation flagrante des dispositions de l'art. 1156 du Code Napoléon? Singulière législation que celle qui dirait à son justiciable : « Vous avez « fait un acte capable de vous affranchir des liens de « la communauté dans laquelle vous étiez tombé au

« décès de votre père. En cédant vos droits successifs « à l'un de vos frères, vous n'avez voulu que sortir « d'indivision. Vous n'avez pas voulu vaquer à une « affaire d'argent. Cela est vrai, je le reconnais. Dans « tous les cas, je dois le croire, *moi,* qui ne présume « pas la cupidité (Cod. Nap., art. 2268).

« Mais...., quoi qu'il en soit...., encore bien que.... « ce néanmoins.... parce que l'intérêt pressant du fisc, « dont le bien-être importe à tous, et celui de vos « créanciers hypothécaires dont la bourse peut servir « l'Etat au besoin, désirent que votre opération avec « votre frère soit *une spéculation* et non pas *un par-* « *tage,* vous serez de par ma volonté souveraine, un « *spéculateur malgré vous.* Le siècle exige que vous « trafiquiez avec tout le monde, même avec votre « frère. Sachez que les publicistes de la nouvelle « France ne veulent plus entendre parler de ces ins- « titutions surannées de la famille qui, par leur im- « mobilité, feraient obstacle aux développement du « crédit public et privé dont la mission est désormais « de gouverner le monde comme un comptoir de « comptes-courants. Donc et dans l'intérêt bien com- « pris des opérations financières *du crédit foncier* dont « le génie est parvenu, malgré leur histoire, à accom- « moder finement les art. 883, 888 et 889 du Code « Napoléon, aux besoins inextinguibles de sa caisse « hypothécaire, vous l'aurez pour entendu! »

259. — Voilà, à n'en pas douter, l'esprit de la jurisprudence dans la matière qui nous occupe en ce moment (1).

C'est ainsi que les intérêts matériels et des préoccupations étrangères à la justice parviennent dans les époques transitoires, à corrompre les institutions les plus nécessaires à la stabilité de la propriété et au repos des familles : le tout au profit *d'un mot plein d'inconnu, d'un être imaginaire* que les uns appellent *le progrès*, et les autres *une banque*. Pour ces derniers, toutes les sciences morales et politiques se résument dans un comptoir d'escompte et de comptes-courants. L'homme n'aurait été créé que pour sacrifier au veau d'or !...

Ce n'est pas tout. Il est une autre classe de sophistes bien autrement dangereuse que celle des cœurs métalliques ; c'est celle qui cherche à exploiter à son profit les passions mauvaises de la misère... ; c'est la secte *des socialistes*. En vain, leur raison à courte vue trébuche à chaque pas ; en vain, ils ne voient que l'un

(1) Voy. entre autres arrêts, Cass., 19 janvier 1841. DEVILL., 1841, I-375. Cass., 6 mai 1844. DEVILL., 1844, I-596. Cass., 25 juin 1845. DEVILL., 1845, I-806. Cass., 29 mars 1854. DEVILL., 1856, I-19. Cass., 2 avril 1851 DEVILL., 1851, I-337, et les arrêts antérieurs cités par ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, § 625, note 10 : le tout sans préjudice des arrêts des Cours d'appel et des auteurs qui, infidèles aux traditions du passé, se sont ralliés à la jurisprudence, du reste constante, de la Cour suprême : BELOST-JOLIMONT sur CHABOT, obs. 1 sur l'art. 883. FOUET DE CONFLANS, art. 883, n° 1. DEMANTE, ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, etc., etc.

des côtés du tableau, privés qu'ils sont des lumières de la foi. Ils le sentent, ils sont forcés d'en convenir... Mais qu'importe ? pour eux, l'homme créé libre n'a que ses appétits matériels pour se diriger sur la terre ; le christianisme a fait son temps ! l'émancipation de l'humanité exige une constitution nouvelle de la famille et de la propriété, tout autre que celle qui nous a été transmise par nos ancêtres, et c'est à qui proposera les systèmes les plus étranges pour remplacer ce qui existe (1) !...

Quant à nous qui ne voyons dans tout cela que des écarts d'imagination, que des rêveries d'idéologues sans consistance sérieuse, et qui croyons au triomphe définitif de la foi sur tous ses ennemis de quelque côté qu'ils viennent..., nous pensons que des études fortes et bien dirigées de manière à prouver aux amateurs de nouveautés que nos pères n'ont pas toujours été aussi *sots* qu'ils veulent bien le dire, sont les seuls remèdes possibles à employer utilement contre leurs utopies absurdes, et que, par exemple, la théorie des partages de Dumoulin, de Loyseau, de Louet, de Brodeau, de Guyot et de Pothier est encore la meilleure potion calmante qu'on puisse leur appliquer.

Mais pour que le triomphe de la bonne cause soit

(1) Voy. l'exposition et la spirituelle réfutation que M. Louis Reybaud a faites des divers systèmes des-*réformateurs contemporains*. Paris, Guillaumin, 1849.

assuré, il ne faut pas que les ennemis des institutions protectrices de la famille puissent invoquer en faveur de leurs rêveries, des arrêts de la Cour que nous sommes habitués à révérer comme la gardienne austère des traditions de la patrie! Sa mission n'est pas de leur prêter son appui; elle est au contraire de les combattre. Or, n'est-ce pas entrer dans leurs vues que de *dénaturer* le partage de nos pères pour retourner à celui dont ils n'ont pas voulu?

Sans doute, la roue ne tourne plus aujourd'hui comme elle tournait autrefois, et nous avons été des premiers à applaudir à ses décisions souveraines, lorsqu'elle a pris sur elle de *dénaturer* le bénéfice d'inventaire. Là, au moins, des omissions de textes anciens ont pu l'autoriser à faire un pas dans la protection légitimement due au public. Il s'agissait d'un cas où nos pères avaient dépassé les justes bornes, en ne lui en donnant aucune. Mais que le besoin d'innover exerce son influence sur les bases fondamentales du droit de succession, et que malgré les textes les plus formels et leur histoire, la jurisprudence batte continuellement en brèche, sans motifs sérieux, les règles constitutives de la famille : *Dieu seul fait les héritiers ; le mort saisit le vif ; le partage et tout ce qui en dépend est déclaratif de la propriété,* c'est ce qu'il est impossible de laisser passer sans combat!...

260. — Cela posé, appliquons les deux systèmes

d'interprétation de l'art. 883 aux espèces qui se présentent le plus ordinairement dans la pratique des affaires, et ne perdons jamais de vue que l'art. 883 du Code Napoléon est resté comme *le complément* et comme le dernier mot de la maxime : *Le mort saisit le vif*. Par là sera démontrée l'impossibilité pratique des théories nouvelles que l'on prétend pouvoir substituer à celles de nos anciens maîtres, et en même temps le bien fondé de celles qu'ils nous ont transmises. Du reste, hâtons-nous de le dire, les dissentiments existent plutôt à la surface qu'au fond des choses, car les deux frères, ennemis en apparence, sont d'accord à leur point de départ et le plus souvent à leur arrivée au port. Il n'y a que dans les *partages en nature* que la chaîne qui les unit s'est brisée par le milieu, à la suite d'une surprise révolutionnaire. Il ne s'agit, en définitive, pour nous, que d'appliquer notre intelligence à ressouder les anneaux de cette chaîne afin d'en réunir les deux bouts.

261. — *Des cas dans lesquels les deux systèmes marchent d'accord.*

Première espèce. — Deux enfants recueillent une succession composée de deux immeubles de même nature et valeur (art. 832). L'aîné a hypothéqué sa part indivise au profit d'un créancier. L'un des immeubles tombe dans son lot, cet immeuble se trouve seul engagé dans les liens de l'hypothèque. Celui échu au

plus jeune co-partageant s'en trouve désormais affranchi (Cod. Nap., art. 883, *in fine*).

262. — *Deuxième espèce.* — L'aîné, au lieu d'avoir hypothéqué *sa part indivise* à déterminer ultérieurement par le partage, a hypothéqué spécialement l'immeuble *A*, en vertu de son droit de *totum in toto, et totum in quâlibet parte* que la loi a oublié de reproduire dans sa formule. Le tirage au sort lui a attribué l'immeuble *B*. Dans cette hypothèse, l'hypothèque disparaît comme ayant été constituée *a non domino* (art. 883-2125). Celui qui l'a consentie n'a jamais été saisi de l'immeuble A par le défunt, et pour démembrer une valeur susceptible d'hypothèque, il faut en être propriétaire.

263. — *Troisième espèce.* — La succession se compose d'un immeuble impartageable et d'une rente sur l'Etat. Ces deux valeurs servent à composer les deux lots. L'aîné tombe à la rente : ici encore le créancier hypothécaire perd les droits qu'il aurait pu avoir si le sort en avait décidé autrement.

264. — *Quatrième espèce.* — L'aîné, qui est commerçant, préfère de l'argent à un immeuble, et il cède ses droits à son frère en ce qui touche l'héritage laissé par le défunt. L'hypothèque du créancier disparaît encore puisque la licitation ou le partage ainsi fait de l'immeuble n'a rien attribué à son débiteur qui soit susceptible d'hypothèque. Les enfants se partageant

la rente sur l'Etat par moitié, l'indivision a cessé *pour le tout*. Donc il y a lieu d'appliquer l'art. 883.

Je serais curieux de savoir le sort que la Cour de cassation réserverait à l'hypothèque, si les enfants ne partageaient pas *expressément la rente*. Ne faudrait-il pas, dans son système, considérer l'indivision comme n'ayant pas cessé pour le tout, d'où résulterait le maintien de l'hypothèque sur l'immeuble, malgré la cession faite par l'aîné à son frère? Je ne connais pas d'arrêt qui ait encore statué pour ce cas (Comparez art. 883 et 1220) (1). On sent que dans notre théorie la difficulté ne saurait se présenter. Nous examinerons plus bas la question de savoir comment et en quel sens les valeurs divisées *de plein droit* peuvent être comprises au partage.

Dans cette quatrième hypothèse, si le prix de la cession n'est pas immédiatement payé par le cessionnaire, l'aîné, qui n'a pas à faire transcrire son contrat, inscrit son privilége de co-partageant dans les 60 jours du partage, c'est-à-dire ici, *de la cession qui en tient lieu*

(1) La Cour déciderait sans doute, avec nous, que l'indivision cessant d'exister *par rapport à l'immeuble* entre les deux co-partageants, ce serait le cas d'appliquer l'art. 883 et que par conséquent l'hypothèque s'évanouirait comme faite *super non dominum*. Quant à la rente que les parties auraient laissée en commun, on la partagerait par l'action *communi dividundo*, si on ne la considérait pas comme rentrant dans les termes de l'art. 1220, qui divise les créances et les dettes *de plein droit*. Voy. Cour de Paris, 10 août 1861. DEVILL., 1862, II-97, et les observations judicieuses de M. CARETTE sur cet arrêt. Voy. aussi ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, tom. V, § 625, note 9.

(Cod. Nap., art. 2103, 2109, 888). Quant au créancier hypothécaire, dont le droit réel hypothétique s'est évanoui par suite de l'arrangement pris par les enfants, il peut, si son débiteur y consent, obtenir un transport de la créance privilégiée ou la faire saisir. Mais dans cette dernière hypothèse il vient *au marc le franc* sur la valeur à distribuer avec tous les créanciers même chirographaires du co-partageant qui lui a constitué une hypothèque devenue inutile, s'ils se présentent en temps utile, c'est-à-dire avant le jugement qui valide la saisie, et qui vaut, suivant l'opinion commune, transport des deniers saisis au profit du saisissant et des intervenants (1).

265. — *Cinquième espèce.* — La succession se compose d'immeubles impartageables eu égard aux droits des parties. On les licite. C'est un *étranger* qui se rend adjudicataire. Dans cette hypothèse, les deux communistes faisant à eux deux *un propriétaire exclusif*, transportent leurs droits au tiers qui s'en rend acquéreur. Ce dernier ne les tient pas directement du défunt,

(1) Voy. à cet égard POTHIER, *Procédure civile*, n° 513. DENISART, *V° Saisie-arrêt*, n° 32. La jurisprudence s'est bien modifiée en cette matière par rapport à l'attribution exclusive des deniers. Voy. *sur les effets de la saisie-arrêt* une dissertation de TAMBOUR, *Des voies d'exécution*, tom. II, pag. 457 et suiv., et pour le cas qui nous occupe, le *même ouvrage*, pag. 491. Les sommes arrêtées sont, dans notre droit actuel, le prix *d'une course au clocher!* Je n'aime pas cela. Tous les créanciers devraient pouvoir se présenter utilement jusqu'à la clôture de la distribution. C'est un point à décider nettement dans la révision du Code de procédure. Il faut autant que possible éviter les surprises.

dont il n'est pas *héritier*. Il les tient de ses vendeurs et par conséquent l'opération dont il s'agit est une *véritable vente*, susceptible d'être transcrite comme les aliénations ordinaires. Les créanciers hypothécaires suivent les biens entre les mains de l'étranger comme *tiers-détenteur*. Le privilége des deux enfants se conserve par la transcription ainsi que leur action résolutoire (Cod. Nap., art. 2108. L. du 23 mars 1855, art. 6 et 7). Quant au prix, il doit être, en principe, attribué pour moitié aux créanciers hypothécaires des deux colicitants (art. 1220). Cependant cela pourrait dépendre des circonstances. Si dans une convention passée entre les enfants, avant ou même après la licitation, l'un d'eux avait été déclaré abandonnataire du prix pour deux tiers et l'autre pour un tiers seulement, les créanciers hypothécaires du premier devraient être colloqués sur les deux tiers du prix et non sur la moitié seulement. Il est bon d'insérer des clauses spéciales dans les cahiers des charges pour faire connaître quels sont les héritiers qui doivent toucher le montant de l'adjudication, et dans quelles proportions ils y ont droit suivant les conventions de partage, afin d'éviter les difficultés qui pourraient survenir plus tard à cette occasion. Nous avons vu un grave procès éclater dans une famille, faute de cette précaution.

Ce que nous venons de dire prouve sans réplique combien est mal fondé le système de la Cour de cassa-

tion qui refuse d'appliquer l'art. 883 aux cessions qui ne font pas cesser l'indivision entre *tous* les héritiers, et combien, au contraire, est inattaquable la base que nous avons établie plus haut sur la saisine dans ses rapports avec l'art. 883. En effet, la Cour suprême, en validant les hypothèques dans l'hypothèse où l'indivision ne cesse qu'en partie, considère chaque heritier comme incommutablement saisi de sa part et portion héréditaire, *ce qui est faux*, puisqu'il peut arriver plus tard, par suite du partage définitif, que le prix de la licitation étant attribué à un seul des co-héritiers, il sera censé avoir été *seul* vendeur de l'immeuble licité, et que par conséqnent celui qui aura consenti des hypothèques pendant l'indivision n'aura été saisi *de rien du tout*, en ce qui concerne l'immeuble dont le prix vient à distribuer. Ainsi lorsque deux héritiers mettent en vente un immeuble héréditaire commun, cela ne veut pas dire nécessairement qu'ils le vendent chacun *pour moitié*, ils ne le vendent chacun que pour les parts et portions que la liquidation-partage leur attribuera dans le prix. *Nec obstat* l'art. 1220 (1).

Il en est autrement lorsque la licitation d'un bien impartageable, au lieu de se faire comme préliminaire du partage, se fait après les opérations consommées.

(1) Voy. DEMANTE, t. III, n° 225 bis, III-V. Cass., 16 février 1833, *Palais*, tom. XCV, pag. 400. MALEVILLE, sur l'art. 883. MERLIN, *Répert.*, *V° Licitation*, § 3. Cass., 14 brumaire an IX.

Nul doute que dans cette hypothèse l'art. 1220 devrait s'appliquer sans exception et que le prix se partagerait entre les co-licitants et leurs créanciers particuliers suivant les parts et portions héréditaires de chacun. Pour attribuer à l'un des enfants une part plus considérable qu'aux autres dans le prix de la licitation, il faut un motif légitime qui naît ordinairement *des rapports* dont il se trouve créancier de ses co-héritiers. Mais quand les droits de tous ont été liquidés et réglés par un partage antérieur à la licitation d'un immeuble impartageable resté en commun et qu'il n'y a plus de motif particulier pour attribuer à l'un plus qu'aux autres, la règle de la division proportionnelle reprend son empire.

266. — Lorsque l'adjudication sur licitation a lieu au profit *d'un étranger*, les créanciers hypothécaires des co-licitants ont-ils le droit de surenchère et au besoin de folle-enchère?

Pourquoi pas? Concevrait-on une hypothèque maintenue comme valable dans un cas où l'art. 883 est inapplicable et qui serait privé du droit *de surenchère?* Ce serait un corps sans âme. Nous ne concevons pas d'hypothèque sans la surenchère, qui est le nerf de ce droit réel. Aussi, dans la pratique, ne considére-t-on le prix d'une licitation faite au profit d'un étranger comme définitivement fixé qu'autant que les créanciers ont été mis en demeure de surenchérir par la

notification de l'art. 2183. Les avoués n'oseraient prendre sur eux de ne pas purger une telle acquisition sous le prétexte que les créanciers auraient pu intervenir au partage, suivant l'art. 882, et que, ne l'ayant pas fait, la vente consommée serait définitive à leur égard. Je crois qu'ils auraient raison. Sans doute s'il y avait eu opposition ou intervention, et que la licitation eût été faite contradictoirement avec eux, ils ne pourraient attaquer un acte dans lequel ils auraient été parties. Mais décider avec M. Demolombe qu'ils y sont représentés complètement par les co-héritiers, même lorsqu'ils n'ont pas fait d'opposition, nous paraîtrait aller au-delà du vrai. Je ne vois aucun texte qui les prive du droit *de surenchère*, et l'art. 883 n'est en aucune façon applicable au cas dont il s'agit (1). Il n'y s'agit pas d'un partage. Il en serait autrement si l'adjudication avait eu lieu au profit de l'un des co-héritiers, même *bénéficiaire* (2). Dans cette hypothèse, la surenchère et la folle-enchère au besoin seraient impossibles, puisque, *d'une part*, les voies extraordi-

(1) Demante, t. III, n° 225 bis, III. Orléans, 7 février 1845. Devill., 1848, I-561. Cet arrêt a été cassé le 26 juillet 1848. Devill., *loc. citato*. Nous comprenons difficilement cette cassation, qui est approuvée cependant par M. Demolombe, *Succession*, tom. V, n° 274. L'arrêt dont il s'agit, ainsi que ceux du 1er octobre 1810 (Devill., 1810, I-238) et du 2 mai 1812 (Sirey, 1812, II-432), se réfèrent à des ventes judiciaires. Nous ne pensons pas que la conclusion qu'on peut en tirer soit appelée à faire jurisprudence.

(2) Dans ses rapports avec ses co-héritiers, c'est un *héritier pur et simple*.

naires de rescision ne s'appliquent pas aux acquisitions à cause de mort (art. 724 et 883), que, *d'autre part*, les créanciers des co-partageants n'ont le droit d'attaquer un partage consommé, qu'autant qu'il y a été procédé au mépris de leurs oppositions (Cod. Nap., art. 882). Or, la licitation entre co-héritiers est assimilée par la loi elle-même *à un partage*. M. Valette va même jusqu'à dire que ces principes devraient être suivis à l'égard des adjudications prononcées au profit *des étrangers*, ce en quoi nous serions de son avis, si les textes (art. 883) et leur histoire ne condamnaient sa manière de voir à cet égard (1), bien qu'elle soit en parfaite harmonie avec l'esprit qui a présidé à la création de l'art. 883 (2).

267. — *De la jurisprudence de la Cour de cassation en ce qui touche la surenchère et la folle-enchère dans les licitations.* — Cependant la Cour suprême autorise, contrairement à ce que nous venons de dire, l'exercice de l'action résolutoire, et même la continuation de la poursuite par voie de folle-enchère, dans les licitations amiables ou judiciaires, contre le *co-héritier adjudicataire*, si toutefois le cahier des charges contient une clause spéciale qui a stipulé ces voies extraordinaires

(1) Voy. *Suprà*, le passage de LEGRAND, cité n° 232.

(2) Voy. MOURLON, *Répétit. écrites*, tom. II, pag. 200 et suiv. Mais voy. M. DEMOLOMBE, *Success.*, tom. V, n° 272. TROPLONG, *De la vente*, tom. I, n° 12-876. DUVERGIER, *De la vente*, t. II. n° 147. DURANTON, t. VII, n° 520.

de procédure, dans les cas où le co-licitant ne satisfe-rait pas aux conditions de l'enchère. Depuis les arrêts qui ont été rendus sur ce point, ces clauses sont devenues de style, de sorte que, par une convention insérée dans la cédule de vente, les co-héritiers créanciers du prix ou, pour parler plus exactement, des soultes du partage, obtiennent en fait le droit de faire disparaître dans les cas prévus l'adjudication par une action résolutoire conventionnelle ou par une folle-enchère de même nature, comme s'il s'agissait, dans *la licitation-partage*, d'un contrat synallagmatique ordinaire! Les tiers qui ont accepté en gage les immeubles ainsi acquis par droit de succession, sont exposés à perdre leurs hypothèques dix ans, quinze ans et vingt-neuf ans après la licitation, qui peut leur être inconnue puisqu'elle n'est pas susceptible d'être transcrite dans cette hypothèse!... Il est inutile de faire remarquer que nous ne saurions accepter une telle jurisprudence qui consiste à investir des particuliers du pouvoir législatif et qui en fait malgré eux *des vendeurs*, dans une matière où la loi les répute n'avoir été saisis de rien!

« Car pour toutes les valeurs comprises dans mon lot « (ici dans le lot de l'adjudicataire) je dois être traité « comme si le défunt n'avait pas eu d'autres biens, et « que seul j'eusse été appelé à sa succession (1). »

(1) M. DEMANGEAT, *Revue pratique*, 1858, tom. IV, pag. 271 et suiv.

La Cour suprême a oublié que la stabilité des partages et des actes que le Code leur assimile, est tellement nécessaire à la paix des familles et à l'ordre public, que la loi n'a pas même voulu que la *Paulienne* fut recevable contre eux (Cod. Nap., art. 1167-882) (1). Pourquoi, dès-lors, ne pas appliquer au cas dont il s'agit l'art. 6 du Code Napoléon qui annulle toutes conventions contraires aux lois qui intéressent l'ordre public? Il y a bien trop d'intérêts moraux et matériels engagés dans un partage pour qu'il soit permis à qui que ce soit d'y porter atteinte! Qui ne voit que, dans le système de la jurisprudence, l'art. 883 est un *non sens* législatif, et que la famille se trouve en réalité privée de tous les bienfaits qui devaient en résulter pour elle! Il semble en vérité que trois siècles de lutte sur le principe que cet article a consacré, n'aient abouti à rien, et que nous en sommes encore à balbutier les éléments de la plus importante et de la plus civilisatrice de nos institutions civiles (2)!

(1) « Les partages fixent souvent le sort et l'état de plusieurs familles. Ils ne « sauraient, sans les inconvénients les plus graves, être rescindés pour une « inexécution quelconque de la part de l'un des co-partageants. » Cass., 29 décembre 1829. DALLOZ, 1830, 1-35. Cass., 9 mai 1832. DEVILL., 1832, I-78. Cass., 22 mai 1833. DEVILL., 1835, I-211.

(2) Cass., 9 mai 1834. DEVILL., 1834, I-523. Cass., 27 mai 1835. DEVILL., 1835, I-341. Cass., 6 janvier 1846. DEVILL., 1846, I-120. M. DEMOLOMBE, *Success.*, tom. V, n° 310, et tous les auteurs et arrêts qu'il cite.

Mais voy. M. DUVERGIER, *Traité de la vente*, tom. II, n° 144 et suiv. Bordeaux, 22 mars 1834. DEVILL., 1834, II-460. Rouen, 18 juin 1841. DEVILL., 1841, II-471. Ces arrêts ont été cassés!...

Toutes ces déviations de la ligne droite ne sont venues que des idées fausses que l'on s'est faites sur *le caractère déclaratif* du partage, dans lequel on s'obstine à ne voir qu'une *fiction* qu'il faudrait restreindre le plus possible.

La cupidité est chose tellement commune de nos jours qu'on ne peut plus s'imaginer qu'un partage n'est pas une affaire d'argent, et voilà pourquoi on se laisse aller à y voir *des ventes*, *des aliénations*, *des échanges réciproques*, *des contrats synallagmatiques* et autres choses semblables qui n'y sont en aucune façon. Puis, comme la loi résiste à ces entraînements contraires à l'esprit de notre droit national, on permet aux parties de corrompre et de changer la nature de l'opération à laquelle elles se livrent en déclarant valables et obligatoires des conventions contraires à la nature de l'acte lui-même, de sorte que, de sophisme en sophisme, on finit par dévorer les successions en frais, et par jeter le trouble dans le sein des familles, faute d'étudier les origines et les développements historiques de l'article qui nous occupe. En vérité, je me prends parfois à me demander si notre siècle n'est pas frappé d'aveuglement en ce qui concerne ces matières, quand je vois les premiers corps judiciaires de l'Etat concourir ainsi à la désorganisation et à la corruption des institutions les plus chères au foyer domestique! Et cela en présence du socialisme qui les guette avec l'es-

pérance de faire profit des ruines amoncelées chaque jour par l'abandon insensé des traditions de la patrie! Que diraient les de Thou, les Lizet, les de l'Hôpital, les du Harlay, les Talon, les de Lamoignon, les Mathieu-Molé, les d'Aguesseau, et toute cette pléiade de vrais Romains qui ont porté si haut et si ferme le sceptre de la justice?... Ils désespéreraient de l'avenir de cette France tant aimée, à laquelle ils étaient toujours prêts à tout sacrifier, s'ils revenaient du tombeau pour voir tout ce qui se fait au Palais contre l'esprit de la constitution de la famille et du droit de succession!

268. — *Sixième espèce.* — De deux enfants qui, par suite de la mort de leur père, sont tombés dans l'indivision, l'un a fait donation à son frère de sa part héréditaire. L'indivision a cessé pour le tout; l'art. 883 est-il applicable dans cette hypothèse?

Non. L'enfant donataire n'est que l'ayant-cause de son frère donateur, en ce qui touche ce qui lui a été donné. Dans ce cas, l'objet principal des parties n'a pas été *de diviser*. Si l'indivision a cessé, c'est par une cause étrangère à cette intention qui a été principalement dirigée par une pensée *de libéralité*. Dès-lors, comme le disait Dumoulin au XVI^e^ siècle, elles ont fait un acte d'une nature tout autre que celle d'un partage (1). Il résulte de là que les hypothèques consenties

(1) *Suprà*, tom. III, n° 74. BRODEAU, sur l'art. 80 de la *Coutume de Paris*, professait cependant une opinion contraire (Voy. *suprà*, n° 236, aux notes).

par l'héritier donateur dans le temps intermédiaire, continuent de subsister et qu'elles suivent les immeubles entre les mains du donataire qui les possède *partim ex jure hæreditario*, *et partim pro donato* (1). Il ne faut pas perdre de vue que si le partage n'est pas un contrat synallagmatique comme une vente, il n'est pas non plus un acte *à titre gratuit* comme une donation, puisque c'est un acte *à titre onéreux*, c'est-à-dire un acte intéressé de part et d'autre, sans pour cela qu'on doive le considérer comme une véritable *spéculation*.

269. — *Septième espèce.* — L'un des deux frères a vendu sa part indivise à un étranger, et le retrait successoral (Cod. Nap., art. 841) n'est pas exercé. Ce dernier se présente au partage ou à la licitation, *ex jure cesso*, et il y obtient un lot immobilier, ou il se rend adjudicataire d'un immeuble héréditaire. Les créanciers hypothécaires du frère qui a conservé sa part peuvent-ils exercer leurs droits réels sur les biens échus au cessionnaire étranger ?

C'est demander si l'art. 883 s'applique au partage dans lequel les co-partageants sont co-propriétaires en vertu de *titres différents*.

Suivant lui, la *donation* qui faisait cesser l'indivision devait être assimilée à un partage. Sous ce rapport la question peut en effet se discuter, mais la jurisprudence a condamné son opinion. Cass., 5 mai 1841. DEVILL., 1841, I-434. Cass., 26 janvier 1848. DEVILL., 1848, I-245. DEMOLOMBE, *Successions*, t. V, n° 283, et tous les auteurs qu'il cite. ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, t. V, § 625, n. 3.

(1) Cass., 27 janvier 1857. DEVILL., 1857, I-665.

Nous pensons que l'art. 883 ne faisant aucune distinction à cet égard, c'est le cas de l'appliquer au partage dont il s'agit, tout aussi bien qu'à un partage intervenu entre tous les co-héritiers seulement, et que en conséquence, les hypothèques constituées pendant l'indivision par le frère du cédant disparaissent du lot du cessionnaire, de même que celles constituées par le vendeur de ses droits successifs sont résolues *ex tunc* en ce qui concerne le lot échu à son frère qui est resté dans l'indivision avec l'étranger non retrayé. Ce dernier exerçant les droits qui lui ont été cédés, succède seul, *du chef de son cédant*, à tous les objets qui lui sont échus par le partage, tout aussi bien que s'il était héritier légitime. L'effet de la cession n'est-il pas de mettre le cessionnaire aux lieu et place du cédant? C'est ainsi que la Cour de cassation décide cette question en matière civile (1), bien qu'à l'égard du fisc, elle en juge autrement par suite des anciennes traditions du droit féodal (2). Autrefois l'étranger qui acquérait par exemple le quart indivis d'une succession, et qui se rendait ensuite adjudicataire des parts des autres co-héritiers lors de la licitation, n'était pas considéré comme devenu propriétaire en vertu du titre primordial de son cédant, mais bien en vertu de son propre

(1) Cass., 27 janvier 1857. DEVILL., 1857, I-665.

(2) GUYOT, *de la Licitation*, chap. III, sect. 3, § 5. DUMOULIN, tit. I, *des Fiefs*, gl. 1, § 43, n° 176.

titre : de sorte que l'adjudication prononcée à son profit, ne faisant que *accéder* à l'acte de cession ou de vente qui lui avait été consenti, il devait acquitter le quint et les lods et ventes sur les trois quarts qu'il réunissait ainsi à la portion cédée (1). C'est ce que décide encore aujourd'hui la Cour de cassation au point de vue *fiscal* (2) quoique cette jurisprudence ne s'appuie sur rien de bien solide, en présence de l'art. 883 du Code Napoléon, qui ne fait aucune distinction, et qui est certainement applicable en général, à la perception des droits fiscaux, sauf en ce qui touche les soultes et les licitations qui sont réglées par des dispositions spéciales de la loi de frimaire an VII (3).

270. — *Méthode et réflexions sur l'esprit qui préside à l'interprétation de l'art.* 883 *dans la doctrine et dans la jurisprudence, en ce qui touche le droit hypothécaire.* — 1° Jusque là nous avons marché d'accord avec la jurisprudence de la Cour suprême sur l'art. 883 du Code Napoléon. Il n'y a que sa théorie sur les surenchères et les folles enchères conventionnelles appliquées aux licitations entre co-héritiers que nous avons dû rejeter

(1) POTHIER, *des Fiefs*, Ire partie, chap. v, n° 458, tom. IX, édit. BUGNET.

(2) Voy. notamment Cass., 26 mai 1848. DEVILL., 1848, I-246. Cass., 9 janvier 1854. DEVILL., 1854, I-124.

(3) Voy. M. DEMOLOMBE, *Success.*, tom. V, nos 289-290, et à cette occasion, M. VALETTE, *Revue étrangère et française de législation*, tom. X. GABRIEL DEMANTE, *Exposit. des principes de l'enregistrement*, tom. II, 1862, n° 708, et MOURLON, *Revue pratique*, 1861, tom. XI, pag. 142 et suiv.

comme l'une de ces créations étranges dont les annales judiciaires fournissent heureusement très-peu d'exemples. Il nous a semblé qu'il était absolument impossible qu'un héritier qui s'est rendu adjudicataire d'un immeuble héréditaire puisse, *d'une part,* être considéré, par rapport au bien licité, comme ayant toujours été le seul et unique représentant du défunt (art. 724 et 883, *in fine*), tout aussi complètement que s'il avait été seul appelé à hériter de l'immeuble dont il s'agit, et *de l'autre,* se trouver en même temps passible de surenchère, ou de folle enchère au profit de ses co-héritiers considérés comme *des vendeurs* non payés, alors que d'après le texte formel de la loi (art. 883) ils sont censés n'avoir jamais existé par rapport à lui, dans leurs rapports avec le bien *licité,* c'est-à-dire partagé. Quand mon père, en mourant, m'a transmis directement, suivant la règle *le mort saisit le vif,* l'immeuble acquis ensuite par moi aux feux de la licitation, à la charge de payer des soultes à mes frères, et que ces derniers, à l'extinction de la dernière bougie, sont réputés n'avoir jamais rien possédé dans l'immeuble adjugé, il est impossible qu'ils puissent venir m'en évincer, *putà* dix ans après, en vertu d'un droit imaginaire de résolution qu'ils n'ont jamais eu et qu'ils n'ont pu acquérir *ex post facto*, sous quelque prétexte que ce soit, puisque le défunt ne leur a rien transmis dans l'immeuble en question, et qu'au con-

traire, je suis considéré comme l'ayant seul hérité de lui, sans qu'ils aient été des co-propriétaires dans le temps intermédiaire (art. 883). Les interprétations erronées de la jurisprudence dans la matière que nous traitons ne sont venues que de ce que les travaux historiques sur l'origine et les développements de l'art. 883 n'ont pas encore pénétré dans les tribunaux, et aussi de ce que les magistrats n'ont pas suffisamment appliqué leur intelligence à saisir les différences profondes qui existent entre le partage romain et le partage français. Il faut, pour bien comprendre l'esprit de notre législation sur le point dont il s'agit, s'isoler complètement des traditions romaines, et on fait précisément tout le contraire, dès que l'on s'obstine à ne voir qu'une *fiction* dans l'article litigieux quand, au fond des choses, il n'en renferme aucune.

2° Cela posé, nous passons aux espèces dans lesquelles les deux systèmes d'interprétation de l'art. 883 se séparent pour se réunir ensuite, et se réconcilier en définitive.

Il s'agit ici d'une question de *psychologie* qui doit appeler toute notre attention : vu qu'elle est très-importante pour le repos intérieur de la famille. Elle dépend du principe de morale d'après lequel toutes les actions humaines se divisent en deux catégories principales, dont l'une est basée sur *l'intérêt personnel* que les psychologues appellent la *cupidité*, et l'autre sur son ex-

trême contraire, c'est-à-dire *sur la générosité ou la bonté*. Il y a des natures qu'on voit se dévouer presque toujours ; il y en a d'autres qui ne se dévouent jamais ou presque jamais.

Tout le monde sait que quand les faits qu'il s'agit d'apprécier au point de vue de l'intention de l'agent, se passent dans les horizons où les extrêmes se touchent, ils sont très-difficiles à interpréter sûrement. Chacun décide alors les cas qui lui sont soumis, dans un sens ou dans un autre, suivant la légion ou la bergerie à laquelle il appartient, parce que les hommes ne peuvent *psychologiquement* interpréter les sentiments secrets de leurs semblables que par ceux qu'ils ressentent eux-mêmes au fond de leurs cœurs. Si donc le magistrat appelé à se prononcer sur l'un de ces actes qui se plaisent dans les régions où les sentiments contraires se touchent de près, a le malheur d'être infecté d'une pointe de cupidité, l'acte à arbitrer par lui ne manquera pas de lui apparaître comme devant être rangé dans la classe *des actes d'avidité plus ou moins développée*, tels que *les ventes*, *les échanges*, et autres *spéculations intéressées* du genre. Il y sera d'autant plus porté qu'il sait par l'expérience que généralement les actes commutatifs n'affectent pas la conscience d'une manière désagréable, bien que ceux qui s'y livrent n'éprouvent jamais les sensations délicates que la générosité ou la bonté peuvent seules procurer.

Prenons pour exemple deux sujets de natures différentes. Ils ont accepté ensemble une donation avec charges que leur a faite un parent éloigné. L'acceptation de l'un a eu lieu *par bonté,* sans aucun sentiment de cupidité. Il n'a voulu, par exemple, que concilier des susceptibilités de famille et assurer par une rente convenable une existence aisée au donateur, tout en se réservant mentalement d'empêcher plus tard, au besoin, en tout ou en partie, et suivant les circonstances, l'exhérédation plus ou moins complète d'autres héritiers appelés éventuellement à l'hérédité future du disposant.

Supposons maintenant que l'acceptation de l'autre donataire, quoique très-légitime aux yeux de la loi, ait obéi à un sentiment tout différent, à une idée d'argent, qu'il ait fait une *affaire aléatoire*.... Qu'arrivera-t-il plus tard? C'est que, quand viendra le moment de la contradiction, l'un se rira des critiques dont son acte aura été l'objet; elles n'auront sur lui pour effet que de l'irriter quelque temps, tandis que l'autre, s'il est honnête au fond, fuira devant l'opinion qui aura deviné, en jugeant par ses propres sentiments, le motif réel qu'on aura eu le soin de lui cacher sous un autre motif simplement apparent.

Mettons, en dernier lieu, ces deux natures si dissemblables aux prises avec les faits d'un procès dans lequel il s'agira d'apprécier le véritable caractère

d'une cession de droits successifs faite par un co-héritier à l'un de ses co-successibles avant le partage définitif. Les choses se passeront ainsi ; le second acceptant y verra naturellement *un acte d'égoïsme*, *une spéculation*, *une affaire d'argent*, parce qu'il l'interprétera d'après ses propres sentiments. L'idée ne lui viendra même pas que l'acte en litige puisse être une bonne action, ou si elle lui vient, ce sera pour en rire et le ridiculiser. Le premier, au contraire, ne prendra pas tout d'abord cette voie qui pourrait, malgré les probabilités, le conduire à l'erreur. Ce ne sera qu'à la dernière extrémité, quand il y sera contraint par l'évidence, qu'il fera pencher la balance du côté faible de l'humanité, et sa raison éclairée par la crainte de commettre peut-être une injustice ne lui fera voir dans l'acte litigieux que l'un de ces actes qui ont principalement pour objet *la cessation de l'indivision* : de sorte que finalement, la cession lui apparaîtra non pas comme une vente ou une spéculation sujette à transcription, à surenchère ou à folle-enchère, mais plutôt comme un acheminement au partage, tombant par conséquent à ce titre sous l'empire des art. 724, 883 et 888 du Code Napoléon.

Les nombreux arrêts qui ont été rendus dans ces matières délicates et même les travaux scientifiques de nos jurisconsultes contemporains, prouvent que la *cupidité* a fait d'étonnants progrès en France depuis

les révolutions qui ont si profondément altéré le caractère de la nation en y surexcitant les appétits matériels. Le sens moral et, par conséquent, le sens juridique (car il faut être un peu *théologien* pour être jurisconsulte) s'y sont affaiblis et s'y affaiblissent tous les jours au contact des institutions modernes du veau d'or, de manière à frapper l'œil le moins clairvoyant. L'austérité ayant déserté le foyer domestique, et le luxe avec sa corruption ayant pris sa place, tout s'en ressent : de là, ces relâchements dans les mœurs que les philosophes chrétiens signalent dans leurs écrits et du haut de la chaire évangélique; de là ces nécessités, au moins passagères, pour l'Etat de s'appuyer sur le *sabre*, le plus fragile et le plus dangereux des étais; de là aussi ces applications faussées chaque jour des institutions fondamentales de l'organisation civile de la famille, auxquelles il faudrait pourtant nous rattacher avec force, comme à la seule ancre de salut qui nous protège encore utilement contre la vague révolutionnaire. C'est à peine si l'on citait autrefois quelques rares opposants à l'interprétation *du bon côté* des premiers actes du partage.... Aujourd'hui, il y a des légions de corps judiciaires et de jurisconsultes qui en font *des actes de cupidité*. Notre magistrature contemporaine, sauf quelques rares exceptions, trouve tout simple et tout naturel d'absorber, en cette matière, la question *morale* par la question *d'argent!* Qu'un

intérêt de crédit quelconque dont il serait mieux de ne pas avoir besoin, trouve une subtilité de texte à invoquer en sa faveur..., il est à peu près certain de triompher en définitive! L'équilibre aussi nécessaire dans l'application des lois civiles que dans celle des lois de finance, et sans lequel la banqueroute est menaçante dans l'avenir, a beaucoup perdu de sa signification dans nos habitudes. L'histoire et l'esprit des textes législatifs sont-ils des obstacles? Qu'importe au sophisme? Ce qu'il lui faut, c'est de *l'argent* pour satisfaire ses passions secrètes, et pour arriver à son but, il corrompra tout, jusqu'aux institutions constitutives de la famille. La manière dont s'interprète de nos jours l'admirable théorie de nos pères sur les partages en est bien la preuve!...

Ces préventions irréfléchies contre lesquelles d'Aguesseau s'élevait autrefois avec la supériorité de son esprit sont un immense danger pour la stabilité de la propriété et pour la paix intérieure du foyer domestique, comme aussi, par une conséquence inévitable, pour la tranquilité et la prospérité de l'Etat. A quelles déplorables méprises de telles idées qui ne prennent leur source que dans la corruption du cœur, n'exposent-elles pas ceux qui sont destinés à remplir les redoutables fonctions de la justice? Mais la Thémis moderne ne paraît pas s'en préoccuper. Les sacrificateurs au veau d'or sont devenus si nombreux que la

présomption de cupidité est de *droit commun!* On se croit plus sûr de bien juger, si l'on se met du *mauvais côté*, quand il s'agit d'intentions douteuses à apprécier. La peur imaginaire d'être dupe, fait que l'on se laisse trop souvent prévenir sans s'en douter. C'est là, suivant nous, un signe éclatant de profonde décadence dans les mœurs, autrefois si sévères, du Palais. Défions-nous du proverbe immoral qui consiste à dire que la *prévention* est le défaut des honnêtes gens. Il ne repose que sur une faiblesse d'esprit contre laquelle on ne saurait trop se mettre en garde. Un juge capable de céder à la peur de l'opinion ou à la crainte des ridicules du monde n'a pas l'estime de ses justiciables.

Ces réflexions, dictées par la censure sérieuse, étaient indispensables pour éclairer les abords de la triste voie dans laquelle semble vouloir s'engager la jurisprudence, en ce qui concerne les actes des cohéritiers qui ne font cesser l'indivision qu'en *partie*.

Que le lecteur prenne un instant la peine de pénétrer avec nous au foyer domestique. Sans doute, notre intention ne saurait être, dans un livre de droit, d'écrire des fantaisies à la manière des moralistes. Cependant comme il s'agit ici d'une question de *psychologie* qui se reproduit souvent, il est nécessaire que nous disions quelques mots sur le caractère particulier de chacun de nos acteurs, afin d'apprécier à son véritable point de vue l'acte auquel ils vont se livrer.

Puisse cette petite excursion sur les terres de Platon convaincre nos adversaires de l'impossibilité pratique de leur système!...

271. — *Huitième espèce.* — Pierre Buquet, Paul Buquet et Anne Buquet, leur sœur, après avoir eu le malheur de perdre leur mère, viennent de rendre les derniers devoirs à leur père qui est mort, à son tour, en leur laissant un bon héritage d'immeubles honorablement gagnés par le travail et avec le concours d'une femme laborieuse et économe.

En revenant du cimetière au paternel logis, les trois enfants pleurent encore celui qui leur inspirait amour et respect. Mais tout s'use ici-bas, jusqu'aux pleurs que l'on verse sur la tombe d'un père et même sur celle d'une mère que Dieu ne nous donne cependant qu'une seule fois! Après les regrets vient la résignation. L'aîné prend enfin la parole et dit : « Eh bien! « nous sommes seuls désormais. Il faudra bientôt son- « ger à nos partages (1). » La sœur d'interrompre aussitôt : « Mon frère, tout ce que tu feras d'accord avec « Paul sera bien fait pour moi. » Anne n'est pas *prodigue*, par conséquent pas *cupide*. La brouille ne viendra pas de ce côté. Mais près d'elle est assis son plus

(1) « Les héritiers qui arrivent à une succession ont un acte nécessaire à « faire. C'est le *partage*. Leur premier vœu, le premier acte qu'ils passent « toujours cet objet. » GUYOT, cité *suprà*, n° 236.

jeune frère qui a eu le malheur d'avoir été gâté par la faiblesse de ses parents.

Il sait très-bien qu'il est aimé de Anne et de Pierre, quoiqu'ils le grondent souvent parce qu'il entend le *Nouveau Testament* autrement qu'eux. Paul s'est créé sur la vie des idées tout autres que celles de la maison paternelle. L'existence modeste, à ses yeux trop rétrécie, de son père et de sa mère, n'a jamais été dans ses idées. Il a lu les rationalistes contemporains sans se demander si un peu de foi ne vaudrait pas mieux que leurs brillants paradoxes sur les mystères de leurs natures et de la sienne, et ce qu'il a retiré de ses lectures, du reste assez mal digérées, ressemble beaucoup à de l'indifférence sur toute chose qui n'est pas *lui*, ce qui fait que sa sœur n'est pas complètement rassurée sur son avenir, quoiqu'elle le trouve aimable et même de bon ton au salon. Il est devenu raisonneur, beau diseur, quelque peu railleur et même rieur sur tout ce qui touche à la morale qu'il est disposé à regarder comme une affaire de pure convention. Bref, c'est un *idéal subjectif* qui croit sa raison infaillible et pour lequel les choses extérieures, l'ensemble des formes de la pensée n'existent point par elles-mêmes, mais uniquement comme conceptions (1)! Ce qu'il voit de plus clair dans l'ouverture de la succession de son père,

(1) Système de FICHTE, philosophe allemand

c'est que les immeubles dont elle se compose vont devenir pour lui une source de tracas, tandis que ce que *son moi* veut avant tout, c'est de mener la vie de son ami de Paris qui vit sans souci et qui aime l'indépendance, ou bien celle de son *non moi* qui s'amuse à Plaisance, sans beaucoup regarder du côté de Constance. Or, pour cela, il lui faut au plus vite sortir de l'indivision dans laquelle vient de le faire tomber la mort de son père, et le moyen le plus expéditif et le plus conforme à ses goûts serait une cession immédiate de ses droits successifs à son frère et à sa sœur ; mais comment les amener à y consentir?

Paul qui ne manque pas d'habileté, se risque, quand vient son tour de prendre la parole, à lancer le ballon d'essai que voici :

« Je ne me sens pas de vocation pour la culture des « terres, je n'ai même pas ce qu'il faut pour les admi- « nistrer convenablement, une rente sur l'Etat m'irait « bien mieux que des immeubles. La caisse du rece- « veur des finances paie très-bien, tandis que celle des « fermiers paie très-mal. Aussi..., après y avoir mû- « rement réfléchi, je suis décidé, si vous êtes disposés « à me rendre service, ce dont je ne doute pas, à vous « céder ma part de succession. Vous avez tous deux « les mêmes goûts. Pierre est dans une grande aisance « par son mariage. Vous ne pouvez manquer de vous « arranger très-bien ensemble, et en me retirant de la

« communauté, je ne serai jamais un obstacle au dé-
« vidoir paisible de votre existence. Quant au prix de
« la cession, ce n'est pas pour moi une affaire d'ar-
« gent; ce n'en saurait non plus être une pour vous,
« vous me donnerez ce que vous voudrez, et je m'en
« trouverai très-satisfait. »

Ici, étonnement, interruption et opposition formelle de la part du frère aîné et de la sœur! Ils ont entendu dire à leur mère et à leur père : «Gardez-vous de vendre « le bien que vous ont laissé vos parents; un trésor est « caché dedans. Défiez-vous des valeurs mobilières, « même des rentes sur l'Etat, quoique la loi le répute « solvable. Quelque solide qu'il soit en apparence, le « grand-livre ne vaut pas le franc-alleu du *Pont-Fran-* « *cœur*... » Et le bon jeune homme mystifié de voir son ouverture si mal accueillie, alors qu'il avait cependant fondé sur elle l'achat d'une feuillette, reste tout interdit et honteux de ce qu'il a dit : n'osant plus lever les yeux sur sa sœur et surtout sur son frère qui viennent de lui rappeler les sages souvenirs du foyer domestique.

Quelque temps après, les trois enfants se trouvent réunis de nouveau à l'occasion de l'anniversaire de la de la mort de leur père. Paul revient sur son idée fixe qui n'a cessé de le tourmenter depuis le jour où il a été si rudement bourré par son frère. Il a jugé que 8 fr. 20 c. à dépenser par jour suffiraient à peine à ses

besoins; son philosophe de prédilection ne lui a pas appris que la vraie richesse ne consiste que dans le retranchement du superflu. Il croit qu'une rente sur l'Etat de 5 ou 6,000 fr. vaudrait beaucoup mieux pour lui que le tiers du bien paternel qui rapporte 3,000 fr. Cette fois, il est décidé, si on lui résiste encore, d'employer les grands moyens. En conséquence, voyant qu'on ne veut plus entendre parler de son projet, il finit par menacer son frère et sa sœur d'une intervention étrangère!... La sœur lui jette un coup d'œil de reproche et ne répond pas. L'aîné se fâche. Pierre Buquet a quelquefois le tort très-grave de se mettre en colère! Mais un éclair passe sur son front, et se calmant tout-à-coup sous une étreinte du sentiment de la famille qui a, chez lui, la prérogative de faire taire tous les autres, lui qui ne veut à aucun prix avoir quoi que ce soit à démêler avec des étrangers dans la succession de son père, même pour y exercer un retrait qui deviendrait nécessaire (Cod. Nap., article 841)..., il cède à regret aux vœux de son frère, et comme il ne sait pas ce que c'est que de marchander avec le Benjamin de sa mère, il fixe lui-même à 120,000 fr. le prix de la cession, de sorte que le revenu de Paul se trouvera doublé. Le contrat se réalise au milieu des transports de joie du cédant. Les deux frères s'embrassent en se jurant une amitié éternelle! Quant à Anne Buquet, elle a vu cela avec peine. Les

femmes ont un tact et une prudence que les hommes n'ont pas. Elle a refusé d'apposer sa signature à côté de celle de Paul. Elle a eu raison, l'avenir l'a bien prouvé!...

272. — *De la nature de l'acte des enfants Buquet.* — Faisons ici une courte station pour voir quelle qualification juridique nous devons donner à l'acte qui vient de se consommer dans l'intérieur de la famille Buquet. La jurisprudence contemporaine répond : « Ce n'est « pas un partage. L'art. 883 ne s'applique qu'aux actes « qui font cesser l'indivision pour le *tout*. Anne Buquet « n'ayant pas cédé ses droits comme Paul, l'indivision « n'a été que *restreinte*. Les art. 888 et 889 ne sont pas « contraires à cette interprétation, bien que la cession « faite par l'un des héritiers à tous ou à l'un de ses co- « héritiers ne soit rescindable que comme un partage « (art. 887). *Donc*, l'acte en litige ne saurait être classé « que parmi ceux soumis à la règle générale du crédit « foncier, qui veut, au XIX^e^ siècle, comme condition « de sa prospérité, que la *cupidité* soit de *droit com-* « *mun*. Les actionnaires fondateurs et les avocats de « la banque territoriale sont unanimes sur ce point; et « chaque fois qu'une ci-devant royale se permet d'a- « vancer le contraire, elle est immédiatement cassée « comme une rebelle à la charte de la direction (1).

(1) Voy. *suprà* aux notes du n° 240, les arrêts des Cours d'appel qui ont été cassés par la Cour suprême.

« *Donc*, c'est *une vente* qu'ont faite les enfants Buquet.
« Des jurisconsultes, hommes d'Etat, ne sauraient y
« voir autre chose, et voilà pourquoi l'illustre succes-
« seur de Papinien, d'accord avec la grande majorité
« de ses assesseurs, décide constamment, en dépit des
« protestations des esprits à courte vue, dont il rit
« quand on lui parle de bonne harmonie au foyer do-
« mestique, que Pierre Buquet et Paul Buquet sont *deux*
« *spéculateurs* dignes à tous égards, d'entrer, même
« malgré eux, en correspondance avec la caisse hypo-
« thécaire : l'un comme s'étant, au cas où son frère ne
« croirait pas avoir fait une affaire d'argent sujette à
« transcription, réservé tacitement le droit si nécessaire
« à la banque, d'hypothéquer les immeubles indivis
« qu'il a certainement vendus à son frère, et l'autre,
« comme s'étant, au premier chef, rendu coupable
« quoi qu'il puisse en dire, *d'un acte de cupidité* bon à
« transcrire et à purger des vices qu'il renferme,
« comme aussi très-propre à surenchère du chef des
« créanciers hypothécaires de Paul (C. Nap., art. 2185),
« puisque, en qualité d'ami de Fichte, ce digne frère
« de Pierre ne peut manquer, un jour ou l'autre, de
« devenir l'un des tributaires de la rue des Capucines
« ou tout au moins de la caisse particulière de plusieurs
« de ses actionnaires qui sont nécessairement appelés
« à obtenir des jugements contre lui. Ainsi, tant et si
« longtemps que l'aîné de la famille Buquet n'aura

« pas transcrit son acquisition *aléatoire*, les créanciers « de Paul pourront utilement s'inscrire sur les im- « meubles de la succession, tout aussi bien que si l'ac- « quéreur était un étranger. »

273. — *Suite.* — Admettons un instant ce système et suivons-le, s'il est possible, dans l'application. Pierre Buquet qui ne sait pas qu'il est un certain monde dans lequel les bonnes actions sont considérées comme *des actes d'avidité* et qui aurait cru manquer à son frère s'il avait vu dans son arrangement qu'il appelait *son acheminement au partage,* autre chose qu'une consolidation de la part de Paul dans la famille, n'a pas transcrit son contrat. Cependant ce dernier, à force de discuter avec le *moi* et le *non moi* du philosophe allemand, n'a pas acheté de rentes sur l'Etat. Les 120,000 f. qu'il a reçus de Pierre ont été dissipés en compagnie d'une femme qui a désiré voyager en Italie. Ce n'est pas tout, le malheureux en revenant de visiter le Vésuve, a eu eu la mauvaise pensée de stationner à *Salo* où il a contracté des emprunts considérables avec l'espoir qu'il en serait quitte pour une colère de Pierre et pour un reproche de sa sœur. Des jugements ont été obtenus contre lui, des inscriptions se sont révélées à la conservation des hypothèques de la situation des biens encore indivis entre ses ci-devant co-partageants. Bref, un beau jour, le villageois qui rêvait à la bonne harmonie de sa famille et qui s'applaudissait d'avoir

pu mettre son frère en position d'acheter sa rente sur l'Etat reçoit, pendant qu'il est occupé à cultiver le franc-alleu du Pont-Francœur qu'il croit dans sa bonne foi posséder comme héritier de son père, en vertu des art. 724, 883 et 888 du Code Napoléon...., une sommation de payer 150,000 fr. au requérant, ou de délaisser l'héritage paternel !... Il arrête un instant ses chevaux pour demander à l'huissier ce que cela signifie, et comme ce dernier n'en sait rien ou feint de n'en rien savoir, il reprend en riant la queue de sa charrue pour continuer son travail. A la dételée, il se rend chez son homme d'affaires avec la copie de la sommation et avec l'un des originaux de son traité fraternel, pour avoir le mot de l'énigme. L'avoué que M. Carette tient au courant des vicissitudes des choses humaines, après avoir très-bien examiné le tout, se recueille un instant, puis prenant tout-à-coup la pose antique et solennelle de son prédécesseur, quoique dans une intention toute différente, il finit par lui dire :

« M. Pierre, c'est très-grave !... c'est extrêmement « grave !!! M. Paul a fait un voyage en Italie, et en reve- « nant en France, il a eu la mauvaise pensée d'hypo- « théquer les biens de monsieur votre père encore « indivis avec madame votre sœur ; de sorte que le « créancier qui vous somme de délaisser, si vous n'ai- « mez mieux payer une seconde fois, est autorisé, sinon

« par la loi, au moins par l'interprétation que lui donne « la jurisprudence, à saisir au besoin (art. 2169) les im- « meubles hypothéqués pour ensuite s'en faire judi- « ciairement attribuer le prix jusqu'à concurrence de la « part qu'aurait eue monsieur votre frère s'il ne vous « avait pas cédé ses droits.... ; et cela, malgré le traité « que votre sœur a refusé de signer, et qui n'est pas « opposable aux ayant-cause de M. Paul, parce que « vous ne l'avez pas transcrit à la conservation des « hypothèques en temps utile !... Si vous tenez, comme « je le pense, à conserver les biens que vous a laissés « monsieur votre père, il ne vous reste qu'à payer une « seconde fois la part que vous avez achetée de mon- « sieur votre frère. En attendant que vous vous déci- « diez sur le parti qu'il vous conviendra de prendre, « je vais à l'instant même arrêter chez le conserva- « teur le cours des autres inscriptions qui pourraient « encore survenir ! »

Si les imprudents qui ont eu le malheur d'interpréter les sentiments de Pierre Buquet par leurs sentiments personnels pour décider qu'en traitant avec son frère de ses droits successifs, il avait fait une spéculation aléatoire transcriptible au lieu d'un acheminement au partage qui ne l'était pas...., avaient pu comprendre ce que c'est que le déchirement du cœur d'un homme de bien exposé tout-à-coup par une prévention aveugle que rien ne saurait justifier, à une brouille

presque inévitable au sein de sa famille...., ils auraient reculé devant la pensée qu'en passant dans l'art. 883 du Code Napoléon, la formule si chèrement conquise de Dumoulin, de Brodeau et de Pothier, y avait pris une signification tout autre que celle qu'elle avait autrefois dans l'esprit de ses fondateurs !...

Depuis, on a su par les habitants du canton que Pierre Buquet avait mieux aimé payer deux fois que de délaisser l'héritage paternel, que la brouille avait éclaté dans sa famille, que sa nature auparavant confiante et même expansive était devenue tout-à-coup morose, opiniâtre et inabordable ; que dans un procès que lui avait suscité l'envie, il avait été jusqu'à vouloir pour la beauté du fait avoir perdu sa cause !... Mais que la religion aidant, il avait fini par se replier sur lui-même, par pardonner aux ingrats qui lui avaient déchiré le cœur et par oublier le passé ; que toutefois, on l'avait souvent entendu répéter à ceux qui s'étaient rapprochés de lui, pour tirer profit de son expérience des hommes : « *Ne blessez jamais le sentiment de la justice, encore moins celui de la famille !* »

274. — *Conclusion.* — Et pourtant ! il y avait eu bien peu de chose dans cette existence si agitée. Un acte de prudence de la part d'une femme, un désir immodéré de sortir d'indivision de la part d'un jeune étourdi, et un acte de bonne amitié de la part d'un frère aîné.... ; mais il n'y avait jamais eu, quoiqu'en

aient pu penser ceux qui ont troublé sa vie, *un acte d'avidité* sujet à transcription, à purge, à surenchère ou à folle enchère. Il n'y a que les actes de cupidité du tapis-franc qui demandent à être purgés de leurs vices rédhibitoires par les remèdes violents de la surenchère ou de la folle-enchère. Or celui de Pierre Buquet ne ressemblait en aucune façon à une entreprise folle et téméraire de la nature de celles qui se rencontrent dans l'arène de ruses qu'on appelle *le monde*. Ce n'était pas, sans doute, un partage entièrement consommé suivant la formule classique de Guyot ; mais c'était un bon acte qui avait eu pour *objet*, sinon pour *effet* de faire cesser l'indivision entre co-héritiers (art. 888) : ce qui suffisait d'après l'opinion à peu près unanime de nos anciens maîtres, pour qu'il fût rangé dans la catégorie des évènements juridiques divisoires, suivant les art. 724, 883, 887 et 889 du Code Napoléon dont les textes et la pensée morale sont dus aux sages traditions du passé, et suivant la règle : *Dieu seul fait les héritiers* (art. 724, 883) !

Allons maintenant à une autre hypothèse.

275. — *Neuvième espèce.* — Si bien que Anne Buquet n'ayant pas accédé au désir de Paul, a refusé de signer la cession de ses droits successifs. Mais que serait-il arrivé si elle y avait consenti ?

On dit que dans cette hypothèse, il y a unanimité touchante parmi nos amis les ennemis, pour décider

que l'art. 883 devrait recevoir son application (1) : l'indivision ayant alors cessé entre tous et la loi n'ayant, nulle part, interdit à trois héritiers de se mettre *deux* contre *un* (2).

Dans notre camp, on soutient que c'est un acte de lâcheté, et que, comme le veulent aussi nos adversaires, le partage ou la séparation des patrimoines en résulte de plein droit, tout aussi complètement que si la cession dont il s'agit renfermait un partage en nature. Mais si nous sommes d'accord dans cette hypothèse, nos contradicteurs devraient au moins nous dire pourquoi ils ne suivent pas la même théorie dans le cas où l'indivision n'a cessé qu'en partie. Or c'est ce qu'ils se gardent bien de faire ! Il faudra pourtant un jour, qu'ils nous expliquent cette lacune incompréhensible dans leur système.

Quoi ! *Anne signe au contrat la cession de ses droits successifs*, et tous les créanciers de Paul prendront la fuite comme une bande d'étourneaux au premier coup de trompette du légitime héritier des art. 724 et 883 !... *Elle ne signe pas ?*... Et voilà, suivant nos adversaires, que Pierre Buquet aura nécessairement fait un acte *d'avidité transcriptible et surenchérissable* qui permettra aux vautours de son frère de venir jeter le

(1) Voy. les arrêts cités *infrà*, n° 286.

(2) Voy. à cet égard, Paris, 24 avril 1837. *Palais*, tom. I, 1837, pag. 526.

trouble au sein de sa famille ! Cela est-il raisonnable ?

Il semble pourtant que pour décider que les actes d'acheminement au partage définitif échappent à la règle posée dans cet article, il faudrait au moins que la Cour nous dise en quoi et pourquoi Anne Buquet aurait pu avoir le pouvoir surnaturel d'altérer, en refusant son concours, ou de modifier en le donnant, la générosité du cœur de Pierre au point de lui faire faire une spéculation aléatoire *dans un cas*, et un partage dans *l'autre !*... C'est ce qu'on s'est bien gardé de nous apprendre et pour cause !... Les arrêts invoqués contre notre opinion, ne reposent que sur des pointes d'aiguilles, des équivoques et de misérables arguments subtils de textes, parce qu'on n'en avait pas d'autres à produire en faveur d'un système impossible ! Comment n'a-t-on pas vu qu'il s'agissait ici d'une question capitale pour la bonne harmonie du foyer domestique ? Rien n'est plus vrai pourtant ! Aussi ne concevrait-on pas qu'elle eût pu même jamais se poser devant des magistrats intègres défenseurs-nés des institutions de la famille, si les jurisconsultes contemporains, au lieu de s'égarer aux petites maisons, avec leur fiction mystérieuse de l'art. 883, avaient un instant appliqué leur intelligence à étudier la nature complètement dissemblable des sentiments de l'un et l'autre frère ! Mais la presque généralité de nos interprètes, y compris même M. Demante, malgré la délicatesse habituelle de son

analyse, n'y ont pas songé : de sorte que, pour un intérêt d'écus le plus souvent mystifié, comme nous le démontrerons dans un instant, on est arrivé à faire dire à la justice dans une foule d'arrêts, qu'une *bonne action* pouvait avoir en France pour conséquence juridique le déchirement du cœur et même la ruine de celui qui a eu le bonheur d'en être l'instrument !... Puissent les prétendus réformateurs du droit national ne pas expier un jour tout le mal qu'ils ont fait aux institutions de la famille (1) !...

276. — *Dixième espèce. — Partage définitif entre Pierre et sa sœur.*

Après la cession consentie par Paul, son frère et sa sœur, restés seuls indivisaires, ont procédé amiablement au partage définitif de la succession. Pierre y a obtenu une ferme représentant les deux tiers de la masse partageable, et Anne a été lotie pour la remplir de ses droits, avec le reste des biens.

Dans notre théorie, les choses se passent pour le mieux. Aucune éviction et par conséquent aucune action récursoire n'est à craindre. Ces causes de discorde que nos pères sont parvenus à éteindre si heureusement, en *dénaturant* le partage romain et en le remplaçant par un acte simplement déclaratif et rétroactivement dirimant de la propriété, disparaissent du

(1) Voy. M. BERTAULD, *Revue critique*, tom. XXIV, pag. 391.

foyer domestique, puisque nous faisons, sans hésiter, l'application de l'art. 883 non-seulement à la convention de partage proprement dite, mais encore à tous les accessoires qui la préparent. L'indivision se trouvant, dans l'espèce que nous examinons, avoir cessé entre tous par les effets réunis de la cession que Paul a faite à son frère, et par le partage intervenu ensuite entre ce dernier et sa sœur, ceux des enfants qui sont restés en communauté n'ont rien à démêler avec les créanciers hypothécaires du cédant. Ils n'auraient même pas été recevables à s'opposer ou à intervenir dans la dernière opération, puisque, par cela seul qu'il n'est plus indivisaire, leur débiteur est considéré par les art. 883, 888 et 889 comme n'ayant jamais été saisi de rien. S'ils apparaissent quelquefois, c'est uniquement pour se distribuer au marc-le-franc, entre eux, ce que le cessionnaire pourrait encore redevoir à son frère, par suite de la licitation partielle consommée au moyen de la cession des droits successifs.

Comme il est facile de le voir, tout est organisé ici de manière à faire, autant que possible, mentir le proverbe : *Rara concordia fratrum*. Les créanciers de Paul n'ont aucune plainte sérieuse à élever contre le législateur. Ils ont à s'imputer d'avoir accepté en gage des biens indivis. S'ils éprouvent plus tard des mécomptes, ils ne peuvent raisonnablement s'en prendre qu'à eux-mêmes, dès qu'ils ont été avertis que

leurs droits d'hypothèques seraient subordonnés aux éventualités du partage et de tous les actes qui en tiennent lieu (Cod. Nap., art. 883, 887, 888, 2125). *Comme on fait son lit, on se couche*. S'ils avaient profité du bénéfice d'intervention ou d'opposition que l'art. 882 leur accorde, la cession de Paul aurait été impossible en leur absence (1) et rien n'aurait mis obstacle à l'exercice de leurs droits sur le lot en nature qui lui serait échu dans le partage définitif. Mais comme ils ont gardé le silence, alors qu'il était de leur intérêt d'user des dispositions de l'art. 882, il serait contraire aux notions les plus élémentaires de la justice de faire retomber les suites de leur négligence sur un cessionnaire innocent qui aurait traité de bonne foi, en l'absence d'oppositions, avec un frère dont il ne lui était pas permis de suspecter la délicatesse. Je ne sais si je m'abuse, mais il me semble que la théorie de la loi est admirablement conçue et qu'elle satisfait complètement la raison. Jamais nos maîtres en législation eux-mêmes n'ont fait mieux que ce que nous avons en matière de partage. Comment donc est-il arrivé que des considérations secondaires de crédit aient tenté de paralyser les heureux résultats qui devaient en découler, et que *l'auri sacra fames* soit même parvenue à détrôner sous plusieurs rapports

(1) Cass., 11 juin 1846. DEVILL., 1846, I-444 et suiv.

importants, le principe si nécessaire de l'art. 883 du Code Napoléon ? C'est ce que l'histoire apprendra un jour à ceux qui sont appelés à nous succéder dans la carrière.

Quant à nous, toutes ces déviations de la ligne droite ne nous touchent que peu, parce que nous pensons que les réactions et les révolutions dans les institutions de la famille, ne sont que des tempêtes intermittentes et que les règles : *Dieu seul fait les héritiers; le mort saisit le vif; le partage avec tout ce qui s'y rattache est déclaratif de propriété*, sont encore loin, malgré le nombre prodigieux des arrêts et des auteurs qui se sont acharnés et qui s'acharnent journellement contre elles, d'avoir dit leur dernier mot en France. Les bonnes institutions qui prennent leur base dans le caractère national d'un peuple ne sauraient périr, parce qu'elles seraient méconnues dans des époques transitoires : or, celle qui nous occupe en ce moment, est l'une des plus précieuses et des plus nécessaires à la vitalité du pays : ce qui lui assure la victoire dans l'avenir contre ces légions de mirmidons qui prétendent ramener notre civilisation au droit du Bas-Empire !... Reposons-nous donc avec confiance dans les desseins de la Providence, quelque impénétrables qu'ils puissent être pour notre faible intelligence, et soyons bien convaincus que la cupidité apprendra un jour à ses dépens ce qu'elle aura gagné à corrompre

dans l'application les sages traditions de la constitution interne de la famille française !

277. — *Suite.* — Allons maintenant au camp des ennemis du foyer domestique. A la place de la paix et de la bonne harmonie qui devraient toujours y régner, nous n'y voyons que guerres et discordes : le plus souvent sans profit réel pour ceux que la jurisprudence actuelle veut protéger à tout prix. Les créanciers de Paul qui se sont inscrits avant la transcription de la cession qu'il a faite et qu'on assimile témérairement à une vente, conservent d'après les arrêts, les hypothèques qu'ils ont acquises sur sa part originairement indivise. On leur reconnaît le droit de s'adresser à Pierre par l'action réelle, comme à un tiers détenteur ordinaire pour le contraindre à délaisser, s'il n'aime mieux payer une seconde fois, les immeubles qui ont augmenté son lot par suite de l'opération intervenue entre son frère et lui. S'il consent à s'incliner devant la sommation de l'art. 2169, tout ira pour le mieux des créanciers de son frère, qui se soucient fort peu de la brouille que l'exercice de leur action hypothécaire aura provoquée dans la famille. Mais il arrive parfois qu'on ne s'incline pas facilement devant une iniquité révoltante, et qu'on résiste à la jurisprudence de la Cour de cassation elle-même. La légion innombrable des arrêts qu'elle s'est trouvée dans la nécessité de rendre pour arriver à son but, prouve bien que sa po-

litique en cette matière, fait violence aux mœurs du pays, quand elle force à payer deux fois sans motif légitime.

Un jour donc qu'il n'avait pas consulté son avoué, Pierre Buquet s'est permis, l'imprudent!... de mettre à la porte de sa ferme l'huissier qu'un créancier hypothécaire de Paul lui avait depêché pour le sommer poliment de délaisser l'héritage paternel. L'officier ministériel très-blessé de cette manière d'entendre la civilité, a résolu d'en tirer vengeance. En conséquence, il a commencé par signifier un commandement au débiteur originaire (art. 2169). Il est inutile de dire que Paul a répondu suivant son habitude : « *désolé....*, « *infiniment désolé....*, *à l'impossible nul n'est tenu* « (Cod. Nap., art. 1302); *vous savez aussi bien que moi* « *que bourse vide est, dit-on, le.....* » *Certes rien n'est plus véritable*, a interrompu l'huissier qui, pour avoir fait quelques promenades à Saint-Cloud et à Versailles, n'était pas sans se faire une idée de ce que devait coûter un voyage en Italie. Bref, il s'est retiré dans son étude pour y méditer à loisir pendant le temps d'inaction que la loi lui impose (art. 2169) une attaque en règle contre *le solide,* c'est-à-dire contre la ferme de Pierre Buquet.

278. — *Suite.* — Le grand jour arrivé, il se dispose à se mettre en campagne avec son exploit tout préparé, mais au moment de partir il est arrêté par un scrupule.

Pour le lever, il se rend chez son ancien patron, qui est précisément l'avoué de son client, et il lui pose la question suivante : « Dois-je saisir en vertu de l'ar-« ticle 2169 du Code Napoléon tous les immenbles qui « dépendent de la succession Buquet, ou bien seule-« ment ceux qui composent le lot de l'aîné des enfants? « Je suis disposé à *tout* saisir, car notre hypothèque « me semble grever utilement toutes et chacune des « molécules des biens héréditaires, suivant la règle du « *totum in toto* et du *totum in quâlibet parte*. Je viens « vous demander ce que je dois faire? » Ici l'avoué de gourmander la précipitation de son ancien clerc, et de l'arrêter court en lui disant : « Je vous défends expres-« sément de saisir le lot de Anne Buquet, qui le tient « directement de son père (art. 883). Quant au lot de « son frère aîné, c'est différent, il est atteint par notre « hypothèque, la jurisprudence est constante à cet « égard (1). Toutefois je me demande s'il y est soumis « en totalité ou seulement en partie. Voici les raisons « qui me portent à penser qu'il n'y est pas affecté pour « le tout. Pierre a payé le prix de sa cession à son frère, « il n'est pas personnellement obligé à la dette hypo-

(1) Comment peut-il se faire que Anne tienne son lot de son père et que Pierre Buquet ne tienne une partie du sien que de son frère? Est-ce qu'il n'est pas déraisonnable de dire que le lot entier de Pierre sera affranchi de toutes les hypothèques consenties par sa sœur et qu'il sera tenu de celles constituées par son frère? C'est une singulière égalité que celle de nos adversaires!

« thécaire. Notre débiteur n'a pu hypothéquer que sa « part indivise dans la succession, et comme nous agis- « sons au cas particulier par l'action *in rem* persécu- « toire seulement de la chose engagée, nous ne pou- « vons saisir que ce sur quoi nous avons hypothèque, « c'est-à-dire uniquement les biens que nous pourrions « revendiquer du chef de notre débiteur. Or, comme « ce sur quoi nous avons hypothèque est confondu « avec ce sur quoi nous n'en avons pas, je serais très- « disposé à croire que notre saisie porterait à faux si « nous la pratiquions sur ce qui, dans le lot du déten- « teur, représente sa part héréditaire. Toutefois, nous « ne sommes pas désarmés pour cela, car si l'art. 2205 « interdit l'expropriation d'un immeuble indivis tant « que le partage n'a pas déterminé la part revenant en « nature au débiteur du saisissant, il nous permet de « provoquer le partage du lot de Pierre Buquet, afin « que nous sachions au juste sur quoi portera notre « hypothèque. Cette opération préliminaire terminée, « rien ne nous empêchera plus de saisir le lot qui serait « échu à Paul sans la cession et sur lequel nous avons, « d'après la jurisprudence, hypothèque valable à n'en « pas douter? »

279. — *Suite.* — Ici, l'huissier qui entrevoit un ajournement indéfini à sa vengeance, de se récrier qu'il ne partage nullement cette manière de voir..., parce que l'action *familiæ erciscundæ* ne se donne

qu'une seule fois et qu'au cas dont il s'agit il y a eu partage entre Pierre Buquet et sa sœur. ., qu'il faut donc, sans hésiter, saisir le lot entier de Pierre..; qu'après l'adjudication, le prix des biens vendus se séparera de plein droit en deux portions égales suivant l'article 1220. .; que l'une de ces portions sera distraite de la masse à distribuer au profit du saisi, en qualité d'héritier pour un tiers de son père, et que l'autre reviendra naturellement au saisissant du chef de son débiteur; qu'en un mot, il faut considérer Pierre Buquet comme ayant *lui-même constitué l'hypothèque* sur la totalité de son lot, par analogie de ce qui se pratique dans les partages avec soultes, lesquelles grèvent incontestablement les *lots entiers* qui en sont chargés, et non pas seulement ceux des immeubles de chaque lot qui en ont été la cause originaire (1).

280. — « Sans doute.., sans doute.., réplique « l'avoué, je désirerais autant que vous pour notre « client qu'il en fût ainsi. Mais si la soulte de partage « grève d'un privilège le lot entier de celui qui la doit, « c'est parce qu'il en est tenu *personnellement* à raison « de l'excédant de part héréditaire qu'il se trouve, en « ce cas, avoir recueilli dans la succession, et ici, j'ai « peine à penser qu'il puisse en être de même à l'égard

(1) Voy. DUMOULIN, sur l'art. 108 *de la coutume de Tours*, et LEBRUN, *Success.*, liv. IV, chap. I, n^os^ 36 et suiv.

« de Pierre Buquet, que nous devons à tout prix, ce « que vous paraissez ne pas comprendre en parlant de « soulte de partage, faire passer aux yeux de nos juges « pour un acheteur étranger et non pas pour un co- « partageant, puisque si nous avions le malheur de le « considérer comme tel, notre hypothèque s'évanoui- « rait à l'instant même au contact de l'art. 883, et alors « qu'arriverait-il? C'est que, vous qui vous obstinez à « vouloir tout saisir, vous finiriez par ne pouvoir rien « saisir du tout. Je vous engage donc à y réfléchir à « deux fois et à oublier pour quelque temps la récep- « tion qu'on vous a faite à la ferme. »

281. — « Non pas, s'il vous plaît, se récrie encore « l'huissier, ce que vous voulez est absolument impos- « sible. Est-ce que vous seriez assez osé pour provo- « quer le partage du lot de Pierre du chef de Paul, *qui* « *n'est plus son créancier* (art. 1166-2205), et qui a cessé « d'être dans l'indivision par suite de la cession qu'il a « faite à son frère? Songez donc qu'il a perdu sa qualité « de co-partageant et qu'on ne peut partager avec un « communiste que quand on est encore en commu- « nauté avec lui. C'est pour le coup que l'on rirait de « notre procédure si l'on nous voyait demander un « partage du chef de Paul-Pierre Buquet comme ces- « sionnaire de son frère contre le même Pierre Buquet « comme héritier de son père. Je n'ai pas encore oublié « la condamnation personnelle aux dépens que la Cour

« a eu l'indélicatesse de prononcer contre nous, parce « que, suivant un usage pourtant bien respectable, « nous nous étions signifié des écritures à nous-mêmes « à raison d'une double qualité qu'avait l'un de nos « clients? Vous voyez donc, sans tant chercher, que « votre avis ne saurait soutenir un examen sérieux. « Aussi, malgré vos scrupules, je cours de ce pas saisir « le lot *entier* de Pierre Buquet; vous aviserez ensuite « à faire des écailles ce que bon vous semblera, ce sera « votre affaire et non pas la mienne! »

Et sur ce, l'officier ministériel s'empresse d'aller dénoncer à Pierre Buquet la saisie-réelle de tous les immeubles que ce dernier a recueillis de la succession de son père.

282. — Le villageois forme opposition aux poursuites, et il vient dire au tribunal qu'après la mort de son auteur, la succession indivise avec son frère et sa sœur a été partagée entre tous les co-héritiers : 1° par un acte intervenu entre son frère et lui, par lequel son co-partageant a consenti à se retirer de l'indivision moyennant une soulte de 120,000 francs, qui lui a été payée comptant; 2° et par un partage qu'il a fait en dernier lieu avec sa sœur et dans lequel tous les communistes ont été représentés, puisqu'il y a agi tant en son nom personnel, comme héritier de son père, que comme *procurator in rem suam* de son frère. . , que par conséquent la communauté ayant été dissoute entre tous

c'est le cas d'appliquer à la cause les art. 724, 883, 888 et 889 du Code Napoléon suivant lesquels il a été saisi, sans aucune fiction, du lot qui lui a été attribué par le défunt ou plutôt par le législateur lui-même ; que par conséquent encore c'est le cas de déclarer *nulles* et *vexatoires* les poursuites dirigées contre lui à tort par le saisissant qui n'est créancier que de son frère et dont l'hypothèque ne saurait grever à aucun titre des immeubles qui, par l'évènement du partage, n'ont jamais été dans le domaine de son débiteur (art. 883).

283. — Les juges de première instance qui savent par expérience quelles sont les conséquences de la jurisprudence de la Cour régulatrice aux prises avec les faits qui se passent journellement sous leurs yeux, à l'occasion des actes qui servent de préliminaires ou d'acheminements au partage, se hâtent d'annuler l'hypothèque et les poursuites du saisissant, de peur que la guerre n'éclate dans la famille, et cela, par une juste interprétation des art. 724, 883, 888, 889 et 887 du Code Napoléon. De cette manière, ils coupent court à tous les embarras inextricables et à toutes les discordes qu'engendre nécessairement le système contraire.

284. — Mais ce n'est pas pour rien que les Romains ont dit : *Sæpius appellatio in pejus reformet*, et devant la Cour d'appel le jugement est brisé, autant par la peur qu'inspire le coup d'œil foudroyant de M. Trop-

long, que par le motif réfuté ci-dessus, à savoir, ce qui n'est vrai sous aucun rapport : que la cession consentie par Paul à son frère est une *spéculation aléatoire* et non pas *un partage ou un acheminement au partage*, protégé contre l'action hypothécaire par l'art. 883. En conséquence, les poursuites sont abandonnées à parfaire, de sorte que le pauvre villageois battu..., et pourtant content de lui-même au fond, parce qu'il a fait une bonne action qu'on a prise pour un acte *de cupidité*, finit par être exproprié de l'héritage paternel. Toutefois, comme l'expropriation d'un tiers détenteur n'équivaut qu'à un délaissement par hypothèque, on lui fait la grâce de l'admettre au partage du prix de ses propres biens, et de cette manière il perd la moitié de son lot sauf son recours contre ce qui peut rester du voyage d'Italie. Comme il est trop délicat pour demander à sa sœur la répartition proportionnelle de l'insolvabilité de son frère (art. 885), et comme d'ailleurs il ne veut pas s'exposer à ce qu'on lui réponde qu'il a souffert l'éviction par sa faute (art. 884), ce qui serait pour lui un déchirement de cœur encore plus poignant que le premier, il se résigne à étudier l'humilité comme de toutes les vertus la plus nécessaire à l'époque où nous vivons, prouvant une fois de plus par son exemple le danger qu'il y a pour des magistrats de se laisser entraîner par des préventions aveugles de cupidité!...

285. — *Onzième espèce.* — Que serait-il arrivé si l'opinion mitoyenne de l'avoué du créancier hypothécaire avait été suivie et si, malgré la bizarrerie d'une telle situation, Pierre Buquet avait été considéré comme se trouvant encore dans l'indivision avec lui-même, en sa double qualité de cessionnaire de Paul et d'héritier pour un tiers de son père?

Nous ne connaissons pas d'arrêts qui aient encore tenté ce côté de la question. Mais il est facile de voir, d'après l'ensemble de leur système, ce que décideraient nos adversaires. Dans le cas où le partage du lot de Pierre pourrait s'effectuer en nature, le créancier hypothécaire de Paul exercerait ses droits sur le lot qui serait censé avoir été attribué à son débiteur, et Pierre conserverait le second *en nature*, ce qui serait certainement moins injuste que de l'exproprier des biens que lui a transmis son père et pour lesquels il peut avoir un intérêt d'affection.

Mais dans le cas où les immeubles reconnus impartageables en deux lots, auraient été licités, il se serait élevé entre le créancier de Paul et Pierre Buquet le plus curieux conflit, si ce dernier s'était rendu adjudicataire *du tout* aux feux de la licitation, car le créancier n'aurait pas manqué de prétendre que Pierre Buquet n'avait rien hérité de son père, la part acquise par lui dans la licitation ayant dû accéder à sa qualité de cessionnaire de Paul plutôt qu'à sa qualité d'héritier

du défunt, tandis que Pierre, de son côté, aurait soutenu avec raison que l'adjudication prononcée *à* son profit avait dû le faire considérer comme tenant *tous* les biens licités directement de l'auteur commun, suivant l'art. 883, et que par conséquent l'hypothèque de son adversaire avait disparu pour toujours !...

Il est inutile de remarquer que tous ces *imbroglios* ne sauraient jamais se présenter dans notre théorie, puisque nous n'accordons d'hypothèques valables aux créanciers des héritiers que sur les immeubles qui peuvent leur échoir dans les partages auxquels ils concourent en qualité de *co-propriétaires indivis*, et sur ceux qui, par suite d'une licitation, sont adjugés à des étrangers : l'art. 883 cessant d'être applicable dans cette dernière hypothèse, malgré l'esprit contraire de cet article.

286. — *Douzième espèce.* — Jusqu'à présent nous avons supposé Pierre Buquet *cultivateur*, supposons-le maintenant *commerçant*, tombé lui-même en faillite après la cessïon que Paul lui a faite de ses droits successifs; sa femme qui n'a d'hypothèque légale que sur les propres de son mari (Cod. de commerce, art. 563), pourra-t-elle exercer ses droits hypothécaires à l'exclusion des créanciers de Paul, sur les immeubles échus à Pierre dans le partage définitif intervenu plus tard entre le syndic et la sœur du failli ?...

Dans notre système, cela n'est pas douteux, sauf,

bien entendu, la récompense qui pourrait être due à la communauté pour ce qu'elle aurait payé à Paul, à l'occasion de sa cession, puisque suivant nous, Pierre possède rétroactivement, par l'effet du partage fait par le syndic, son lot entier *ex jure hæreditario*, et non pas d'après nos contradicteurs *partim ex jure hæreditario* et *partim pro emptore*. Les immeubles qui lui sont advenus en définitive, constituent *des propres pour le tout*, et non pas *des propres pour partie*, et *des conquêts pour l'autre*. C'est ce qui résulte forcément des termes et de l'esprit de l'art. 1408 du Code Napoléon, qui n'est que l'un des corollaires du principe général écrit dans les art. 724 et 883, puisque cet art. 1408 (ou *autrement dit* la loi), s'applique non seulement aux licitations judiciaires, mais encore aux licitations et aux ventes amiables, avec ou sans enchères, à plus forte raison aux partages en nature.

Dans le système contraire, la femme de Pierre *est privée* de son hypothèque légale sur la portion du lot du failli que l'on s'obstine, contre toute raison, à lui faire posséder *pro emptore*, tandis qu'il le tient directement du défunt *ex jure hæreditario* pour le tout (art. 724, 883 et 1408).

Toutefois, nous devons noter ici que la jurisprudence paraît vouloir, au cas particulier, revenir à la vérité, en décidant, par dérogation aux conséquences de son système sur l'art. 883 et particulièrement sur les ces-

sions de droits successifs qui ne font que restreindre l'indivision sans la faire cesser pour le tout, que les immeubles adjugés au mari, dans l'hypothèse de l'art. 1408, à la suite d'une licitation entre co-héritiers *sont propres pour le tout* comme dans notre théorie. Nous ne voyons aucune raison de décider autrement au cas de partage *en nature* (art. 883).

Il suit de là invinciblement que la cession de Paul n'a pu être qu'*un acheminement au partage* et non pas *une vente*, puisqu'on ne saurait juger comme constituant *un partage* l'effet définitif *des deux actes* intervenus entre les co-héritiers, sans juger par cela même que l'effet du premier (c'est-à-dire de la cession qui a restreint l'indivision, sans la faire cesser complètement) constitue également *un partage* et non pas une spéculation de vente et d'achat, vu que d'après la Cour de cassation elle-même, les biens provenant de l'auteur commun, sont rétroactivement redevenus *des propres* du mari pour le tout; d'où il résulte que ce dernier n'en est propriétaire que comme les tenant directement du défunt et non pas de son frère qui, par l'évènement du partage définitif en nature ou de la licitation qui en tient lieu, se trouve n'avoir jamais été saisi de rien dans les immeubles licités ou partagés (art. 724, 883, 1408).

On voit par là pour quoi il est impossible de décider avec MM. Rodière et Pont et les quelques arrêts qui

sont conformes à leur opinion, que l'art. 1408 ne doit s'appliquer qu'aux actes qui font cesser l'indivision entre *tous* les communistes. Est-ce qu'un immeuble ne peut pas être un propre pour *une portion* indivise aussi bien que pour le total ? Evidemment. Aussi l'histoire, les textes et l'esprit de l'évènement juridique appelé *retrait d'indivision*, sont-ils bien trop décisifs, en faveur de notre système, pour que celui de ces honorables jurisconsultes puisse, un seul instant, soutenir un examen sérieux. On n'a pas vu que l'art. 1408 du Code Napoléon n'est, malgré tous les efforts qu'on fait pour le dernier dans la théorie imaginairement restrictive de la Cour sur l'art. 883, qu'une application logique et nécessaire de ce dernier article à un cas particulier (1).

287. — Ce que nous venons de dire prouve sans réplique, que le système que nous combattons doit

(1) Voy. dans notre sens, Rouen, 19 mars 1849. Cass., 30 janvier 1850. DEVILL., 1850, I-279, et surtout MARCADÉ, 5e édit. 1859, tom. V, art. 1408-I, M. DEMOLOMBE dont nous sommes loin de partager toutes les idées sur l'art. 883, en convient lui-même, au cas de licitation. Seulement il fait une distinction inadmissible au cas de partage en nature : ce qui doit être rejeté comme contraire à la loi, car si l'adjudication sur licitation fait *un propre* pour le tout, au profit de l'héritier acheteur, à plus forte raison en doit-il être de même dans l'hypothèse d'un *partage en nature* même intervenu après une cession partielle de droits successifs (art. 883). Voy. son *Traité des Success.*, tom. V, n° 288.

Voy. *contrà*, mais à tort, RODIÈRE et PONT, *du Contrat de mariage*, tom. I, n° 485. Paris, 3 décembre 1836. DEVILL., 1837, II-92, Douai, 13 janvier 1852. DEVILL., 1853, II-47. *Revue critique*, tom. I, pag. 203, tom. II, pag. 513. DEMANTE, tom. III, n° 225 *bis*, III, et aussi Cass., 13 août 1838 ; par argument, *Palais*, 1838, II-350.

être rejeté. Il se condamne lui-même dès qu'il admet que la licitation définitive ou ce qui en tient lieu, *putà* la cession de droits successifs que Anne Buquet aurait consentie à son frère aîné, après la première cession faite par Paul sont régies par les art. 724 et 883, et qu'elles opèrent *ex tunc* la résolution des hypothèques qui se sont révélées du chef de ce dernier. Dès qu'on nous fait cette concession qu'il est impossible de ne pas faire en présence des articles précités et de l'art. 1408, on avoue par cela même, tout en niant l'aveu, qu'il doit en être de même et *à fortiori* au cas de partage *en nature*.

Il n'est pas possible de comprendre comment l'article 883 redeviendrait applicable, malgré la première cession que l'on aurait considérée d'abord comme une vente, à la licitation ou à la cession postérieure qui mettrait définitivement fin à la communauté restreinte et comment il ne serait pas en même temps applicable à un partage en nature entre les indivisaires restés en commun. Une telle théorie supposerait que les effets d'un partage en nature ne sont pas les mêmes que ceux d'une licitation, quand cependant la loi met ces deux évènements sur la même ligne, et qu'elle leur fait produire les mêmes résultats (art. 883.)

Il est donc démontré que le système qu'on nous oppose fait des promesses qu'il ne saurait tenir et qu'il n'aboutit à la fin qu'au ridicule.

Quid dignum tanto feret hic promissor hiatu ?
Parturient montes, nascetur ridiculus mus (1).

Voilà la qualification qui lui convient. Comment concevoir un instrument de crédit qui consisterait à conserver en dépit des textes et de leur histoire des hypothèques qu'une licitation ou une cession de droits successifs postérieure aurait la vertu de faire disparaître au moment où l'on s'y attendrait le moins? Puissent les jurisconsultes que nous venons de combattre finir par comprendre que la bonne harmonie du foyer domestique vaut encore mieux pour la paix et pour la prospérité de l'Etat que toutes ces rêveries socialistes qui ne donnent lieu qu'à des agiotages, qui dévorent l'avenir au profit du présent sans s'inquiéter des embarras inextricables qu'elles réservent à la génération future, qui ne sont propres qu'à surexciter la cupidité qu'il faudrait au contraire refréner le plus possible, qui prétendent prélever sur la terre des impôts plus considérables que ce qu'elle peut produire, et qui, par l'appât d'amortissements imaginaires ainsi que par les facilités qu'elles procurent aux emprunts ne sont bonnes qu'à ruiner un jour la propriété foncière, tout en lui faisant croire qu'elles ne veulent que l'enrichir par le développement de l'agriculture !...; comme si un cultivateur qui emprunte 15,000 francs sur un bien

(1) Horace, *Art poétique*.

de 30,000, n'était pas par ce seul fait ruiné à l'avance! Puissent tous ces comptoirs de banque ne pas engloutir un jour et prêteurs et emprunteurs dans un commun naufrage !... N'est-il pas évident qu'un système qui ne peut se trouver en face d'une cession de droits successifs sans jeter le trouble dans la famille, est par cela seul condamné comme absolument impossible ?...

288. — Il est inutile que nous poussions plus loin l'examen des espèces particulières. Il suffit pour comprendre le sens et la portée des art. 724, 883, 888, 889 et 887, de les rapprocher du droit de nos pères qui les appliquaient avec raison, non seulement aux partages proprement dits, mais encore à tous les actes qui s'y rattachent à titre de préliminaires ou d'acheminements accessoires, et de remarquer que leur théorie a été reproduite, suivant le témoignage du législateur lui-même, à la séance du Conseil d'Etat du 23 nivôse an XI (1).

Cela dit sur *les actes* qui sont compris dans l'article 883, nous passons aux *choses* qui sont ou ne sont pas soumises à son empire.

289. — C. — *Des choses qui ne sont pas régies par la règle du partage déclaratif.*

Tous les biens qui sont *indivis* entre les co-héritiers,

(1) *Suprà*, n° 236.

rentrent dans les termes de l'art. 883. Il n'y a que les choses qui, par leur nature, ne sont pas susceptibles d'être partagées comme *indivises*, qui n'y rentrent pas, c'est-à-dire les valeurs actives et passives qui sont tellement divisibles par nature qu'elles se trouvent partagées par cela seul qu'elles existent soit au profit soit à la charge de plusieurs, c'est-à-dire les *créances et les dettes divisibles* (Cod. Nap. art. 1220).

L'art. 883 ne peut s'entendre que *secundùm subjectam materiam*, comme toutes les autres dispositions législatives. Or, il serait contraire à la raison d'appliquer les effets du partage à des choses qui n'en seraient pas susceptibles, puisqu'en le faisant on ne pourrait jamais obtenir *qu'un effet sans cause*. Si donc il s'agit des choses (les créances et les dettes) que la loi elle-même a divisées *de plano* au moment du décès, sans se préoccuper de la volonté des parties, il ne saurait y avoir lieu de les comprendre au partage comme *choses indivises* : ce qui ne signifie pas qu'elles ne peuvent jamais y figurer à un autre titre (Cod. Nap., art. 832). Mais dans cette dernière hypothèse, la règle de la rétroactivité cessera d'être possible *ratione materiæ*. Il est évident qu'on ne saurait partager que ce qui vient à partager et non pas ce qui a déjà été partagé. L'action *familiæ erciscundæ ne se donne qu'une fois*, et si la loi a cru devoir y procéder elle-même, en ce qui touche les créances et les dettes, c'est qu'elle

n'a pas voulu, au moins respectivement aux intérêts qu'elle a entendu protéger, que les co-héritiers s'immiçassent dans un partage qu'elle s'est réservé le droit de faire *seule*.

Il résulte de là que ces expressions de l'art. 883 : *à tous les effets compris dans son lot*, ne se réfèrent et n'ont pu, dans l'esprit de leur créateur, se référer qu'aux effets héréditaires qui font partie de la masse partageable en qualité de choses indivises et non pas aux autres effets qui pourraient y être compris à un autre titre, par exemple à titre de propriété privative ou particulière transportée d'une personne à une autre.

Nous avons précédemment (1) exposé les bases du principe de la division des créances et des dettes que l'art. 1220 met sur la même ligne sans y faire la distinction que la Cour suprême a tenté d'y introduire. Nous n'avons pas à y revenir, mais nous avons ici à procéder à son application, en ne perdant pas de vue que le législateur ayant, conformément aux anciennes traditions, divisé *de plano* sans le fait de l'homme, les créances et les dettes susceptibles de division, nous devons tenir pour constant que d'une créance ou d'une dette unique dans l'origine, il se forme *ipso jure* au moment de l'ouverture de la succession, autant de

(1) *Suprà*, tom. III, nos 232 et suiv.

créances et de dettes distinctes qu'il y a d'héritiers : d'où il suit que si les co-héritiers, en procédant plus tard au partage, jugent à propos de les y comprendre *utilitatis vel*, *facilitatis causâ*, ce ne pourra être qu'à titre de cession et non pas à titre de consolidation, de cantonnement ou de détermination de portions désignées au profit de tels ou tels d'entre eux, dans les choses héréditaires *communes* qu'ils tiennent, dans ce dernier cas, directement du défunt comme s'ils étaient, chacun de leur côté, ses seuls et uniques héritiers (articles 724, 883).

290. — *En ce qui touche les dettes*, il ne saurait y avoir de difficulté; le principe de la division a été introduit dans l'intérêt des débiteurs, quelque désagrément qui puisse en résulter pour les créanciers. Il fallait opter entre les uns ou les autres, et comme les Romains avaient anciennement opté pour les débiteurs, nos lois modernes ont dû suivre leur exemple du reste plus conforme à la raison, et j'ajouterai, à l'humanité, que le système des coutumes rares qui admettaient la *solidarité* dans les successions.

Concluons de là qu'en vain les héritiers auraient dans un partage chargé le lot de l'un d'eux de payer une dette de la succession, le créancier n'en conserverait pas moins, d'après le principe de l'art. 1220, le droit d'exiger son paiement des autres co-partageants, suivant leurs parts et portions héréditaires. Il y a là un

intérêt public en jeu, comme le disait Cujas (1). Il ne saurait dépendre des successeurs du défunt de s'arranger dans un partage de manière que l'un d'eux serait *seul* tenu de la dette entière, vis-à-vis du créancier. Si le débiteur originaire vivait encore, la dette quoique divisible, se serait exécutée comme si elle eût été indivisible (Cod. Nap., art. 1220)... Quand il vient à mourir, que le créancier soit obligé de voir sa créance se diviser malgré lui entre les héritiers... soit. Mais au moins doit-il acquérir pour débiteurs tous ceux que la loi lui impose, à moins qu'il ne consente à faire novation dans ses droits et à accepter tel ou tel héritier pour débiteur en déchargeant les autres... Il serait contraire à toute justice qu'on pût le contraindre à accepter un héritier peut-être *insolvable* à la place de tous ceux que la loi lui donne pour continuer le défunt à son égard. Et il ne le serait pas moins si un héritier qui ne succède que pour un quart à l'auteur commun pouvait être tenu de la dette entière, de manière à répondre de la solvabilité actuelle et future de ses co-héritiers. Cela est évident. Donc, l'art. 883 ne saurait rien avoir à démêler avec le principe de la division des dettes. Dans notre droit, les arrangements intervenus entre des co-héritiers pour modifier le principe de la division des dettes ne sont pas opposables

(1) CUJAS sur la L. 3, ff. *Famil. ercisc.*

aux créanciers (Cod. Nap., art. 872) (1). Il en est autrement en ce qui touche les co-partageants entre eux, et il n'est pas doutenx qu'un co-partageant qui aurait été chargé par le partage de payer la dette entière, serait passible d'une action en garantie de la part de ses co-héritiers, s'il n'exécutait pas l'obligation qu'il aurait contractée envers eux.

291. — *En ce qui concerne les créances*, c'est une question très-débattue que celle de savoir si l'art. 883 doit ou non s'y appliquer. Deux systèmes contraires, sans compter les divers tempéraments proposés par MM. Demante (2), Marcadé (3), Roger (4), Rodière et Pont (5), Massé et Vergé (6), Toullier (7), Demolombe (8) et Larombière (9) ont chacun leurs partisans.

Premier système. — L'art. 883 étant conçu en termes généraux s'applique à tous les biens de la succession sans exception. L'art. 1220 ne règle qu'un état de choses provisoire et subordonné à l'évènement du

(1) Voy. DEMOLOMBE, *Success.*, tom. V, n° 295.

(2) Tom. III, n° 225 *bis*, VII.

(3) Art. 883, n° 5.

(4) *De la saisie-arrêt*, n° 451.

(5) *Contrat de mariage*, tom. I, n° 357.

(6) Tom. II, pag. 373 et suiv., note 6.

(7) Tom. VI, n° 758.

(8) *Traité des success.*, tom. V, n° 295.

(9) *Obligations*, tom. II, art. 1220, n° 9. Voy. aussi Limoges, 19 juin 1863, CARETTE, 1863, II, pag. 193 et la note.

partage. Il n'y a pas, relativement aux créances, de partage *de plano* dont l'effet serait d'attribuer à chaque co-partageant un droit définitif dans ces sortes de valeurs mobilières *au prorata* de sa part dans la masse. Dès lors, les saisies-arrêts formées avant le partage par les créanciers personnels d'un co-héritier sur une créance héréditaire, sont subordonnées, *quant à leurs effets,* à l'évènement du partage, et elles deviennent *nulles* ou *sans objet*, comme faites *super non dominum*, si lors du partage intervenu entre tous les co-héritiers, la créance entière est tombée dans le lot d'un autre que le débiteur des saisissants (1).

Si nous étions condamné à accepter cette formule comme l'expression de la vérité, il ne nous resterait plus qu'à considérer comme une *distraction* des auteurs du Code, ces mots de l'art. 1220 : *La divisibilité n'a d'application qu'à l'égard des héritiers qui ne peuvent demander la dette* (mais qui peuvent certainement la demander même avant le partage) *ou qui ne sont tenus de la payer que pour les parts dont ils sont saisis ou dont ils sont tenus comme représentant le créancier ou le débiteur....*

Et il en résulterait entre autres conséquences :

1° Qu'un héritier qui pourrait être judiciairement contraint de payer sa part dans les dettes de la succes-

(1) Cass., rej., 24 janvier 1837. DEVILL., 1837, I-106 et suiv. POUJOL, *Success.*, art. 882, n° 2, *in fine*. Cass., 20 décembre 1848. DEVILL., 1849, I-179.

sion avant le partage, serait privé néanmoins du droit que lui concède l'art. 1220 de demander avant le partage réel, le lendemain même du décès, sa part dans les créances : ce qui serait inconcevable en présence du texte et de l'esprit de la loi qui a mis et voulu mettre les créances et les dettes *sur la même ligne*, par les termes positifs dont elle s'est servie pour exprimer sa pensée...

2° Que le débiteur poursuivi, suivant l'art. 1220, par l'un des héritiers pour la part dont ce dernier aurait été saisi, d'après l'art. 724 combiné avec cet art. 1220, ne se libérerait pas valablement entre *ses mains*, puisque aux termes de l'arrêt précité, l'art. 883 devant s'appliquer aux créances, il pourrait se faire que l'héritier poursuivant fût, par l'évènement du partage, considéré comme *n'ayant jamais été saisi de rien* dans la dite créance, au cas où elle viendrait à tomber dans un lot autre que le sien...

3° Que l'héritier aurait textuellement (art. 1220) le droit de le poursuivre et qu'il n'aurait pas lui, débiteur, celui de faire cesser les poursuites en lui offrant sa part. Il faudrait, pour être valables, que les offres réelles fussent faites à tous les co-hériters...

4° Qu'il ne pourrait pas lui opposer la compensation des sommes dont l'héritier serait lui-même son débiteur : ce qui serait une violation flagrante des articles 1290 et 1291 du Code Napoléon...

5° Que les héritiers ne pourraient faire le transport de leurs parts dans la créance héréditaire d'une manière définitive et que le sort des cessions même signifiées au débiteur serait subordonné à l'évènement du partage, en ce qui concernerait ceux qui ne seraient pas abandonnataires de la créance en tout ou en partie : de sorte que celui qui, d'après l'art. 1220, aurait le droit incontestable de demander ce qui lui revient par la division légale, n'aurait pas celui de le céder valablement!..

6° Enfin que les saisies-arrêts formées *medio tempore* par les créanciers personnels de l'un des co-héritiers et déclarées valables avant le partage, pourraient n'aboutir à aucun résultat, puisque l'art. 883 deviendrait applicable aux saisissants qui auraient exercé les droits et actions de leur débiteur, suivant l'art. 1166, alors que par l'évènement seulement connu plus tard, il serait censé n'avoir jamais été propriétaire d'une fraction de la créance tombée, nous le supposons, dans le lot d'un autre héritier (art. 883, *in fine*)!

292. — Tout cela est bien évidemment impossible. Aussi, pensons-nous qu'il faut rejeter sans hésiter la doctrine qui se trouve formulée sans motifs sérieux dans les considérants de l'arrêt que nous combattons. Il est très-probable que la Cour se serait exprimée tout autrement si la question s'était présentée à elle *en matière de succession*. Mais il faut remarquer que dans

l'espèce à juger, il ne s'agissait que d'une question de prélèvement qu'un mari prétendait avoir le droit d'exercer sur les valeurs, y compris les créances, qui dépendaient de sa communauté, afin de se couvrir de ses reprises et que dès lors la saisie-arrêt pratiquée par les créanciers personnels de la femme à laquelle il ne revenait rien par la liquidation, a pu tomber, parce que l'art. 1220 conçu d'une manière limitative a paru à M. l'avocat-général Nicod ne pouvoir s'appliquer qu'en matière de succession déférée à plusieurs héritiers et non pas en matière de communauté entre époux. Nous devons toutefois ajouter que la Chambre civile a eu depuis (le 20 décembre 1848) à se prononcer sur la question et qu'elle a adopté la jurisprudence de la Chambre des requêtes : de sorte que la Cour entend faire pencher la balance de ce côté (1).

293. — *Deuxième système.* — C'est celui de nos anciens auteurs qui ont toujours pensé que la théorie romaine *de dividuo et individuo*, pouvait sans inconvénient marcher côte à côte et de compagnie avec le caractère déclaratif du partage coutumier sans s'absorber mutuellement. Il est professé dans les facultés qui rejettent sans hésiter la jurisprudence de la Chambre des requêtes comme abrogeant implicitement l'art. 1220 : lequel suppose que les créances et

(1) Carette et Devill., 1849, I-179.

les dettes se divisent *de plein droit*, et que, par conséquent, elles ne peuvent figurer dans un partage qu'à titre de créances *cédées* et non pas à titre de valeurs *indivises*. « Cette manière de procéder (l'introduction « dans les différents lots, de créances héréditaires) (ar- « ticle 832), dit M. Bugnet (1), loin d'être un partage « ou une division, est, au contraire, *une cession* de « dettes ou de créances qui opère réunion des frac- « tions produites par la division légale (art. 1220). » Cela nous paraît très-juste. Ainsi nous devons encore en cette matière, faire application de la loi 3 au Digeste, *familiæ erciscundæ*, qui permettait aux copartageants et au juge de l'action de comprendre *utilitatis causâ* les créances, quoique divisées de plein droit dans la composition des différents lots (comparez Cod. Nap., art. 832), mais avec cette explication capitale : *nec tamen scilicet hæc attributio, illud efficit, ut quis solus totum debeat, vel totum alicui soli debeatur : sed ut sive agendum sit, partim suo, partim procuratorio nomine agat, sive cum eo agatur, partim suo, partim procuratorio nomine conveniatur*. Voilà la vérité, et

(1) Voy. POTHIER annoté par ce savant professeur, tom. II, *Traité des obligations*, n° 317, note 2. DURANTON, tom. VII, n^os^ 163-429-519. DUCAURROY, BONNIER et ROUSTAIN, tom. II, n° 789. MOURLON, *Répét. écrit.*, tom. II, pages 202, 203 ; il y rend compte de l'enseignement conforme de M. VALETTE. DUTRUC, *Du partage,* n° 547, qui traite avec raison *d'étrange* la théorie de la Cour en cette matière.

il faut s'y rattacher à tout prix, pour ne pas tomber dans un *imbroglio* inextricable.

Cela posé, parcourons les hypothèses qui se présentent ordinairement en pratique.

294. — *Première espèce.* — Il existe au moment du décès du père de famille, une créance de 15,000 francs dans sa succession. D'après ce que nous venons de dire, cette créance s'est divisée *de plano*, même contrairement à la volonté des parties, entre les trois enfants Buquet. Chacun d'eux n'a pas, dans cette espèce de valeur, le *totum in toto* et le *totum in quâlibet parte;* il est devenu au contraire *ipso jure* créancier personnel du débiteur suivant sa part héréditaire, dans l'espèce, Pierre de 5,000 francs, Anne de 5,000 francs et Paul de 5,000 francs également; chaque héritier a le droit de poursuivre son remboursement pour sa part, mais rien que pour sa part. Par contre, les créanciers de Paul peuvent très-valablement saisir-arrêter d'une manière définitive la somme de 5,000 francs qui lui revient de droit (art. 1166), pour se faire attribuer cette somme exclusivement et sans avoir à concourir lors de la distribution avec les créanciers de Pierre et de Anne. C'est en vain, dans notre système, que les trois enfants, en procédant ensuite au partage général de l'hérédité, comprendraient la créance entière dans le lot de Pierre ou de Anne; cette attribution purement conventionnelle ne saurait avoir pour résultat de

les faire considérer l'un ou l'autre comme ayant été saisi seul de la créance entière par le défunt. L'abandonnataire n'en serait le maître que pour partie, *ex jure hæreditario*, et propriétaire du surplus que *ex jure cesso*, et par conséquent, il ne pourrait poursuivre le recouvrement que *partim proprio nomine* et *partim procuratorio nomine :* de telle sorte que le débiteur serait en droit de lui opposer les causes de libération qu'il aurait pu opposer à ses cédants : ce qui n'aurait pas lieu s'il détenait la créance pour le tout, *ex jure hæreditario* seulement. Ainsi, dans l'espèce, le jugement de validité considéré comme droit acquis auquel le partage ultérieur n'aura pu porter atteinte, devra s'exécuter sur les 5,000 fr. saisis valablement sur Paul, tandis que dans le système ci-dessus exposé, la saisie-arrêt tomberait comme faite *super non dominum*, ce qui serait évidemment une iniquité révoltante à l'égard du saisissant qui n'aurait pourtant qu'usé d'un droit que la loi lui garantissait par un texte formel (art. 1166 et 1220.)

295. — *Deuxième hypothèse. — Le débiteur s'est libéré entre les mains de Paul du tiers de sa dette, soit par un paiement réel, soit par une compensation admissible, soit par des offres jugées suffisantes et valables, avant que le co-héritier abandonnataire par le partage de la créance entière ne lui ait signifié la mutation d'homme résultant de la convention intervenue entre les co-partageants.*

Dans notre système, la libération est *efficace;* et l'abandonnataire n'a de recours à exercer que contre ses co-héritiers qui, par le fait, lui ont transporté une créance éteinte au moment de la cession (Cod. Nap., art. 1693).

Il en est autrement, mais bien évidemment *à tort*, dans le système contraire.

M. Demolombe veut que le partage même non signifié opère ici comme s'il l'était, par application de l'article 883 (1). Mais *non*. Tant que le débiteur n'est pas averti de *la mutation d'homme* qui s'est opérée implicitement dans l'opération à laquelle se sont livrées les parties, il peut se libérer valablement entre les mains du cédant; la simple convention en matière de transport de créance étant par elle-même insuffisante pour en transférer la propriété *ergà omnes* (C. Nap. art. 1690). Un système contraire serait un véritable guet-à-pens tendu à un débiteur de bonne foi. Il faut donc le rejeter sans hésiter. Aussi nos professeurs de la Faculté de Paris exigent-ils *tous* la signification du partage, *et rectè* (2).

296. — *Troisième hypothèse. — Paul Buquet a reçu, à titre d'avancement d'hoirie, du vivant de son père, un*

(1) *Successions*, tom. V, n° 295.

(2) M. DEMANTE lui-même malgré le tempérament qu'il apporte à notre système exige la signification du partage, tom. III, n° 225 *bis*, VII.

immeuble qu'il a vendu à un tiers. Au décès du père de famille, sa succession, en y comprenant la valeur de l'immeuble estimé à cette époque (Cod. Nap., article 860), s'élève à 45,000 fr. de créances. Il ne s'y trouve aucun autre bien indivis. Comment, dans notre système, se rétablira l'égalité entre les trois enfants Buquet? Si les créances laissées par le défunt étaient *indivises* entre les enfants, rien ne serait plus facile. Le rapport se faisant dans ce cas en moins prenant (Cod. Nap., art. 860), Pierre et Anne prélèveraient avant partage la valeur de l'immeuble vendu par Paul que nous supposons être de 15,000 francs, c'est-à-dire chacun 7,500 francs sur la masse des biens laissés par le défunt sans y comprendre le rapport de Paul, et les co-héritiers se partageraient le reste par tiers.

Doit-il en être de même ici, malgré l'art. 1220?

297. — *Troisième système*. — M. Demante et M. Demolombe, d'accord en ce point, disent que *oui* (1). Je crois que *non*, bien que leur opinion soit très-équitable. Mais les principes du Code Napoléon sur la division des créances et des dettes s'opposent à ce que leur ingénieux tempérament puisse être admis. Telle est du moins notre manière de voir.

Voici comment raisonne M. Demante, et si jamais on révise le Code Napoléon, il faudra, pour le cas dont

(1) DEMANTE, tom. III, n° 225 *bis*, VII. DEMOLOMBE, tom. V, n° 295.

il s'agit, limiter la règle de l'art. 1220 par une exception en ce qui touche la division de plein droit des créances héréditaires, afin de pouvoir leur rendre applicable l'art. 883, dans le but d'assurer *contre toutes les éventualités*, le rétablissement de l'égalité entre les héritiers *au cas de rapport en moins prenant*.

Ecoutons notre savant professeur. Après avoir établi la nécessité de la signification du partage-cession au débiteur ou de son acceptation par acte authentique (Cod. Nap., art. 1690), que M. Demolombe rejette à tort comme inutiles, il s'arrête tout-à-coup au milieu de son exposition des principes de l'art. 883 dans leurs rapports avec l'art. 1220, à l'aspect inattendu d'une idée que lui suggère son esprit *délicat par excellence*, et il cherche à tempérer autant que faire se peut, les conséquences inflexibles de la règle résumée par Gaïus dans la loi 3, *familiæ erciscundæ*, qui est la véritable origine des art. 1220 et 832 du Code Napoléon.

« Mais, dit-il, cet hommage rendu au principe de la « division légale et les droits du débiteur dans l'intérêt « duquel ce principe *me semble* principalement établi, « étant ainsi (par la signification de la cession) sauve- « gardés, je ne vois pas pourquoi l'on n'assimilerait pas « d'ailleurs les créances *héréditaires* (il n'y a pourtant « pas de créances *héréditaires*, puisqu'elles font *ipso* « *jure* partie de chacun des patrimoines particuliers des « héritiers *pro portionibus hœreditariis*), aux autres ob-

« jets (indivis) compris dans la masse partageable, pour « les soumettre notamment aux prélèvements néces- « saires à l'accomplissement du rapport *(en moins pre- « nant)*. Dans ce système (qui ressemble singulièrement « à un *non* et à un *oui* marchant de compagnie), les « créanciers personnels du co-héritier soumis au rap- « port ne seront pas reçus à invoquer le principe de la « division de plein droit pour s'opposer à ce prélève- « ment, en soutenant que leur débiteur a une part « acquise dans la créance héréditaire et que cette part « est un gage qui leur est commun avec les co-héritiers « créanciers du rapport. On le voit, dans ma pensée, « c'est seulement *à l'égard des débiteurs* que le partage « des créances a l'effet d'un transport, mais à l'égard de « tous les autres (les héritiers et leurs créanciers), « l'art. 883 reçoit son application, et les créances consé- « quemment font partie de la masse partageable « (comme choses indivises bien que divisées de plein « droit, suivant l'art. 1220), dans laquelle chacun n'a « qu'un droit déterminable (c'est-à-dire cantonnable « sur des portions déterminées des choses communes « déjà pourtant cantonnées *in ipso articulo mortis*) par « le partage. »

« Ainsi réduit (par l'habileté de M. Demante), dans « l'application, le principe de la division de plein droit « offrira encore sans doute des inconvénients pour « ceux des co-héritiers qui, ayant des prélèvements à

« exercer sur la masse, sont exposés à ce que la portion « de créance de leur co-héritier, auquel peut-être il « ne devrait rien revenir en définitive, leur soit sous- « traite par l'effet des paiements faits ou de compen- « sations (sous ce rapport, la rétroactivité n'a pas lieu) « opérées avant le partage. Mais ils pourront jusqu'à « un certain point (nous arrivons à la dissonnance qui « n'est jamais tolérable pour un harmoniste qu'autant « qu'elle se résout convenablement sur la conson- « nance) se mettre à l'abri du danger (c'est ce que nous « nions, parce que nous ne pensons pas que l'art. 883 « puisse comme le veut M. Demante, marcher avec « l'amputation qu'il fait subir à l'une de ses jambes) « en saisissant entre les mains du débiteur les parts de « créance de leurs co-héritiers..., et... et, ce moyen « sera d'autant plus efficace (hélas !) que dans notre « doctrine (qui coupe l'art. 883 *en deux*, sans le faire « mourir !) ils n'auront à craindre la concurrence d'au- « cune autre saisie-arrêt. » Non pas, s'il vous plaît, le contre-point est en défaut ; car les autres créanciers de l'héritier qui doit le rapport peuvent intervenir utilement et prendre leurs parts à la distribution : de sorte qu'il n'y a que le dividende à en provenir qui puisse être compris au partage *à titre de cession* et non pas à titre de *chose indivise* susceptible de tomber dans le lot de l'abandonnataire avec effet rétroactif.

Voilà comment M. Demante prétend concilier par

une transaction, le deuxième système qui est le nôtre avec celui ci-dessus exposé de la Cour qui applique la règle : *Bis repetita placent,* en oubliant le *non bis in idem,* ainsi que le *judicium familiæ erciscundæ ampliùs quàm semel agi non potest* (1) !

298. — *Suite.* — M. Demolombe a cherché à arriver au même but pour assurer l'égalité toujours désirable entre co-partageants, tout en avouant que, autrefois, les créances étaient aussi comprises dans le partage (art. 832) sans que l'on en déduisît cette conséquence qui consiste à dire qu'elles doivent être considérées, sinon en général, au moins sous certains rapports comme *choses indivises*, afin qu'on puisse leur appliquer *un peu* d'art. 883. Son système consiste à soumettre au principe de la rétroactivité tout ce qui est postérieur au partage, et à lui soustraire les faits antérieurs. Il scinde la règle de la rétroactivité *en deux parties*. Il en rejette une pour valider les paiements, les compensations et généralement les causes de libération antérieures au partage, et il conserve bien précieusement l'autre partie pour déclarer sans effet les cessions, les saisies-arrêts et les compensations qui lui seraient postérieures : dans sa théorie, la signification du partage est entièrement inutile ! Bref, c'est *un oui* et *un non* qui prétendent faire bon ménage ensemble.

(1) L. 20, § 4, ff. *Familiæ erciscundæ.*

Voyons maintenant comment il justifie son idée. « Nous reconnaissons, dit-il, qu'il n'y aurait aucun ar-
« rangement à déduire de l'histoire en faveur de notre
« manière de voir (nous le croyons sans peine, puisque
« les créances et les dettes n'ont jamais été comprises
« dans les partages que *utilitatis vel commoditatis cau-*
« *sâ*). Mais d'abord, que le droit romain n'ait considéré
« que comme un cessionnaire ou plutôt comme un
« *procurator in rem suam* pour la part de ses co-héri-
« tiers, celui d'entre eux auquel l'intégralité d'une
« créance héréditaire avait été attribuée, il y a rien là
« d'étonnant, puisque le droit romain considérait le
« partage comme un *acte translatif* (cela est totalement
« étranger à la chose), et quant à notre ancien droit
« français qui déjà s'était bien écarté des idées ro-
« maines (1) nous croyons qu'il n'avait pas encore
« assez complètement dégagé toutes les conséquences
« du nouveau principe (de la rétroactivité) qu'il avait
« posé (2).... » Ajoutons : et qu'il faisait mouvoir au

(1) *Oui*, en ce qui touche *les effets du partage des choses indivises*, mais *jamais* à ma connaissance du moins, sauf quelques mauvaises interprétations de textes dans les détails du système, *en ce qui touche le principe fondamental de la division légale des créances et des dettes divisibles*. Il suffit pour se convaincre de cette vérité de lire le traité de DUMOULIN *de dividuo et individuo*, et même seulement l'extrait qu'en a fait POTHIER pour l'insérer dans son *Traité des obligations*, en comparant ces écrits avec le *Traité de la solidarité* que M. RODIÈRE a publié récemment, comme aussi avec celui de M. DEMANGEAT sur le titre *de duobus reis constituendis* en droit romain.

(2) Nous pensons au contraire que la théorie des partages a marché en recu-

moyen de deux théories distinctes marchant parallèlement sans se nuire réciproquement, suivant qu'il s'agissait de biens *susceptibles d'indivision*, ou de valeurs mobilières actives ou passives *divisées par nature* comme les créances et les dettes : lesquelles nous apparaissent depuis la loi romaine jusqu'au Code Napoléon (art. 1220) comme ayant été toujours soudées les unes aux autres par une conformité inaltérable de principes dans leur constitution particulière : Si M. Demolombe s'était appesanti sur cette remarque, il est probable que nous ne serions pas en dissentiment sur le point en litige (1).

299. — A tout cela, la réponse est bien simple. Les créances et les dettes transmises par le *de cujus* se divisent *de plein droit*, entre ses représentants, *in ipso articulo mortis* (Cod. Nap., art. 1220). Chaque héritier est instantanément saisi de la fraction qui lui revient dans chaque créance ou dette *au prorata* de la part héréditaire qui lui appartient tout aussi totalement

lant au XIX^e^ siècle, et que nos pères étaient plus avancés que nous, sous ce rapport. La partie très-importante de cette théorie relative aux préliminaires du partage a été complètement manquée par la jurisprudence contemporaine, qui ne ferait pas mal de retourner à la source où se trouve seulement de l'eau claire.

(1) Voy. M. DEMOLOMBE, *Success.*, tom. V, n° 295. M. BERTHAULD, *Revue critique*, tom. XXIV, pag. 388 et suiv., n'est satisfait ni de l'un ni de l'autre des trois systèmes précédents. Nous partageons son avis en ce qui touche le premier et le troisième, mais quant *au second*, nous croyons qu'il est le seul vrai et au point de vue de l'histoire et au point de vue de la raison. Il est enseigné à la faculté de Paris par MM. BUGNET et VALETTE.

que s'il était *seul héritier* et que s'il n'y avait pas d'autre fraction de créance que celle qui lui est attribuée par la loi : qu'est-ce à dire ? sinon que les créances et les dettes du défunt divisées de plein droit deviennent, sans le fait de l'homme, les créances et les dettes *des héritiers* avec assignation de parts et que par conséquent elles cessent immédiatement d'être les créances et les dettes de la masse partageable ou de la succession. Ce qu'il y a de mieux à faire dans les partages, c'est de n'y comprendre les créances que quand on ne peut pas faire autrement. Donc le principe qui régit le sort des créances et des dettes que l'on appelle à tort *héréditaires*, peut se formuler de la manière suivante : *Hæreditas adita, quoad jura in personas ad rem et quoad officia personarum in personas, jam non est hæreditas, sed patrimonium hæredum ipso jure divisum inter hæredes.* Or, si les créances se trouvent *ipso jure* divisées entre les co-héritiers, et si par suite chacun d'eux peut poursuivre le recouvrement de la fraction qui lui a été transmise dans chaque créance comme s'il était seul et unique héritier et qu'il n'y eût pas d'autres biens dans la succession, c'est que, apparemment, le partage des créances et des dettes s'est opéré entre tous d'une manière irrévocable, et que par conséquent ces sortes de valeurs actives et passives ne peuvent jamais entrer, en aucun cas, dans la masse partageable comme choses *indivises*. Si elles y figurent ensuite, ce

ne peut être qu'à titre de valeurs cessibles ou susceptibles de faire l'objet d'une dation en paiement ; mais jamais les héritiers qui se trouvent définitivement lotis par le législateur lui-même de portions distinctes et divisées *de plano,* ne pourront à l'aide de conventions les comprendre dans un véritable partage soumis à la rétroactivité des art. 724 et 883. Cela est évident. Quand il n'y a pas *d'indivision*, il n'y a pas *de partage*. Comment cantonnerait-on des héritiers qui n'ont rien à cantonner? Supposons qu'une succession ne se compose que de créances, est-ce que l'action en partage serait recevable (1)? Certainement *non*. *Donc*, le tempérament que MM. Demante et Demolombe proposent pour établir l'égalité entre les héritiers, au cas de rapport en moins prenant, au moyen de prélèvements sur les créances considérées comme faisant partie d'une masse partageable *indivise,* ne saurait soutenir un examen sérieux au point de vue de l'interprétation du Code Napoléon. Sans doute, l'égalité sera le plus souvent rétablie au moyen d'attributions de créances libres de causes de libération ou de saisies-arrêts que peuvent se faire les co-héritiers, suivant l'art. 832 ; mais ces prélèvements n'entreront jamais dans le patrimoine du co-héritier créancier d'un rapport, qu'à

(1) Il pourrait seulement y avoir lieu à une action *en liquidation* sans partage. La liquidation est le *compte mobilier* de la succession qu'il ne faut pas confondre avec la division des créances et des dettes.

titre de cession ou *de dation en paiement*, et non pas à titre de transmission héréditaire produisant un effet rétroactif au jour du décès. Dans notre droit actuel, le co-héritier qui se trouve créancier de l'un de ses co-héritiers à raison d'un rapport *en moins prenant* n'est qu'un créancier tout comme un autre et qui doit subir le sort commun, à moins qu'il n'existe dans la succession des *valeurs indivises* sur lesquelles il puisse utilement exercer le *prélèvement* nécessaire pour le couvrir. Mais si, pour rétablir l'égalité proportionnelle exigée par la loi, son débiteur lui a transporté ou cédé par un acte quelconque, fût-il qualifié *partage*, quelques fractions de créances venant originairement du défunt, il ne pourra toujours en poursuivre le recouvrement que *partim proprio nomine* et *partim procuratorio nomine* et jamais *proprio nomine* pour le tout. Il suit de là que si la créance transportée, cédée ou donnée en paiement était éteinte en tout ou en partie ou si elle était frappée d'une indisponibilité relative, par exemple à cause d'une saisie-arrêt pratiquée par un étranger, le prétendu co-partageant de MM. Demante et Demolombe serait inévitablement exposé à perdre sa créance en totalité, ou tout au moins pour ce qu'il n'en toucherait pas dans la distribution par contribution qui viendrait à se faire après le jugement de la validité de la saisie-arrêt. Encore une fois, on ne peut, dans l'état actuel des textes, opérer de prélèvement, c'est-

à-dire, prendre *avant partage* ce qui peut revenir à un co-héritier, que *sur une masse partageable indivise*. C'est le seul cas où le prélèvement qui n'est rien autre chose qu'un élément de part héréditaire, produit un effet rétroactif au jour du décès suivant l'art. 883, et les créances divisées de plein droit ne sauraient jamais y entrer à titre *de valeurs indivises*. Sans doute, il eût été à propos de faire, pour le cas particulier dont il s'agit, une exception à l'art. 1220 ; car il y avait là un motif suffisant pour sortir du droit commun en faveur d'un co-héritier créancier d'un rapport ; mais cette exception n'existe pas, parce que le cas a dû se présenter rarement à une époque où les valeurs mobilières avaient peu d'importance. Or, comme nous n'avons pas de textes à cet égard, et comme l'héritier créancier d'un rapport n'est privilégié sur les créances provenant du défunt, en vertu d'aucun article du Code, il en résulte nécessairement que toutes les fois qu'il se trouve dans l'impossibilité de prélever ce qui lui est dû en nature sur des choses *indivises, partageables* ou *licitables*, il doit subir le sort réservé à tous les créanciers d'un débiteur commun, et que par conséquent l'opinion des auteurs précités qui lui accordent un prélèvement *ex jure hæreditario* sur les créances transmises par le défunt, doit être rejetée, quelque équitable qu'elle puisse être.

300. — Il est inutile de remarquer que M. Demante

ne fait qu'une subtilité sans importance lorsqu'il dit que le principe de la division de plein droit a été principalement établi en faveur des obligés, pour en conclure que le transport d'une créance héréditaire ne produit l'effet d'une cession *qu'à l'égard du débiteur* et que la créance n'en doit pas moins être considérée comme *indivise* dans ses rapports avec les héritiers et leurs créanciers particuliers.

La vérité est que la cession dont il s'agit ne saurait être *cession* à l'égard des uns, et *partage* à l'égard des autres, et que la division des créances et même des dettes a été créée dans l'intérêt général, tout aussi bien en faveur des héritiers du créancier décédé qui peuvent, avec ce principe, obtenir immédiatement et sans être contraints de subir les lenteurs d'un partage, les parts proportionnelles qui leur reviennent en vertu de la saisine, qu'en faveur du débiteur qui aime toujours mieux payer par fractions qu'en une seule fois et qui, d'ailleurs, peut avoir des compensations à opposer à certains héritiers : compensations qu'il n'aurait pu invoquer contre le créancier originaire.

301. — Comme on le voit par ce qui précède, notre théorie est très-simple en même temps qu'elle satisfait complètement la raison. Comme le dit très-bien la Cour, malgré ces précédents contraires, l'art. 883 est *une disposition générale qui rayonne sur toutes les valeurs de la succession;* nous serions d'accord, si elle

avait ajouté dans son arrêt ces mots qui n'y sont pas : « mais seulement sur les valeurs *indivises* susceptibles « de partage. »

A côté de lui, se trouve l'art. 1220 qui a une autre mission. Son objet est de régler la contre-partie du système, en ce qui touche les valeurs mobilières *divisées de plein droit*. Chaque article se meut dans sa circonscription particulière avec la part d'application qui lui est propre. Mais s'ils sont destinés à marcher côte à côte, ils ne doivent pas s'enchevêtrer de manière à rendre impossible leur utile voyage. Un acte, comme le veulent nos adversaires, qui serait tout à la fois en partie *partage rétroactif*, et en partie *cession entre vifs*, ressemblerait beaucoup trop à la statue de fantaisie dont parle le bon Horace (1), et voilà pourquoi nous avons cru devoir nous séparer, au cas particulier, de nos maîtres ordinaires.

302. — *Méthode*. — Nous venons de voir quelles sont *les choses* qui tombent et quelles sont celles qui ne tombent pas sous l'empire de l'art. 883. Nous passons maintenant *aux personnes* auxquelles s'applique cet article et *aux effets* du partage. Comme cette matière se trouve avoir été déjà traitée pour les points les plus importants, en différents endroits de cette Etude, nous n'aurons qu'à la résumer ici sans aucune discussion.

(1) *Art poétique*, premiers vers.

303. — **D.** — *Des personnes auxquelles s'applique l'art.* 883 *et des effets du partage en tant qu'il est déclaratif de la propriété.*

1° Dans notre système, l'art. 883 est une disposition générale qui doit s'appliquer *lato sensu* et non pas d'une *manière restrictive* (1). Bien que placé au titre des successions, il étend son domaine sur toutes les indivisions susceptibles de se rompre par un partage.

Ainsi il s'applique au partage des biens indivis entre les héritiers d'une personne décédée, entre époux communs et entre associés, soit qu'il s'agisse d'une société universelle ou particulière. Il importe peu qu'il s'agisse d'une universalité ou d'un *bien particulier*. Il suffit que les valeurs soient dans l'indivision et susceptibles de partage eu égard aux droits des communistes.

Il résulte de là qu'il serait inapplicable, au moins pendant un temps plus ou moins long, à des *servitudes d'indivision* non susceptibles de partage, mais qu'il reprendrait son empire si l'immeuble grevé d'une telle servitude faisait retour au droit commun : par exemple dans le cas où un changement survenu dans la destination des lieux rendrait l'établissement primitif complètement inutile (2).

(1) *Suprà*, n^os^ 239 et suiv., où nous combattons la jurisprudence contraire. Du reste, la Cour suprême paraît revenir à notre système. Voy. notamment, Cass., 2 décembre 1845. DEVILL., 1846, I-21. Cass., 20 août 1853. DEVILL., 1854, I-707, et DEMOLOMBE, *Success.*, tom. V, n^os^ 300 et 301.

(2) *Suprà*, tom. III, n° 382.

304. — 2° La règle de rétroactivité posée dans l'article 883, s'applique en principe aux héritiers dans leurs rapports *avec le fisc*. Elle soustrait les partages aux droits proportionnels de mutation qui frappent les transmissions *entre vifs*, comme les ventes, les dations en paiements, et toutes les espèces du genre *aliénation*. Dans notre droit, en effet, les actes dont l'objet principal est de faire cesser l'indivision, ne constituent en aucune façon *des aliénations*, *des mutations d'hommes*. Il faut rejeter, sans hésiter, la théorie contraire qui leur donne un caractère *translatif* toutes les fois qu'il ne s'agit pas d'appliquer l'art. 883 à la perception des droits d'enregistrement ou aux relations que les co-héritiers peuvent avoir avec les ayant-cause de chacun de leurs co-partageants (1). Telle n'est pas la nature du partage français. Cette *notion* n'est qu'une réminiscence partielle du système romain qui a disparu au seizième siècle, lorsque nos pères ont sagement *dénaturé* l'institution de Labéon, d'Ulpien et

(1) Voy. *contrà*, Cass., 27 mai 1835. DEVILL., 1835, I-286. Cass., 13 août 1838. DEVILL., 1838, I-701. DUTRUC, *Traité du partage*, n°s 14 et suiv. DUQUAIRE, *Revue critique*, 1853, tom. III, pag. 806 et suiv. DUCAURROY, BONNIER et ROUSTAIN, tom. II, n° 779. A notre sens, bien que nous l'ayons partagée longtemps, c'est une erreur de dire que *le partage est déclaratif de la propriété, mais que cependant, il n'en renferme pas moins une aliénation*, ces deux idées sont contradictoires et elles ne sont venues que de la langue juridique peu précise de nos anciens coutumiers qui ont toujours cru que la rétroactivité de la règle n'était que la conséquence d'une *fiction* : ce qui n'est bon qu'à mettre de côté.

des autres jurisconsultes qui n'y voyaient que des *échanges et des ventes* réciproques, pour suivre l'ordre d'idées déjà anciennement indiqué par Blæsus et Trebatius (1).

Donc, l'art. 883 est, sans aucun doute, opposable au fisc. Toutefois, il ne lui est opposable que lorsque les co-partageants ne se trouvent pas dans l'un des cas exceptionnellement régis par des lois particulières (2).

305. — Concluons de là : 1° Que le partage but à but sans retour ni soulte ne saurait être frappé *d'un droit proportionnel*. C'est déjà bien assez que des enfants qui continuent la personne de leur père payent un droit de mutation par décès (autrefois le centième denier) sur les biens qui leur sont transmis *collectivement*, sans qu'on les charge encore d'un autre droit proportionnel, sous le prétexte qu'ils devraient être rationnellement considérés comme les tenant *individuellement* de la masse partageable. Aussi le fisc n'a-t-il pas osé, dans les temps modernes, pousser ses prétentions jusque-là. Les partages ne sont, en principe, soumis qu'au droit fixe de cinq francs (loi du 22 frimaire an VII, art. 68, § 3, 2°, et loi du 28 avril 1816, art. 45, 3°).

(1) L. 31, ff. *De usu et usufructu*, et à cette occasion, L. 6, § 8, ff. *Comm. divid.*, et L. 7, § 4, *Quib. mod. pign.*

(2) L. du 22 frimaire an VII, art. 68, § 3, n° 2, et 69, § 7.

2° Que le principe est limité dans ses conséquences par l'art. 68, § 3, n° 21 de cette loi, en ce qui concerne *les soultes* ou *retours de lots*, sans distinction entre le cas où il y a soulte proprement dite ou retour consistant en une autre chose quelconque, qui ne provient pas de la masse commune. Dans l'hypothèse contraire, lorsque la soulte se paie avec des effets de la succession, il est clair que celui des co-partageants qui les reçoit en paiement doit être considéré comme les prenant dans la masse jusqu'à concurrence de ce qui lui revient pour son partage (1). Ce n'est plus une *véritable soulte*.

3° Que toutefois la soulte ne constituant pas une *vente*, il n'y a pas lieu de la soumettre au droit *de transcription* (2).

Il en devrait être de même en ce qui touche les cessions de droits successifs qui ne font que restreindre l'indivision sans la faire cesser entre tous les héritiers. Mais nous avons vu que, sous ce rapport, la pratique est contraire à notre opinion (3).

4° Que la licitation de choses indivises, soit judi-

(1) Voy. BOSQUET, *V° Partage*, § 3, et GABRIEL DEMANTE, *sur l'enregistrement*, n° 707.

(2) 1 1/2 0/0 suivant l'art. 54 de la loi de 1816. Voy. rejet, 27 juillet 1819. DALLOZ, *Rép.*, *V° Enregist.*, n° 6021, GARNIER, *Répert. général*, n° 9493, et *Répert. périodique*, n° 782. GABRIEL DEMANTE, n° 709.

(3) Voy. GABRIEL DEMANTE, n° 712.

ciaire, soit volontaire, n'étant qu'un mode de partage, ne saurait être soumise à d'autres droits que le partage lui-même, lorsque l'adjudication s'est faite au profit *de l'un des co-licitants*.

Il y a toutefois lieu par la régie de percevoir un droit proportionnel de 4 0/0 sur la portion que l'on assimile à une acquisition en tant qu'elle excéderait les droits de l'héritier adjudicataire dans la succession.

Sous ce rapport, le dernier état de l'ancien droit n'a pas été modifié (1).

Quand l'héritier adjudicataire n'était tenu de rien débourser de sa poche et qu'il était dit qu'il prendrait d'autant moins jusqu'à concurrence du prix de la licitation dans les autres biens, il ne payait pas de droits proportionnels parce qu'il n'acquérait rien : les co-héritiers, dans cette hypothèse, se remplissant jusqu'à la même concurrence dans les biens communs (2).

Mais la régie moderne est devenue exigeante sur la preuve à faire par l'adjudicataire qu'il n'est tenu de rien débourser de son propre patrimoine. Elle veut qu'on lui produise, au plus tard, lors de l'enregistrement de la licitation, un partage réglant définitivement les droits de tous les co-héritiers dans la succession,

(1) Loi de frimaire, art. 15 6°, 69.

(2) BOSQUET, *V° Licitation*, n° 3. DEMOLOMBE, tom. V, n° 303, *Traité des successions*.

faute de quoi, elle considère comme *vente* ce qui a été acquis par l'adjudicataire au delà de sa part héréditaire dans les immeubles licités (1). La preuve dont il s'agit serait faite inutilement à une époque postérieure. La régie reçoit, mais elle ne rend jamais ce qui a été légalement perçu (2).

306. — 3° L'art. 883 s'applique non seulement aux actes de partage proprement dits qui font cesser l'indivision entre *tous* les co-héritiers, ce que personne ne conteste (3), mais encore à tous les actes préliminaires, *quæ dependent à necessitate divisionis*, et qui ont pour *objet* sinon pour *effet* de mettre fin à la communauté (art. 888). Peu importe qu'ils se présentent sous forme de partages partiels, de licitations amiables entre quelques uns des héritiers seulement, de cessions de droits successifs, de transactions ou de compromis d'arbitrage. Les art. 883, 888 et 889 n'ont eu pour but que de reproduire la doctrine de nos anciens *sur le premier acte* intervenu entre co-héritiers. La cession de droits successifs de l'art. 889 n'est pas, quoi qu'en dise la Cour suprême, *une spéculation*

(1) GABRIEL DEMANTE, n° 712.

(2) Loi du 22 frimaire an VII, art. 60. Voy. sur toutes ces matières, les savantes études de M. CHAMPIONNIÈRE, *Revue de droit français et étranger*, tom. I, pag. 260, et tom. VII, pag. 18.

(3) *Suprà*, n^os^ 247 et suiv. Comp. Cassation, 18 juin 1833, 6 mai 1844. DEVILL., 1844, I-267.

aléatoire. Ce n'est qu'un acte *qui tient lieu de partage*, comme le disait Pothier auquel a été emprunté cet article qui tranche positivement la question en notre faveur. La circonstance que la rescision pour lésion n'a pas lieu au cas indiqué, est sans influence sur la nature *intrinsèque* de l'opération à laquelle se sont livrés les co-héritiers. Ils n'ont voulu que faire cesser l'indivision du cédant, et cela suffit pour que la règle de la rétroactivité de l'art. 883 s'y applique et mette en fuite toutes les hypothèques consenties par le prétendu vendeur dans le temps intermédiaire (1).

C'est là une conviction basée dans notre esprit sur l'histoire, sur les textes, sur le bon sens, et sur le témoignage du législateur lui-même, à la séance du Conseil d'Etat du 23 nivôse an XI (2).

307. — Que les hypothèques consenties pendant l'indivision, par l'un des communistes, soit sur la généralité des biens indivis, soit sur sa part encore inconnue, se réduisent pour se consolider et se fixer dans le lot qui vient à lui échoir ensuite, c'est ce qui ne saurait être mis en doute.

Il en est de même à l'égard des aliénations totales et des constitutions des autres droits réels appelés démem-

(1) *Suprà*, nos 271 et suiv., où cette question fondamentale est longuement discutée.

(2) *Suprà*, n° 237, *in fine*. Voy. aussi un article de M. BERTHAULD, *Revue critique*, tom. XXIV, pag. 391.

brements de la propriété, tels que les servitudes, les usufruits, etc...

Mais, à l'inverse, si l'immeuble qui a été vendu ou grevé de servitude, d'usufruit ou d'hypothèque est venu à tomber dans le lot d'un co-partageant autre que celui qui l'a aliéné ou démembré en tout ou en partie, la vente ou la constitution de droits réels s'évanouit *ex tunc*, suivant la règle : *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis*. La loi n'a pas dû permettre à l'un des communistes *d'infecter et de gâter tous les lots de ses co-héritiers* (1).

Appliquons sans hésiter ces principes incontestables dans notre droit à l'acquisition qu'un étranger aurait faite, à titre singulier, de la part de l'un des co-héritiers, dans un immeuble désigné de la succession. Il est clair que l'acheteur ne saurait acquérir que les droits de son vendeur (art. 2182); or si le partage dit qu'il n'en a jamais eu aucun dans l'immeuble dont il s'agit, la vente tombe comme ayant été faite *à non domino* (Cod. Nap., art. 1599). Cette question n'en est plus une aujourd'hui; elle a cependant été discutée autrefois dans *la Thémis* par M. Ferry (2), qui a soutenu avec talent l'opinion contraire (3).

(1) Voy. LEBRUN, *Success.*, liv. IV, chap. 1, n° 21, et M. DEMOLOMBE, tom. V, n^os^ 305 et suiv., *loc. cit.*

(2) Tom. VIII, pag. 48 et suiv.

(3) Voy. M. DEMOLOMBE et tous les auteurs et arrêts qu'il cite, tom. V, n° 306, *loc. cit.*

308. — Il résulte encore de ce qui précède, que le sort de la purge qu'aurait faite un acquéreur étranger d'une part indivise de l'un des co-héritiers ou d'un bien particulier, dépendant de la communauté, est subordonné quant à ses effets, à l'évènement du partage (1).

309. — Dans notre système, le partage n'étant pas un contrat synallagmatique dans lequel les parties sont les ayant-cause les uns des autres, n'est jamais soumis à l'action *résolutoire*. Les soultes sont assurées par un privilège particulier (Cod. Nap., art. 2103 3°, 2109), ce qui suffit pour protéger utilement ceux des co-partageants qui peuvent s'en trouver créanciers.

La stabilité des partages et la rétroactivité que leur attribue l'art. 883, seraient inconciliables avec l'action résolutoire même stipulée expressément, à notre sens, du moins (2).

310. — Même solution en ce qui touche *la surenchère* et *la folle enchère*, lorsque c'est un héritier qui s'est rendu adjudicataire sur licitation (3).

(1) Cass., 13 février 1838. DEVILLENEUVE, 1838, I-230. DUTRUC, n° 545. DEMOLOMBE, n° 307.

(2) Cass., 29 décembre 1829. DALLOZ, 1830, I-35. Cass., 9 mai 1832. DEVILL., 1832, I-178. DUCAURROY, BONNIER et ROUSTAIN, tom. II, n° 790. DEMANTE, tom. III, n° 225 *bis*, IV. DEMANGEAT, *Revue pratique*, 1857, pag. 271 et suiv. DEMOLOMBE, tom. V, n° 308.

(3) *Suprà*, n° 271. Le pacte commissoire nous paraît contraire à la nature même du partage qui n'est pas une *aliénation*. La jurisprudence de la Cour de cassation à cet égard tend à *dénaturer* le partage de nos pères.

311. — Du principe que le partage ou la licitation que la loi y assimile n'est pas un contrat synallagmatique renfermant des aliénations réciproques de propres, puisque chaque co-partageant est directement saisi par le défunt du lôt qui lui échoit sans avoir jamais existé par rapport aux lots échus aux autres cohéritiers, il résulte qu'une soultè ou un prix de vente obtenu dans une licitation prononcée au profit de l'un des héritiers, ne saurait constituer une représentation d'immeuble susceptible d'être distribué par ordre d'hypothèques entre les créanciers de celui des copartageants qui les aurait consenties pendant l'indivision, même sur la part qui lui reviendrait légalement dans la soulte ou dans le prix de la licitation. En effet, dès que les immeubles hypothéqués ne sont pas tombés dans le lot de celui qui les a engagés, les hypothèques se sont évanouies *ex tunc*, aux termes de l'art. 883. Les droits réels *jura in re* ne s'étant pas en définitive constitués juridiquement sur les biens du débiteur, ne sauraient se transformer en droits de préférence sur le prix : d'où il suit que les créanciers dont il s'agit, se trouvant à la fin n'avoir jamais eu d'hypothèques par l'évènement du partage, sont obligés de subir le marc-le-franc entre eux. Ils ne sont tous désormais que des créanciers chirographaires. Ils ne seraient même pas fondés à demander soit de nouvelles sûretés, soit le remboursement de leurs créances avant l'échéance, en

vertu de l'art. 2131 du Code Napoléon (1). D'après cela, nous devons rejeter sans hésiter l'opinion contraire de Proud'hon (2), de la Cour d'Aix (3), de M. Rodière (4) et de M. Duquaire (5). Les décisions de cette nature qui se rencontrent si souvent dans la théorie des partages ne proviennent que de l'idée erronée qui a réussi à s'implanter, on ne sait comment, dans l'esprit d'un grand nombre de jurisconsultes : à savoir que, malgré *son caractère déclaratif*, le partage n'en renferme pas moins *une véritable aliénation*. Il faut pourtant, à tout prix, rompre avec *cette notion*, si l'on veut arriver à quelque chose qui satisfasse complètement la raison. Car un système de cette nature n'est au fond qu'un *oui* et un *non* marchant de compagnie : ce qui est évidemment impossible.

312. — E. — *De l'art.* 883 *dans ses rapports avec le titre du contrat de mariage.* — L'art. 883 dans ses rapports avec le titre du contrat de mariage a donné lieu à une difficulté sur laquelle l'opinion ne s'est formée que lentement.

(1) Voy. CAEN, 25 février 1837. DEVILL., 1838, II-154. DEMOLOMBE, tom. V, n° 320.

(2) *De l'Usufruit*, tom. IV, n° 2392.

(3) 23 janvier 1835. DEVILL., 1835, II-267.

(4) *Revue de législation*, 1852, pag. 309.

(5) *Revue critique*, 1853, tom. III, pag. 806 et suiv., articles de M. DUQUAIRE qui enseigne une théorie très-restrictive sur l'art. 883. C'est l'extrême contraire de la nôtre.

Aujourd'hui la question ne se discute plus, en présence d'un concert à peu près unanime des arrêts et de la doctrine des jurisconsultes. Cependant nous devons la signaler en passant, afin que tout ce qui touche à la formation de l'institution qui nous occupe soit mis en lumière. Voici ce dont il s'agit :

Aux termes des art. 1401 et 1402 du Code Napoléon les meubles tombent dans la communauté entre époux. Il en est autrement des immeubles.

Dans notre système, suivant lequel l'art. 883 est une disposition générale *qui rayonne sur tout le Code*, la communauté qui existe entre l'un des héritiers et son conjoint profite ou ne profite pas des valeurs tombées dans son lot, suivant qu'elles sont *mobilières* ou *immobilières*. Si, par l'évènement, l'époux successible n'a été saisi que de meubles, aux termes des art. 724 et 883, il n'a aucune reprise personnelle à prélever lors de la dissolution de la communauté; si au contraire son lot ne s'est composé que d'immeubles, la communauté en est bien usufruitière pendant sa durée, mais ils sont, à sa dissolution, revendiqués en nature par celui des époux auquel ils appartiennent *à titre de propres* (Cod. Nap., art. 1470 1°, 1408).

Il en est de même si le lot échu à l'époux s'est composé (ce qui arrive presque toujours) tout à la fois de meubles et d'immeubles, répartis à peu près également entre tous les co-partageants, en exécution du vœu de

l'art. 832 du Code Napoléon. La partie mobilière enrichit la communauté et la portion immobilière reste la propriété de l'héritier auquel le partage l'a attribuée. Jusque-là il ne saurait y avoir de difficultés.

313. — Mais *quid juris*, si l'époux n'a pas eu dans son lot sa part de meubles et d'immeubles correspondants à ses droits héréditaires et si la différence lui a été fournie au moyen *d'une soulte ou d'un prix de licitation*? Est-ce le partage ainsi fait qui réglera définitivement les rapports de cet époux héritier avec sa communauté, ou bien mettra-t-on le partage de côté pour ne voir que ce qui lui serait légalement revenu en vertu de sa part idéale dans la succession, de manière que tantôt il sera créancier de sa communauté et tantôt son débiteur?... Exemple : La succession Buquet ne se compose que d'un immeuble de 30,000 francs impartageable en trois lots, et d'un mobilier d'une valeur de 15,000 francs. Les enfants procèdent au partage et ils divisent la masse à distribuer en trois portions égales.

La première se forme de l'immeuble, mais il sera grevé d'une soulte de 15,000 francs.

La deuxième se compose uniquement de cette soulte à prendre sur le premier lot.

Dans la troisième entre tout le mobilier corporel pour 15,000 francs.

Le tirage au sort attribue le premier lot à Pierre

Buquet, le second à Paul, que nous supposons ici marié et bon père de famille, et le troisième à Anne Buquet.

La soulte de 15,000 francs échue à Paul tombera-t-elle dans la communauté légale qui existe entre sa femme et lui, de manière qu'il ne pourra jamais avoir droit à aucune récompense pour l'avoir enrichie des 15,000 francs que Pierre lui a payés comptant, ou bien au contraire ne devra-t-il pas être considéré comme ayant cédé, vendu à son frère aîné *le tiers* de l'immeuble, suivant sa part héréditaire dans tous et chacun des biens composant la succession, auquel cas il aurait, à la dissolution de sa communauté, une reprise de 10,000 francs à exercer sur elle, à raison d'une aliénation de propre pendant le mariage? C'est demander si l'art. 883 du Code Napoléon ne doit avoir d'effets que entre les co-héritiers, ou bien au contraire si la règle de rétroactivité qu'il consacre n'étend pas aussi son empire sur les tiers en général qui ne se trouvent pas en relation directe avec eux? Il y a *trois opinions* sur cette importante question.

314. — *Premier système absolu.* — Le partage produit des effets généraux *ergà omnes*, et non pas des effets simplement relatifs aux co-partageants qui y ont parlé. L'art. 883 est conçu en termes *absolus*, d'où il suit que la communauté d'entre Paul et sa femme n'aura qu'à se réjouir de sa bonne fortune qui n'a

composé le lot du mari que d'une valeur mobilière dont elle profitera suivant l'art. 1401 1°, puisque la soulte n'est qu'une créance tout comme une autre, *échue pendant le mariage à titre de succession*, bien qu'elle soit garantie par une hypothèque privilégiée : ce qui ne saurait en changer la nature. Si Paul avait fait un contrat de mariage, avec une stipulation de propres relative aux meubles à échoir, la difficulté n'aurait pas lieu. Mais il s'est marié sans notaire et dès lors il doit subir la position qu'il a cru devoir prendre. Cela ne résulte-t-il pas forcément de la combinaison des art. 724 et 883 avec l'art. 1408 du Code Napoléon, d'après lesquels Pierre Buquet se trouve avoir été saisi de l'immeuble chargé de soulte directement par le défunt, sauf l'obligation qu'il doit remplir à l'égard de son frère? Suivant l'art. 883, Paul n'y a jamais eu aucun droit dès qu'il n'est pas tombé en nature dans son lot? Comment dans un tel système, la soulte qui n'est qu'une valeur mobilière comme toute autre créance, ne serait-elle pas acquise à la communauté sans récompense? Il faudrait un texte qui n'existe pas dans le Code pour que l'on pût admettre une exception aussi grave au principe de l'art. 1401 en matière de communauté légale (1). Quoi! si le partage avec soulte

(1) L'art. 1558 5° est spécial au régime dotal. Il n'y a pas à l'étendre au régime de la communauté, les principes de ces deux régimes étant complètement différents.

s'est fait avant le mariage, la soulte tombera dans la communauté légale comme chose mobilière, puisqu'elle tend *ad mobile*, et s'il s'est fait après la célébration, le mariage aura eu pour effet d'en changer la nature pour l'exclure de la communauté? Sur quoi établirait-on cette distinction subtile? elle n'aurait plus aujourd'hui la raison d'être qu'elle a pu avoir autrefois.

Il est vrai que Pothier, pour justifier l'opinion contraire, allègue que la soulte n'est pas un simple effet mobilier de la succession auquel on puisse dire que le conjoint a succédé...; que ce n'est pas dans la bourse de l'hérédité, mais bien dans celle de l'héritier qui en est chargé qu'elle doit se prendre...; que si elle est à la vérité *mobilière*, elle n'en tient pas moins lieu d'un droit immobilier *indéterminé*, bien qu'au cas particulier le co-partageant qui en est devenu créancier n'ait succédé à aucun immeuble, d'où il faut conclure que la soulte, *quoique mobilière* de sa nature, doit être exclue de la communauté comme si elle était *immobilière*. Mais cette explication embarrassée avec son *quoique mobilier*, qui devient à la fin *purement immobilier*, ne saurait satisfaire ni la logique ni la raison, et Pothier aurait dû, au lieu de le critiquer, faire cause commune avec Bourjon, qui décide juridiquement qu'il faut s'en tenir, pour la solution convenable de la question en litige, aux opérations du *partage déclaratif*

dont la règle de rétroactivité domine toute la législation, parce que *autrement ce serait enter contestation sur contestation*, et en faire renaître une que toute une famille a voulu éteindre par son concours (1) Ah! sans doute, si l'acte qui fait cesser l'indivision renfermait, en France comme à Rome, des aliénations ou des échanges réciproques... si les co-partageants étaient encore comme autrefois les ayant-cause les uns des autres, l'opinion de Pothier serait admise sans difficulté; car dans ce système la soulte n'étant considérée que comme le prix d'une vente de fraction d'immeuble propre serait à l'instant même exclue de la communauté, ou du moins elle n'y entrerait qu'à charge de récompense au profit de celui des époux qui l'y aurait apportée. Mais nous n'en sommes plus là. Le partage tel qu'il existe maintenant n'est pas une *aliénation de propres*. C'est le défunt lui-même qui procède à la division de sa succession entre ses successeurs. Ces derniers ne sont que des instruments chargés de déter-

(1) Voy. BOURJON, cité textuellement par M. DEMOLOMBE (*Success.*, tom. V, n° 315), qui renvoie au *Droit commun de la France*, IIe partie, *de la Communauté*, chap. IV, sect. IV, *distinct.* 4, nos 66-69. L'observation de BOURJON est très-juste. Dans les lots grevés de soultes et composés confusément de meubles et d'immeubles, comment déterminer avec précision en quoi la soulte proviendrait des meubles et en quoi elle proviendrait des immeubles? Dans la théorie contraire, qui rejette complètement l'art. 883 comme réglant les droits respectifs des époux, le partage le mieux fait, suivant l'art. 832, ne prouverait rien, et il faudrait toujours recommencer de nouvelles opérations très-difficiles pour établir au juste le compte des reprises des époux entre eux.

miner les divers cantonnements transmis suivant les attributions du partage, au profit de chacun d'eux par le père de famille lui-même : *omissis mediis;* si bien que les lots deviennent la propriété de chaque co-partageant comme s'il était seul et unique héritier et comme s'il n'y avait pas dans la succession d'autres valeurs que celles qui lui sont dévolues par le tirage au sort ou par les attributions volontaires. Or, dans la théorie actuelle, lorsque le défunt transmet un immeuble à l'un de ses enfants en le grevant d'une soulte au profit d'un autre, ce n'est pas, quoi qu'en dise Pothier et après lui nos interprètes du Code Napoléon, la bourse de l'héritier ainsi loti qui paie la soulte. Elle ne la paie qu'avec une valeur héréditaire déjà encaissée sous une autre forme. En réalité, c'est l'immeuble grevé, dont une partie s'est transformée par la pensée en une valeur mobilière relativement au créancier du retour de lot, qui fournit les fonds nécessaires à l'acquittement de la dette mise à la charge de celui des co-héritiers au lot duquel il a été attribué *cum onere*.

Donc il n'y a pas de distinction à faire pour fixer la nature de la soulte ou du prix de la licitation provenant des immeubles héréditaires, entre le cas où le partage s'est fait avant la célébration du mariage et celui où il a eu lieu à une époque postérieure. Ce qu'il y a de certain, et c'est là le point important pour la

solution du problème, c'est que la soulte n'est qu'une valeur *mobilière* et qu'elle ne saurait à aucun titre, dans la nouvelle théorie des partages, être considérée comme le prix d'une *aliénation de propres* : d'où il suit qu'elle doit tomber dans la communauté légale comme toute autre valeur mobilière, sans récompense au profit de l'époux devenu créancier de l'un de ses co-héritiers par l'évènement du partage.

Quant aux autorités que l'on cite en sens contraire, elles ne font rien à la chose, quelque nombreuses et respectables qu'elles puissent être. Comment nous faire croire que quand il n'a jamais existé *d'immeuble propre* (art. 883), il puisse cependant exister *un prix d'immeuble propre,* afin d'arriver à exclure de la communauté une valeur purement *mobilière?* Si nos anciens se sont crus obligés de faire pour le cas litigieux une exception au principe général qui domine la composition des biens de la communauté, c'est parce qu'ils avaient un motif particulier qui n'existe plus aujourd'hui tel qu'il existait de leur temps. « L'obligation « faite pour soulte en général est *mobilière*, *cùm tendit* « *ad mobile*, dit Ferrière. Cependant, faite pour soulte « de partage (dans lequel se trouvent des immeubles), « ou pour vente d'immeubles appartenant à l'un des « conjoints, elle est réputée *immeuble*, à l'effet seule- « ment d'empêcher que les biens des conjoints par « mariage ne tombent *indirectement* dans la commu-

« nauté *et qu'ils ne se puissent avantager* (aujourd'hui « la loi est plus facile sous ce rapport) (1) *par ce moyen « indirectement contre la prohibition du coutumier, en « convertissant leurs immeubles en deniers* et choses mo- « bilières (2). »

Voilà pourquoi nos anciens coutumiers ont exclu de la communauté légale les soultes de partage, tout en reconnaissant qu'elles auraient dû y entrer comme choses *mobilières*. Mais est-ce à dire que nous devions les considérer maintenant comme étant des représentations de droits réels immobiliers *indéterminés*, pour leur donner aussitôt, en mettant de côté l'évènement du partage, un caractère *immobilier déterminé?* Non, certainement, quoi qu'en aient pu dire nos interprètes. Car depuis la révolution opérée dans la nature du partage, la soulte a perdu son caractère primitif qui en faisait un prix de vente. Nous ne sommes pas obligés de transporter aveuglément dans le droit civil les théories bursales de la régie de l'enregistrement et des domaines. Il semble que nous devions au contraire les en expulser avec le plus grand soin, dans la crainte très-légitime qu'elles ne viennent jeter le trouble dans

(1) Les avantages indirects sont permis entre époux jusqu'à concurrence de la quotité disponible (art. 1099).

(2) *Coutume de Paris*, art. 89, n^os^ 6 et 12. Voy. aussi DENIZART, *V° Soulte*. POTHIER n'a fait que reproduire ce qui existait avant lui, mais les raisons qu'il donne pour justifier sa théorie ne sont pas les véritables, ou du moins elles prêtent à la controverse. Voy. pourtant Cod. Nap., art. 1096 et 1437.

l'ensemble de notre système si satisfaisant sur les partages. Or, le seul moyen que nous puissions avoir d'arriver à une synthèse digne de ce nom en cette matière, n'est-il pas de faire plier tous les obstacles devant la base fondamentale de la constitution de la famille (Cod. Nap., art. 724 et 883), en donnant à la règle de la rétroactivité des *actes divisoires* un pouvoir de rayonnement sur toute la législation civile, sauf, bien entendu, les cas spéciaux où le législateur en aura ordonné autrement?...

315. — *Voilà le premier système.* — C'est le seul vraiment logique et il aurait certainement été admis s'il n'avait pas été empreint d'une certaine dureté qui l'a fait rejeter. Supposons deux enfants mariés en communauté et une succession immobilière de 100,000 francs à partager entre eux. La femme de l'un profiterait de 25,000 francs à son préjudice, puisque si les biens étaient impartageables et si l'un d'eux se rendait adjudicataire, la moitié du prix de la licitation tomberait comme chose mobilière dans la communauté de son frère : de sorte que ce dernier se trouverait en réalité privé lors de la dissolution, de la moitié de la succession paternelle! Aussi, comme nous le verrons plus tard, le Code Napoléon n'a-t-il pas eu égard à la logique et a-t-il mieux aimé un système de *transaction* que le système absolu que nous venons d'exposer.

316. — *Deuxième système absolu* (1). — Voici sa thèse. L'art. 883 n'est qu'une *fiction* à restreindre en vue des quelques cas qu'il a voulu prévoir. Dans notre droit, le partage, *quoique déclaratif* de la propriété, n'en renferme pas moins souvent de *véritables aliénations*. Son caractère est multiple. Il ne faut pas, malgré la généralité du texte précité, l'étendre hors de sa sphère. Or, d'après les traditions historiques, la règle de rétroactivité n'a été inventée que dans deux buts : 1° pour soustraire les partages à la fiscalité proportionnelle, 2° et pour fixer des limites raisonnables aux droits réels constitués pendant l'indivision, par l'un des copartageants, au profit des étrangers à la famille, afin que les lots de tous ne puissent être infectés par le fait d'un seul, et que les droits acquis par les tiers soient cantonnés définitivement dans le lot de celui avec lequel ils ont contracté. Hors de là, *la réalité* reprend son empire, et le partage doit être considéré en France, tout aussi bien qu'à Rome, comme un acte *translatif* de propriété. Il n'est *dévestitif* et *déclaratif* que dans les hypothèses qui ont été implicitement réglées par les termes de l'art. 883 (2).

(1) C'est celui qui est suivi par les jurisconsultes qui n'aiment pas le principe pourtant si remarquable et si utile de l'art. 883 du Code Napoléon.

(2) Voy. notamment DUCAURROY, BONNIER et ROUSTAIN, tom. II, n° 779. DUTRUC, *Traité du Partage*, n°s 14 et suiv. DUQUAIRE, *Revue Critique*, 1853, tom. III, pag. 806 et suiv. et M. DEMOLOMBE lui-même, *passim*. Ses idées sont

Ainsi qu'il est facile de le comprendre, ce système fait du partage une espèce de *Janus* à double visage. C'est un français *d'un côté; de l'autre*, c'est un *prétorien* du Bas-Empire, assez mal disposé pour la famille qu'il exploite le plus qu'il peut, sans s'inquiéter des brouilles qu'il y occasionne. Comme il a eu le malheur de triompher en haut lieu, il est destiné à sombrer un jour avec éclat. Déjà la Cour de cassation elle-même, malgré ses précédents contraires, nous a fait entrevoir le sort qui l'attend, en proclamant que *la rétroactivité des partages en détermine le caractère essentiel, et que c'est d'une manière générale et absolue que l'art.* 883 *déclare que chaque héritier est censé avoir* (traduisez : *a*) *succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot* (1) : il ne lui reste plus, si elle persiste, comme il y a lieu de le penser, dans la voie excellente qu'elle indique par là à ses justiciables, qu'à rattacher les art. 883 et 724 du Code Napoléon ainsi compris, à la règle ancienne : *Dieu seul fait les héritiers* qui, si elle a été oubliée lors de la rédaction des Codes de

vagues sur la théorie des partages. On ne sait trop s'il est avec nous ou contre nous, bien qu'il paraisse se ranger définitivement du bon côté, dans son *Traité des Successions*, tom. V, n° 301. Voy. aussi tous les arrêts de Cassation précités, n° 259, et *contrà*, ceux que nous citons ci-après. La théorie des partages est encore à créer. La jurisprudence se décide tantôt d'un côté, tantôt de l'autre, suivant les besoins du moment; c'est une bascule insaisissable !...

(1) Cass., 29 mars 1853, DEVILL., 1854, I-707. Cass., 2 décembre 1845, DEVILL., 1846, I-21.

l'Empire, n'en est pas moins restée gravée au fond des cœurs vraiment français.

Quoi qu'il en soit, nous devons avouer que ce système *à deux têtes* nous a longtemps séduit. C'est un habile des plus rusés qu'on aura de la peine à expulser du foyer domestique pour lequel il est parfois très-dangereux (1). Et cependant il a plus d'autorité de loin que de près!... car il ne repose que sur un sophisme. Pour des hommes sérieux, qui veulent entrer dans l'esprit national de nos institutions civiles, c'est toujours dans les articles 724 et 883 *largement interprétés* et scellés en ciment romain à la pierre de l'angle de l'ancienne règle ci-dessus rappelée que se trouve l'assise fondamentale de la constitution de la famille française. C'est en épurant peu à peu ces textes des souvenirs du Bas-Empire qui les infectent encore, qu'on finira par comprendre un jour que si le Code Napoléon a un sens pour les partisans du crédit foncier, il en a aussi un autre qu'il tient toujours en réserve pour ceux qui sont restés fidèles aux sages traditions de la patrie.

On sent bien que dans ce système, l'art. 883 restant complètement étranger aux rapports des époux entre eux, les récompenses auxquelles chacun d'eux peut avoir droit à raison des successions qui leur sont

(1) *Suprà*, nos 270 et suiv.

échues, sont régies par le droit commun. Ainsi, dans l'espèce précédente, Paul Buquet s'étant trouvé saisi d'un tiers dans l'immeuble tombé au lot de Pierre, à charge d'une soulte de 15,000 francs, reprendrait lors de la dissolution de sa communauté le tiers du prix de l'estimation au moment du partage, c'est-à-dire 10,000 francs, et non pas la soulte de 15,000 francs que le sort lui a attribuée. On le suppose un *vendeur* ordinaire de ses droits successifs, dans l'immeuble dont il s'agit, comme si l'art. 883 *n'existait pas*.

Pour arriver à ce résultat, on argumente de la manière suivante. Puisque le système généralement suivi (celui ci-après exposé) convient qu'il est impossible, d'après le texte et l'histoire du Code, d'appliquer l'art. 883 aux partages avec soultes et aux licitations prononcées au profit d'un co-héritier, il avoue par cela même implicitement qu'il ne saurait s'appliquer davantage aux partages en nature : la loi ayant mis ces trois événements divisoires sur la même ligne. C'est un argument *ad hominem* fort habile. Il est de fait que le premier système ci-dessus exposé est bien plus logique que le troisième dont il s'agira plus bas. Avant l'art. 232 de la nouvelle Coutume de Paris, il fallait une *convention spéciale* soit dans le contrat de mariage, soit dans l'acte d'aliénation des propres pour qu'il y eût lieu à récompense (1).

(1) Voy. POTHIER, *De la Communauté*, nos 585, 606 et 607.

Enfin, les partisans de ce second système argumentent en leur faveur des art. 1096 et 1437 qui prohibent les avantages indirects *irrévocables* entre époux, tant que dure la communauté. Or rien ne serait plus facile que de frauder la loi sous ce rapport, si l'art. 883 pouvait avoir une influence quelconque sur le règlement des droits respectifs de gens mariés sous ce régime.

Il y a vraiment quelque chose de très-spécieux dans cette théorie. Aussi était-elle soutenue autrefois par Lebrun (1) et par Valin (2), dont l'opinion est encore suivie sous le Code par les savants annotateurs de Zachariæ (3).

317. — *Troisième système*. — C'est un système *de transaction* qui nous a été transmis par Chopin, par les annotateurs de Duplessis (4) et de Bourjon, et par Pothier. Il a été certainement reproduit par les auteurs du Code, bien que leur pensée laisse quelque chose à désirer à cet égard en matière de communauté légale.

Sans doute, on pourrait lui objecter qu'il est peu en harmonie avec la base fondamentale de la règle écrite dans l'art. 883 du Code Napoléon...; que rien ne

(1) *Traité de la Communauté*, liv. I, chap. v, sect. II, *distinct.* 40, 43, 78 et 81.

(2) *Coutume de la Rochelle*, art. 48, § 2, n° 7.

(3) ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, 3e édit., § 625, tom. V, pag. 269 et 270. Mais voy. M. DEMOLOMBE, *Success.*, tom. V, n° 316.

(4) Voy. DENIZART, *V° Soulte*.

nous oblige à transporter dans le droit civil les théories bursales de la régie...; qu'il est même quelquefois très-urgent de les en chasser, dans la crainte qu'elles ne viennent, avec leurs idées de transport de droits immobiliers là où il n'en existe point, à jeter le trouble dans l'ensemble si satisfaisant de notre système sur les partages...; sans doute encore, il faudrait pour arriver à une synthèse complètement rectiligne dans ces matières, rejeter toute transaction et faire plier tous les obstacles devant la base fondamentale des art. 724 et 883, en leur reconnaissant une vertu rayonnante sur toute la législation sans exception... Mais on répond en faveur de ce troisième système qu'en droit, il n'y a pas de règle si absolue qui ne comporte des limites...; que si les art. 724 et 883 sont conçus en termes généraux, cela n'empêche pas qu'ils ne soient limités par l'art. 1558 5°, en ce qui touche les licitations et par identité de raisons, en ce qui concerne les soultes de partages...; que les traditions historiques, et notamment celles de Pothier dans son *Traité de la Communauté* que les auteurs du Code n'ont fait que résumer dans le titre correspondant de leur ouvrage, ne peuvent laisser aucun doute à cet égard...; que l'art. 1408 condamne en termes positifs la base du second système ci-dessus exposé ; qu'enfin, si le premier est plus logique, il est tombé dans un excès contraire qui l'a fait rejeter comme *trop dur*, par nos anciens maîtres,

dont la pensée a été reproduite dans l'art. 1558 5° (1).

Et de là, ce troisième système conclut, tout en abondant dans la *notion* que nous avons donnée de la règle de rétroactivité :

1° Que si le partage s'est fait en nature, les biens échus à l'époux héritier pour partie du défunt, tomberont ou ne tomberont pas dans la communauté, suivant qu'ils seront des meubles ou des immeubles;

2° Que le prix des licitations et les soultes de partages de choses mobilières resteront naturellement dans les termes de l'art. 1401, n° 1.

3° Mais que si des immeubles ont été licités ou si l'époux héritier est devenu abandonnataire par le partage d'une soulte provenant de valeurs *immobilières*, ni la part qui lui reviendra dans le prix de la licitation, ni la soulte de partage ne seront considérées comme des valeurs purement *mobilières* susceptibles de tomber dans la communauté sans donner lieu à des récompenses à sa dissolution, et qu'au contraire, le prix de la licitation et la soulte qui auront été compris dans son lot, lui tiendront lieu *de propres* comme s'il avait été procédé réellement à la vente d'immeubles lui appartenant en particulier, pendant le mariage.

(1) Voy. POTHIER, *de la Communauté*, *loco citato*, et comp. les notes sur ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, tom. IV, 3e *édit.*, pag. 299 et suiv., § 511, note 3. La récompense n'était pas admise dans le principe, à moins de *stipulation formelle*.

On tient pour règle dans notre droit, que chacun des conjoints est, lors de la dissolution, créancier de tout ce dont il a enrichi la communauté à ses dépens, *pourvu que les valeurs provenues des propres n'en soient pas des fruits*. Les soultes rentrent dans cette catégorie.

Voilà le troisième système qui ne s'applique toutefois que quand les choses se sont passées loyalement ; car si, par suite d'un concert entre les héritiers, les lots avaient été composés de manière à enrichir la communauté aux dépens d'un époux, ou l'un des époux au préjudice de leur société, il n'est pas douteux que les tribunaux pourraient rétablir la justice en condamnant soit l'époux avantagé, soit la communauté à payer des récompenses proportionnelles au gain illégitime qu'ils auraient pu retirer d'une telle manière d'agir (1).

318. — Puisque d'après l'opinion généralement suivie, la soulte dont il s'agit, quoique *mobilière* de sa nature, est considérée dans ses rapports avec l'époux créancier, comme lui tenant lieu de sa part dans *un immeuble propre*, il faut décider avec la jurisprudence

(1) Voy. Cass., 9 mars 1839. DEVILL., 1839, II-351. Cass., 11 décembre 1850. DEVILL., 1851, I-253. *Revue critique*, tom. II, pag. 139 et suiv. TROPLONG, *Contrat de mariage*, tom. I, n° 144. DURANTON, tom. XIV, n° 117. DEMOLOMBE, *Success.*, tom. V, n^os^ 315-317. C'est le système à peu près universellement admis. On aime en France *les moyens termes*. Je pense que, lors de la révision du Code Napoléon, ce sera le cas de retourner purement et simplement au premier système. C'est le seul qui soit en harmonie complète avec la notion du partage français.

que l'héritier qui en serait débiteur envers une femme dotale ayant le pouvoir d'aliéner à charge de remploi, ne pourrait valablement se libérer de la charge imposée à son lot qu'en exigeant *l'emploi* comme dans le cas d'une aliénation ordinaire (C. Nap., art. 1558) (1).

319. — L'un des héritiers a fait un testament par lequel il a légué son mobilier à Pierre, et ses immeubles à Paul. Il meurt avant le partage. On y procède et dans le lot qui lui serait revenu se trouve comprise une soulte due par un autre co-partageant à raison d'un immeuble héréditaire. A qui des deux légataires appartiendra cette créance? D'un côté on peut dire que la soulte est de sa nature *mobilière,* et que si l'ancien droit la réputait *immeuble*, c'était uniquement pour empêcher les avantages indirects irrévocables entre époux mariés en communauté (2); que ce motif n'existant pas ici, elle doit être adjugée au légataire *du mobilier*.

M. Demolombe (3) pense cependant qu'il n'en saurait être ainsi, et que la soulte ou le prix de la licitation dont il s'agit, étant la représentation de droits immobiliers indéterminés, doit être délivrée au légataire

(1) Voy. Cass., 21 mai 1860. TROPLONG, *Contrat de mariage,* tom. IV, n° 3113. DEMOLOMBE, n° 318, *Success.*, tom. V, et tous les arrêts des Cours d'appel qu'il cite dans ce sens.

(2) Voy. *suprà*, n°s 313 et suiv.

(3) *Success.*, tom. V, n° 319.

des immeubles et non pas au légataire des meubles. D'après le vent qui souffle sur la jurisprudence dans ces matières, il est probable que son opinion serait confirmée si la question venait à se présenter.

320. — Comme on le voit, toute cette théorie des soultes de partage est une déviation de la ligne droite. L'ensemble du système aurait beaucoup gagné, si les idées s'étaient portées vers la proposition de Bourjon que nous avons exposée plus haut. Il semble pourtant qu'il n'y avait pas d'obstacle insurmontable à son admission. Lorsque deux époux se marient sans contrat de mariage, ils savent à quoi ils s'exposent relativement aux successions qui peuvent leur échoir pendant leur communauté. Pourquoi n'avoir pas soumis les soultes de partage et les prix de licitations d'immeubles héréditaires à l'empire de l'art. 1401 1°, quand en réalité, ces objets ne sont que des valeurs *mobilières* pour l'héritier qui en est abandonnataire, dès que la loi le considérait comme n'ayant jamais été saisi de rien dans les immeubles tombés aux lots de ses co-partageants (art. 883)? Les auteurs du Code n'ont pas été généreux pour la femme, lorsqu'ils se sont occupés de la délation de l'hérédité, puisqu'elle ne vient qu'après tous les autres, le fisc excepté (Cod. Nap., art. 767). N'était-ce pas le cas de saisir avec empressement l'occasion qui se présentait au règlement des soultes de partage pour les faire entrer avec

le reste du mobilier dans la communauté, afin que le conjoint pût en profiter au moins pour partie?.... La théorie des partages s'en serait très-bien trouvée, tandis que dans le système qui a prévalu, les actes divisoires qui se plairaient si bien sous le drapeau sans tache du caractère *purement déclaratif*, sont exposés à se voir souvent maculés par des souvenirs du Bas-Empire assez peu en harmonie avec nos mœurs. Il ne faut pas que les partages deviennent des actes à *double face* et qu'ils soient tantôt *déclaratifs*, tantôt *attributifs* de la propriété. Il y a certainement là une question de législation que l'avenir est appelé à étudier. Quant à présent, tout ce que nous pouvons dire sans crainte, c'est que, s'il est vrai, comme nous le croyons, que le caractère *essentiel* du partage français, est d'être *déclaratif*, il ne l'est pas moins que cette règle souffre quelquefois de graves exceptions. La difficulté consiste à les réduire à leur juste valeur, et à ne pas s'en autoriser pour nuire, comme on l'a fait trop souvent, à la base fondamentale du système.

321. — F. — *De l'application de l'art.* 883 *dans ses rapports avec l'art.* 563 *du Code de commerce.* — C'est par suite de l'idée que nous venons d'exprimer, que nous nous séparons encore de M. Demolombe en cet endroit, à propos de l'art. 563 du Code de commerce, dans ses rapports avec l'art. 883 du Code Napoléon.

Suivant ce savant maître, l'hypothèque légale de la

femme du failli, restreinte comme chacun le sait, aux *propres* du mari (1), ne grèverait pas utilement les immeubles qui, durant la communauté, seraient échus à ce dernier dans un partage avec soulte ou dans une licitation dont la société conjugale aurait fait les fonds : l'art. 563 du Code de commerce n'ayant voulu, dit-on, soumettre à l'hypothèque légale de la femme que les immeubles advenus à son mari *par succession*, *sans bourse délier*, *ou à titre purement gratuit*. Cela toutefois, notez ceci, n'empêcherait pas l'époux héritier d'être propriétaire exclusif *ab initio* dans ses rapports avec sa femme, au regard de laquelle l'art. 883 resterait applicable, mais il en serait autrement dans ses rapports avec la masse des créanciers représentant la communauté ; de sorte que le mari verrait les immeubles héréditaires tomber dans son lot *ex jure hæreditario* à l'égard de celle qu'on veut priver de son hypothèque sur un bien qu'on reconnaît dans ses rapports avec elle être un *propre* de son mari (Cod. Nap., art. 2135-1408), et *ex jure cesso* seulement à l'égard des autres ! Le tout en présence d'un droit de propriété assis sur les art. 724 et 883 du Code Napoléon, c'est-à-

(1) Nous croyons que l'hypothèque légale de la femme mariée même à un non commerçant ne grève pas les *immeubles de communauté*, et que l'article 2135 2° doit s'entendre d'une manière restrictive. L'hypothèque légale de la femme sur les biens de communauté est *incompatible* avec les pouvoirs que la loi donne au mari sur ces biens (art. 1421).

dire en présence du plus exclusif de tous les droits réels ! Exposer une théorie de cette manière, c'est l'avoir réfutée d'avance.

322. — La vérité, ainsi que nous l'avons précédemment établi à propos des cessions de droits successifs (1), est que le défunt lui-même a saisi directement le mari dont il s'agit, des immeubles qu'il lui a transmis à charge de soulte ; que par conséquent ces immeubles lui sont devenus *propres ab initio*, *ex tunc*, en vertu de son droit héréditaire rétroactif, et qu'ils n'ont jamais été et n'auraient pu jamais devenir des acquisitions de commerçant présumées faites aux dépens des créanciers, c'est-à-dire des biens de communauté, *ex nunc vel ex jure cesso*. Peu importe que la communauté ait acquitté la dette mise à la charge du co-partageant, le paiement de la soulte due par lui ou du prix de la licitation n'a rien à voir à l'affaire. La question de savoir comment le remboursement s'en fera rentre dans un autre ordre d'idées. Si la société conjugale a ouvert sa caisse à la décharge du mari, eh bien ! elle sera devenue sa créancière personnelle, et elle s'en tirera un jour comme elle avisera ; mais cela ne fera pas que la propriété des immeubles provenant au mari *ex jure hæreditario* quoique grevée de soulte, ait jamais fait partie des biens communs dont

(1) *Suprà*, n° 264.

le prix doit composer la masse des créanciers de la faillite. Le partage même fait avec soulte, ne constitue pas une acquisition entre vifs. Or, si comme cela paraît incontestable en présence des art. 724, 883 et 1408 du Code Napoléon, le mari seul est propriétaire *ex jure hæreditario*, et non pas *ex jure cesso*, des immeubles dont il s'agit, il est bien clair que l'hypothèque légale de sa femme les grève utilement, puisque ce sont des biens advenus au failli par *succession,* suivant la disposition expresse de l'art. 563 du Code de commerce et de l'art. 2135 2° du Code Napoléon. Qui ne voit que si le législateur eût voulu consacrer le système enseigné par M. Demolombe, il n'aurait pas manqué d'ajouter après ces mots de l'art. 563 précité : *soit par succession,* ceux-ci : *sans soulte ni retour ou à titre purement gratuit.* N'en doutons pas. C'est arbitrairement et sans motif sérieux que nos contradicteurs les y supposent ; et la loi a agi très-sagement, en ne les insérant pas dans l'article en litige. Car si elle l'avait fait, la mère de famille et ses enfants auraient été privés de leur dernière planche de salut au milieu du naufrage, sous le futile prétexte que les biens advenus au mari par succession ou par donation se seraient trouvés souvent pour un simple accident de partage, quelquefois même pour un caprice de co-partageant, grevés de soultes ou de charges insignifiantes eu égard à leur valeur. L'art. 883 est une arme défensive mise entre les

mains de la famille, il ne faut pas la retourner contre elle.... Si le législateur avait fait ce qu'on suppose gratuitement qu'il a voulu faire, il aurait entassé contestation sur contestation, notamment sur le point de savoir en quoi et jusqu'à concurrence de quelle somme les immeubles du mari pouvaient venir de succession *à titre gratuit*, et en quoi ils pouvaient venir d'acquisitions entre vifs *à titre onéreux*.

Il faut donc, sans hésiter, rejeter le système impossible que nous venons de combattre pour nous en tenir aux termes généraux de l'art. 883 qui domine toute la législation, si ce n'est dans les cas, du reste assez rares, où le législateur a cru devoir y faire des exceptions bien nettement formulées, et conclure avec la Cour de Limoges que le mot succession qui se lit dans l'article 563 du Code de commerce pour caractériser la provenance des biens échus pendant le mariage à un commerçant failli, est inséparable de l'idée d'un partage avec tous les effets légaux qui y sont attachés par le droit commun (1).

(1) Voy. un arrêt de la Cour de Limoges du 14 mai 1853. DEVILL., 1853, II-567. Sur conclusions de M. LAROMBIÈRE. Un jugement du tribunal de Charleville, récemment confirmé par la Cour de Metz, a adopté ce système *(Affaire Morelle)*. Un autre jugement (affaire Vassal) du 21 mars 1867, a jugé dans le même sens. Son principal motif est la nouvelle rédaction de l'art. 563, adopté après une discussion qui s'est produite lors de la loi du 28 mai 1838, dans le but de donner des garanties aux femmes.

Contrà, DEMOLOMBE, *Success.*, tom. V, n° 328. ESNAULT, *Traité des Faillites*, tom. III, n° 600. BERTHAULD, *Revue critique*, tom. XXIV, pag. 392-393.

323. — G. — *Méthode.* — Il nous reste pour compléter notre travail sur l'art. 883, à suivre encore les conséquences de la règle de la rétroactivité du partage dans ses rapports *avec le titre des prescriptions*. Elle y donne lieu à des difficultés que nous nous contenterons de résumer en quelques mots, sans entrer dans des détails qui seraient déplacés dans une étude sur le droit de succession. Toutefois nous aurons le soin de renvoyer le lecteur aux ouvrages spéciaux dans lesquels se trouvent plus amplement traitées les questions que fait naître ce sujet.

324. — *De l'art.* 883 *dans ses rapports avec le titre des prescriptions.*

Nous avons vu précédemment que l'héritier continue la possession de son auteur. La jonction des possessions est un des effets immédiats de la saisine héréditaire. Suivons le principe dans l'application.

1° *Première espèce.* — Le défunt s'est mis en possession avec juste titre et bonne foi d'un immeuble qui lui a été vendu *à non domino*. Il a cru avoir acheté la chose du vendeur, alors que ce dernier n'en était pourtant pas propriétaire. Il commence à usucaper le bien dont il s'agit par dix ou vingt ans, aux termes de

Bourges, 2 février 1836. DEVILL., 1837, II-465. Paris, 8 avril 1853. DEVILL., II-565. Ces arrêts prouvent combien la protection de la famille va chaque jour s'amoindrissant en France. La question ne devrait pas même se poser dans notre système sur les partages.

l'art. 2265 du Code Napoléon. A son décès, l'immeuble non encore prescrit entièrement tombe dans l'indivision qui existe entre ses héritiers jusqu'au partage. La co-hérie continue de le posséder pour celui des communistes qui est appelé à en devenir un jour propriétaire exclusif en vertu du partage. Supposons qu'il échoit au lot de l'aîné des enfants. Il est évident que la co-possession de ses co-héritiers se résoudra *ex tunc* à son profit, suivant les art. 724 et 883, et qu'il devra être considéré comme ayant commencé à posséder pour lui-même *à die mortis* (1). Il pourra donc, s'il y a lieu plus tard, après la révolution du temps requis pour prescrire, réunir la possession du père de famille à la sienne propre, et repousser à l'aide de deux possessions confondues en une seule, la revendication du légitime propriétaire qui viendrait tardivement l'actionner en délaissement de l'immeuble dont il s'agit.

325. — 2° *Deuxième espèce.* — Si le défunt n'avait ni juste titre, ni bonne foi, la prescription ne saurait s'accomplir que par trente ans (2), mais la jonction des possessions n'en produirait pas moins son effet ordinaire. Supposons qu'avant la prescription acquise,

(1) Voy. DURANTON, tom. VII, n° 514. TROPLONG, *de la Prescription*, tom. II, n° 886.

(2) Cod. Nap., art. 2262.

celui des co-héritiers auquel la chose aura été attribuée par le partage, ait souffert l'éviction à la suite d'un procès que lui a intenté le véritable propriétaire. Dans cette hypothèse, les co-partageants se trouvant avoir mis dans la masse partageable une chose qui ne devait pas y figurer, il y a lieu de rétablir l'égalité proportionnelle rompue par l'éviction *ex causâ antiquâ*, au moyen d'une action en recours dont nous aurons à nous occuper bientôt.

326. — A Rome, le partage servait lui-même de juste titre pour faire courir l'usucapion de bonne foi au profit des co-partageants. On sent bien qu'il n'en saurait plus être de même chez nous, puisque ceux qui procèdent à un partage de choses indivises n'y sont jamais les *ayant-cause* les uns des autres. Chaque héritier loti suivant ses droits ne peut que continuer la possession de son auteur. Il la prend telle qu'il la trouve, avec ses vices et ses vertus (1).

327. — 3° *Troisième espèce.* — Un étranger est en voie de prescription d'un immeuble susceptible de division et qui dépend de la succession déférée à plusieurs héritiers dont l'un est mineur. Au moment du partage, la prescription est acquise vis-à-vis des majeurs, mais elle ne l'est pas à l'égard du mineur

(1) Voy. L. 17, ff. *De usurpat. et usucap.* Voy. TROPLONG, *loc. cit.* DURANTON, tom. XXI, n° 370.

qui est spécialement protégé à raison de son âge (article 2252). *Quid juris?*

La Cour de cassation décide constamment que la prescription se sera accomplie utilement suivant l'évènement du partage (art. 883). Si l'immeuble est tombé dans le lot du mineur, la prescription aura été suspendue à son profit pour le tout. Si, au contraire, il a été attribué à l'un des héritiers majeurs, le tiers possesseur, désormais propriétaire *ex lege* sera à l'abri des suites de la revendication qui serait exercée contre lui (1).

328. — *4° Quatrième espèce.* — Même décision pour le cas où, parmi les co-héritiers, il se trouverait une femme dotale (Cod. Nap., art. 1561-2255). Si l'immeuble est tombé dans son lot, la prescription aura été impossible; si, au contraire, il est tombé dans le lot de l'un de ses co-héritiers majeurs, elle se sera accomplie utilement.

329. — *5° Cinquième espèce.* — Même décision pour le cas où, de deux héritiers, l'un serait domicilié dans le ressort de la Cour d'appel de la situation de l'immeuble, et l'autre dans un ressort étranger, bien que la prescription de dix ans paraisse acquise à l'égard de l'un et ne le soit pas à l'égard de l'autre. Mais le

(1) Cass., 2 décembre 1845. DEVILL., 1846, I-21, et la note de DEVILL., où il cite un grand nombre d'autorités. Cass., 29 août 1853. DEVILL., 1853, I, pag. 707. MARCADÉ, art. 2252 1°.

partage peut modifier ce résultat si l'on s'en tient à la jurisprudence ci-dessus énoncée que nous considérons comme juridique.

M. Demolombe est d'un avis contraire. Il croit que le détenteur en cours d'usucapion, au moment du décès, et qui a acquis la prescription *medio tempore* contre des communistes majeurs, est devenu propriétaire *ex lege* des portions idéales qui appartenaient à ces majeurs dans la chose indivise, et que, par conséquent, l'usucapion utilement accomplie doit avoir pour effet de le faire tomber dans une indivision particulière avec le co-propriétaire mineur ou dotal contre lequel la prescription n'a pas été possible. D'après lui, la jurisprudence n'aurait pas dû, au cas particulier, faire application de la règle de l'art. 883.

« Attendu, dit-il, que dans le premier cas (c'est-à-
« dire dans celui où le partage a attribué la chose liti-
« gieuse à un co-propriétaire susceptible d'être dé-
« pouillé par la prescription), le co-héritier contre
« lequel la prescription a pu courir, serait évidem-
« ment *sacrifié*, s'il devait seul porter le poids de l'é-
« viction d'une chose qui, peut-être, forme la plus
« grande valeur de son lot, de telle sorte qu'il ne lui
« resterait plus rien! Car, enfin, durant l'indivision,
« la prescription n'a pu courir contre lui que *pour sa*
« *part* (C'est là la question. En quoi consistait cette
« part? Il n'y a que le partage qui la fait connaître et

« si le partage lui a attribué *le tout*, la prescription a « pu courir contre lui pour le tout). Et les autres parts « dès lors n'ont pu lui être attribuées (il n'y a pas sous « le Code *d'autres parts attribuées*, puisque c'est le dé- « funt lui-même qui saisit chaque co-partageant des « choses comprises dans son lot) dans le partage, que « sous la garantie de ses co-héritiers.

« Et attendu, dans le second cas (celui où la chose « est tombée au lot du mineur ou de la femme dotale), « que le tiers possesseur serait évidemment *sacrifié;* « car il avait, durant l'indivision, acquis la portion de « ceux des co-héritiers contre lesquels la prescription « avait couru (mais le partage a prouvé ensuite qu'ils « n'en ont jamais eu aucune) (art. 883), et il ne se « peut pas qu'il en soit privé par l'effet du partage, « c'est-à-dire par le fait des co-héritiers qui ne man- « queraient jamais, bien entendu, en telle occurrence, « d'employer tous les moyens possibles pour arriver à « ce résultat. »

De tout cela, M. Demolombe conclut que l'art. 883 n'a rien à voir ici, par la raison toute simple que la chose dans laquelle un tiers aurait acquis, par prescription, la portion de l'un ou de plusieurs co-héritiers ne devrait plus être désormais comprise dans la masse partageable comme n'étant plus héréditaire pour les portions prescrites.

330. — Nous comprenons cette opinion. Mais elle

n'en doit pas moins être rejetée, à notre sens, comme anti-juridique. Pour nous, l'art. 883 est en quelque sorte un principe *d'ordre public* qu'il faut étendre le plus possible. Et voilà pourquoi nous approuvons la jurisprudence de la Cour que critique le savant professeur précité.

En effet, lorsqu'une succession s'ouvre au profit de plusieurs héritiers, par exemple d'un majeur et d'un mineur, de quoi chacun d'eux est-il saisi dans les biens héréditaires? Est-ce de la moitié? Oui, si le partage divise exactement ces biens entre les deux co-héritiers. Dans cette hypothèse, il n'est pas douteux que le tiers possesseur dont il est question aura usucapé utilement la part du majeur dans l'immeuble héréditaire qu'il aura possédé pendant le temps requis pour la prescription, puisque rien n'empêchait ce majeur d'interrompre l'usucapion avant son accomplissement. S'il ne l'a pas fait, c'est sa faute et il doit en supporter les conséquences. Mais si l'immeuble possédé par le détenteur vient à tomber dans le lot du mineur, comme le majeur n'y aura jamais eu aucun droit d'après le principe dévestitif et dirimant de l'art. 883, il est bien évident qu'on n'aura pu prescrire contre lui relativement à une chose qui ne lui aura jamais appartenu, même pour la moindre partie. On ne peut dépouiller par la prescription que des propriétaires, et le co-héritier majeur dont il s'agit ici ne l'a

jamais été, puisqu'il est considéré par la loi comme n'ayant pas existé par rapport à tous les effets compris dans le lot de son co-héritier (art. 883, *in fine*). L'erreur que nous relevons contre M. Demolombe n'est venue encore que de sa *notion équivoque* du partage qui, d'après lui, renfermerait *quelque peu d'attributif* dans certains cas (1); tandis que, suivant nous, il n'en renferme point, si ce n'est dans les hypothèses que nous avons examinées précédemment à propos de soultes. Et encore peut-on les expliquer autrement que par une *idée d'aliénation* qui est certainement étrangère à l'esprit de notre législation sur les actes divisoires.

331. — Mais si, pour les choses *indivises* susceptibles de faire partie de la masse partageable en cette qualité, la prescription est subordonnée à l'évènement du partage, lorsque les co-héritiers ne sont pas tous majeurs et maîtres de leurs droits, il n'est pas douteux qu'il n'en saurait être de même à l'égard des choses divisées *de plein droit* comme les créances transmises *de plano* par le défunt à chacun de ses successeurs pour leurs parts et portions héréditaires. Dans cette hypothèse, la prescription libératoire, que l'étranger débiteur aurait acquise contre le co-héritier majeur,

(1) M. BERTHAULD juge aussi notre opinion comme une extension abusive de l'art. 883, *Revue critique*, tom. XXIV, pag. 393; ajoutez-y ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, § 625, note 18.

ne serait pas subordonnée à l'attribution de la créance qui aurait été faite à tort au mineur pour le tout. Car la moitié prescrite avant le partage, n'aurait pu y être comprise à titre de cession (art. 1220-832), attendu qu'on ne peut transporter que des créances encore vivantes au moment où s'en fait le transport (Code Nap., art. 1693).

332. — Tout le monde sait qu'en ce qui concerne les choses *indivisibles* (1), la suspension de prescription qui existe en faveur de l'un des communistes, profite à tous les autres. *In individuis minor relevat majorem* (Cod. Nap., art. 709-710). Il semble dès lors que l'article 883 ne saurait avoir quoi que ce soit à démêler en cette matière spéciale, et que si un immeuble indivis créancier d'une servitude sur un champ voisin vient à tomber dans le lot d'un héritier majeur, ce dernier n'aura rien à redouter de la prescription, puisque la seule présence d'un mineur parmi les indivisaires a conservé utilement les droits de tous les autres *dans les choses indivisibles*, comme s'il y avait eu suspension de prescription, aussi bien pour les majeurs que pour l'incapable..., que par conséquent celui qui prétendrait avoir usucapé la liberté de son héritage, *putà* à raison du *non usage* d'une servitude dont les trente ans se seraient accomplis durant l'in-

(1) Voy. POTHIER, *Coutume d'Orléans*, art. 226.

division, ne serait pas écouté dans son exception libératoire, vu que le temps pendant lequel le mineur se serait trouvé engagé dans les liens de la communauté, ne saurait lui compter utilement (1).

Ne pourrait-on pas soutenir dans un autre système qu'il n'y a aucune distinction à faire entre les choses communes *divisibles* et celles qui sont *indivisibles*, et qu'au cas particulier, la règle *minor relevat majorem in individuis* doit céder le pas au principe général bien autrement important de l'art. 883? En définitive, le défunt n'a saisi ses héritiers quels qu'ils soient, majeurs ou mineurs, qu'à *charge de partage*. Or, si le fonds dominant qui se trouve au décès indivis entre un héritier majeur et un héritier mineur, vient plus tard à tomber *dans le lot du majeur*, pourquoi le propriétaire du fonds servant ne serait-il pas recevable à invoquer utilement la prescription qu'il aurait acquise dans le temps écoulé du décès au partage? Est-ce que l'abandonnataire de l'immeuble dont il s'agit n'en a pas été directement saisi par le *de cujus* comme si le mineur n'avait jamais existé? Est-ce que les droits de ce dernier, quant au bien tombé dans le lot de son co-héritier majeur, n'ont pas été résolus *ex tunc* par l'évènement du partage? Evidemment (art. 724 et

(1) Voy. M. DEMOLOMBE, *Traité des servitudes*, tom. II, n° 999, et *Success.*, tom. V, n° 326, *in fine*, et aussi M. TROPLONG, *de la Prescription*, tom. II, n° 739.

883). Il semble donc que l'héritier majeur ayant continué *pour le tout* la possession du défunt, sans lacune, avec ses vices et ses vertus, le tiers possesseur qui a prescrit la liberté de son fonds contre le défunt et son héritier majeur réunis, peut invoquer utilement contre ce dernier le bénéfice de l'art. 706, sans être obligé de déduire le trait de temps intermédiaire écoulé depuis le décès jusqu'au partage qui a fait disparaître le mineur comme s'il n'avait jamais existé par rapport au fonds dominant échu au lot de son co-héritier majeur.

Nous serions bien tenté de préférer cette dernière opinion à la première (1). De cette manière, la règle de la rétroactivité des partages dominerait complètement le titre des prescriptions non-seulement dans les *choses divisibles*, ce qui paraît certain, mais encore dans *les choses indivisibles*, ce qui l'est moins; de sorte que la recevabilité de l'exception tirée de la prescription que des tiers seraient en position de faire valoir contre certains propriétaires indivis, serait toujours subordonnée à l'évènement de l'acte qui mettrait fin à l'indivision (art. 883). Les acquisitions à titre onéreux les cessions, les transactions, les échanges relatifs à des objets de la succession indivise y sont bien subordonnés, pourquoi n'en serait-il pas de même de la pres-

(1) Les arrêts de Cassation ci-dessus cités du 2 décembre 1846 et 29 août 1853 (*suprà*, n° 327) nous donnent implicitement raison.

cription qui n'est en définitive qu'une manière particulière d'acquérir ou de se libérer (1)?

333. — *Réflexions sur ce qui précède et transition.* — C'est ainsi, à notre sens, que doit s'interpréter la règle *du partage déclaratif* formulée d'une manière incomplète dans l'art. 883 du Code Napoléon. Rapprochée de celles *Dieu seul fait les héritiers*, et *le mort saisit le vif*, elle constitue la base fondamentale de l'édifice juridique de la famille française dans ses rapports avec le droit de succession. L'art. 883 est le complément et le dernier mot de l'art. 724. Il doit s'interpréter *largement*, d'un point de vue élevé et non pas d'une manière *rétrécie*, comme l'a fait trop souvent la jurisprudence du XIX^e^ siècle, dans un espoir imaginaire de crédit (2). Nous pensons qu'il faut y voir non pas une *exception* ou une *fiction* à renfermer dans le cercle de Popilius, mais au contraire une disposition générale dont l'esprit bienfaisant s'étend sur toute la législation civile et fiscale, sauf les cas où le législateur a cru devoir en ordonner autrement. Entre le foyer

(1) Voy. cependant ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, *loc. cit.*, § 625, note 18.

(2) Dans le sens d'un système *restrictif*, voy. l'article de M. DUQUAIRE précité, *Revue critique*, tom. III, pag. 808 et suiv. MM. AUBRY et RAU sont aussi du nombre des jurisconsultes qui tendent plutôt à resserrer la règle de l'art. 883 qu'à l'étendre. M. DEMOLOMBE est incertain. Quant à nous, nous croyons que c'est *l'un ou l'autre* et non pas *l'un et l'autre*, et que tous ces systèmes mélangés de droit romain et de droit coutumier sont loin de satisfaire la raison, et de protéger la famille d'une manière convenable.

domestique et le crédit foncier, il n'y a pas à hésiter.

Ainsi entendus, les art. 724 et 883 forment le pivot fondamental de toute une synthèse éminemment protectrice des intérêts et de la bonne harmonie de la famille, sans que jamais le public puisse avoir sérieusement à s'en plaindre.

Plus on étudie cette partie de notre droit, plus on en est content. Mais pour la bien comprendre il ne faut pas s'arrêter à la surface et voir des *fictions* là où il n'y en a pas. C'est en méditant sur l'histoire de la famille coutumière que l'on parviendra un jour à en connaître à fond toutes les harmonies.

Espérons que le signal donné par M. de Valroger finira par être entendu de la magistrature et qu'elle s'empressera de revenir aux sentiers de la vérité. Si Dumoulin et Pothier les ont déjà explorés, il y reste encore des conquêtes nouvelles à faire, principalement en ce qui touche les licitations au profit des étrangers (1).

C'est surtout en législation qu'il est vrai de dire : *un bon tiens vaut mieux que deux tu l'auras*. Or, notre théorie des partages est admirablement appropriée au caractère du pays. Aucune n'est plus favorable à la

(1) Déjà des tentatives ont été faites à cet égard, et si nous n'en acceptons pas le résultat, c'est parce que l'histoire les condamne ; car au fond, l'application de l'art. 883 aux licitations prononcées au profit *des étrangers*, n'aurait rien que de très-satisfaisant pour l'ensemble du système.

stabilité de la propriété foncière, aucune n'est plus propre à assurer la paix au sein de la famille..., aucune autre n'aurait au même degré ce qu'il faut pour combattre *la cupidité* que nous avons tous mission de refréner et non pas d'encourager. Il ne s'agit donc que d'en développer l'esprit suivant les errements de nos anciens maîtres. Puissent ces vœux être entendus pendant qu'il en est temps encore, avant que la jurisprudence ne s'engage davantage dans les voies rétrogrades et impossibles qu'elle semble vouloir affectionner en cette matière. Elle n'y obéit à aucune synthèse bien arrêtée. Tantôt les tribunaux interprètent l'art. 883 d'une manière large et conforme à son esprit; tantôt, au contraire, ils le réduisent à l'état *d'exception*. Il est évident que la science est encore loin d'être faite sur cette base fondamentale du droit de succession. On s'y préoccupe beaucoup trop des intérêts de crédit qui ne devraient jamais y tenir que le *second plan*.

Cela dit sur l'art. 883, nous passons à la garantie des lots dont la loi s'est occupée dans les articles suivants.

SECTION II.

De la garantie des lots (Cod. Nap., art. 884, 886).

SOMMAIRE.

334. — *Méthode.*

335. — Notion de la garantie. Généralités.

336. — Origine du mot *garantie*.
337. — Il y a deux garanties : la garantie simple et la garantie formelle.
338. — De la garantie *en droit romain* dans les partages.
339. — De la garantie *en droit français* dans les mêmes actes.
340. — *Méthode*.

---

334. — *Méthode*. — Après avoir traité des effets du partage au point de vue de la rétroactivité réglée par l'art. 883, la loi s'occupe des moyens à l'aide desquels elle entend maintenir l'égalité entre les co-partageants. Ces moyens consistent : 1° dans une obligation de garantie qu'elle impose à tous les co-héritiers (art. 884 à 886) ; 2° et dans une *action en rescision* qu'elle leur reconnaît le droit d'exercer dans certains cas déterminés (Cod. Nap., art. 887 à 892, 1109, 1110). Il ne s'agit ici que de *l'action en garantie*, la rescision devant être examinée plus loin.

335. — *Notion de la garantie. Généralités*. — En général, la garantie est une obligation dont nous sommes tenus lorsque nous avons à prévenir une éviction ou à réparer le préjudice qui peut en résulter pour nos ayant-cause *à titre onéreux* (1). Si la pro-

(1) Dans les actes *à titre gratuit* la garantie n'est pas due, en général. Je ne suis pas tenu de garantir ce que *je donne*.

priété était toujours assise d'une manière complètement inébranlable, il n'y aurait lieu que très-rarement à l'exercice de la garantie formelle. Mais comme les modes d'acquisition du domaine dérivé sont impuissants par eux-mêmes pour fonder un état de choses immuable (1), et comme par suite nous ne pouvons nous dire vraiment propriétaires qu'autant que nos droits ont été consolidés par le temps de l'usucapion régulièrement accomplie, il peut arriver, et il arrive assez souvent que l'avantage promis par une convention en apparence translative, n'est pas l'avantage réellement *procuré*. De là la nécessité de faire usage des actions en garantie. Si donc, le possesseur vient à souffrir soit un trouble de droit, soit une éviction totale ou partielle de la chose acquise à l'aide de l'un des moyens reconnus par la loi, il lui est accordé une action en recours contre son garant ou contre l'aliénateur, qui n'a pu lui céder que les droits qu'il avait lui-même sur la chose vendue ou transportée.

336. — *Origine du mot garantie.* — Ce que nous appelons en France *garantie,* se nommait à Rome *auctoritas*, parce que celui qui se trouvait sous le coup d'une éviction recourait à *l'autorité* ou à la protection de son auteur, *auctor*, *putà* de son vendeur, de son co-échangiste ou de son co-partageant : lesquels devaient

(1) Cod. Nap., art. 2182.

s'arranger de manière à ce qu'il possédât la chose sans trouble, *ut habere liceat* (1). Le mot *garantie* de notre langue juridique nous est venu du droit germaniqne, *gewere, were*, d'où *warantia* ou *warandia* (2). Il exprime une idée de défense, de responsabilité dont l'objet est d'indemniser quelqu'un d'un trouble, d'une éviction, et même, *lato sensu,* d'un dommage quelconque.

Celui qui se trouve engagé dans les liens de cette espèce particulière d'obligation s'appelle aujourd'hui un *garant*, autrefois un *garantisseur (garentizator),* ou un *garieur*, de *garire*, *protéger*, *défendre* (3).

337. — Tout le monde sait qu'il y a deux espèces de garantie : la garantie *simple* et la garantie *formelle*. La garantie simple est celle qu'un défendeur inquiété exerce par l'action *personnelle* (4), elle nous est venue du droit romain; l'auteur *(auctor)* n'y était tenu que de l'éviction. Mais comme la condamnation de son ayant-cause pouvait rejaillir et rejaillissait le plus souvent sur lui, il avait toujours le droit d'intervenir au procès.

Au contraire, la garantie *formelle* (celle qui est

(1) Voy. à cet égard, L. 76, ff. *De evict.* PAUL, *Sentences,* liv. II, tit. XVII, § 3. *Fragments du Vatican,* § 10.

(2) Voy. DUCANGE, *Glossaire, V° Warantia*, et KLIMRATH, *Etude sur la saisine,* édition de Warnkœnig, tom. II, pag. 344.

(3) Voy. le *Glossaire du droit français,* à la fin des *Institutes* de LOYSEL, édition de MM. Edouard Laboulaye et Dupin, *V° Garantie*, et à cette occasion M. LABBÉ, *Revue pratique,* tom. XIX, p. 242 et suiv.

(4) Voy. BOITARD, *Leçons sur la procédure,* tom. I, n°s 142, 391.

exercée par le défendeur originaire à une action réelle) nous est venue *du droit germanique*. Elle oblige l'auteur à prendre le fait et cause du garanti, lequel peut demander et obtenir sans difficulté sa mise hors de cause ; d'où il suit qu'en matière *de garantie formelle,* le véritable défendeur est *le garant*. Il défend et protège non-seulement la personne du défendeur originaire envers laquelle il est tenu, mais encore *la chose elle-même* qui donne lieu à l'action en garantie (1).

Cela posé, recherchons sur quelle base est assise la garantie des lots dans la matière que nous traitons.

338. — *En droit romain*, il est facile de justifier le principe sur lequel repose la garantie que se doivent réciproquement les co-héritiers en matière de partage. Chacun d'eux se trouvant l'ayant-cause direct de ses co-partageants, il est clair qu'il doit leur garantir ce qu'il leur a transmis à titre d'échange ou de vente. Nous savons à l'aide de quelles actions s'exerçait chez nos maîtres en législation le recours dont il s'agit (2).

339. — *En droit français,* le partage n'étant pas *translatif*, mais simplement *déclaratif* de la propriété, ce qui fait que chacun des héritiers tient son lot directement du défunt et non pas de ses co-partageants, il est plus difficile de caractériser nettement le principe

(1) Voy. KLIMRATH, *loco citato,* tom. II. pag. 344 et suiv.

(2) Les actions *ex stipulatu* et *præscriptis verbis*, suivant les cas.

sur lequel reposent les art. 884 et suivants du Code Napoléon. Si je n'échange rien avec mes co-héritiers, si je ne leur transmets rien qui proyienne de mon patrimoine, il semble que je ne leur doive aucune garantie à raison des évictions ou des troubles qu'ils peuvent avoir à souffrir un jour sans ma faute.

Malgré cela, nos anciens coutumiers n'ont pas pensé que la garantie fut inconciliable avec leur partage *déclaratif*, et ils ont conservé avec raison en cette matière l'obligation dont il s'agit, comme si les actes divisoires étaient de leur nature translatifs de la propriété. Seulement, comme ils ne pouvaient justifier cette conservation *en droit français*, par les motifs que les Romains avaient dans leur théorie, ils ont dû le faire à l'aide de moyens tout autres que ceux qui leur étaient indiqués par les anciens textes du Digeste et du Code de Justinien.

Il ne faut pas chez nous aller chercher le principe de la garantie des partages ailleurs que dans *l'égalité* exigée entre co-partageants. « La seule raison, dit « Pothier (1), sur laquelle, dans notre droit, est fondée « la garantie des co-partageants, c'est que l'égalité qui « doit régner dans les partages se trouvant blessée par « l'éviction que souffre l'un des co-partageants dans « quelqu'une des choses tombées dans son lot, la loi

(1) *Traité de la vente*, n° 633.

« qui exige cette égalité oblige chacun d'eux à la réta-
« blir. »

A la vérité, M. Demolombe dit que ce n'est là que changer les termes de la question, puisqu'il reste toujours à savoir *pourquoi* l'égalité doit régner dans les partages, et qu'au fond des choses il est difficile de ne pas faire remonter le principe de la garantie à une idée d'attribution ou d'aliénation réciproque. Il est vrai, et c'était la raison qui nous avait décidé autrefois à expliquer le privilège des art. 2103 et 2109 par une idée de rétention de propriété sous certains rapports, même en matière de partage (1). Mais après avoir médité à nouveau sur ce sujet, nous pensons aujourd'hui que c'était aller trop loin et qu'on peut certainement expliquer la théorie de la garantie ainsi que celle des privilèges qui en découlent, autrement qu'en supposant dans le partage des aliénations réciproques. *D'une part,* l'équité de cette action est évidente, et on ne comprendrait pas d'égalité sérieuse si elle n'était assurée contre les éventualités de l'avenir, par quelque moyen sanctionnateur capable de la maintenir entre gens qui n'ont pas voulu spéculer. *D'autre part,* tous les co-héritiers, en comparaissant au partage, ont implicitement reconnu mutuellement les droits respectifs de chacun d'eux. « Chacun n'a consenti à reconnaître, dit fort bien

(1) Voy. la première série de nos *Etudes*, tom. I, nos 35 à 76.

« M. Demante (1), les droits des autres sur les biens « héréditaires qui leur sont échus, que sous la condi- « tion que le droit qui lui est reconnu sur les biens de « son lot repose en effet sur les biens héréditaires. »

Ainsi les attributions faites à chaque héritier sont la *cause* de l'obligation que la loi met à la charge de chaque co-partageant, comme s'il avait expressément contracté l'engagement de respecter et de faire respecter celles obtenues par ses co-héritiers. Si l'obligation dont il s'agit ne peut s'exécuter en nature avec des choses qui seraient restées encore dans l'indivision, alors il y a lieu d'aviser au rétablissement de l'égalité rompue à l'aide soit d'une indemnité pécuniaire, soit d'une action en rescision, lorsque la lésion est assez considérable pour que l'on soit dans la nécessité de recourir à cette extrémité (Cod. Nap., art. 885-887); mais il faut, dans ce dernier cas, que l'on se trouve dans l'une des hypothèses où la rescision est admise.

Ces notions préliminaires bien comprises, nous passons au commentaire des art. 884, 885 et 886 du Code Napoléon, qui ont eu pour objet de régler la matière dont il s'agit (2).

(1) *Cours analytique*, tom. III, n° 226 *bis*, I.

(2) Sources de ces trois articles : Voy. L. 14, Cod. *Famil. ercisc.* L. 20, § 3. L. 25, § 21. L. 33, ff. *eod. tit.* POTHIER, *Vente*, n° 633 35, *Success.*, chap. IV, art. 5, § 3. *Société*, n° 178. *Communauté*, n°s 716, 720. *Introd.*, *au titre* XVII *de la coutume d'Orléans*, n°s 98-99.

340. — *Méthode.* — Nous diviserons comme nos devanciers ce sujet en trois paragraphes.

Dans *le premier*, nous verrons dans quels cas il y a lieu de recourir à l'action en garantie.

Dans *le second*, en quoi elle consiste.

Et dans *le troisième*, pendant combien de temps elle peut être utilement mise en exercice.

§ 1er.

DES CAS DANS LESQUELS A LIEU L'OBLIGATION DE LA GARANTIE.

SOMMAIRE.

341. — Des causes de la garantie et des cas dans lesquels elle n'a pas lieu.

342. — A. Du trouble de fait et du trouble de droit.

343. — Du cas où le trouble de droit était connu au moment du partage.

344. — Notion de l'éviction. Des cas dans lesquels un cohéritier peut se dire *évincé*.

345. — Des cas inverses.

346. — B. De l'éviction *ex causâ antiquâ*.

347. — Conséquences de l'éviction *pour cause nouvelle*.

348. — Divers cas de causes anciennes.

349. — C. Des clauses exclusives de la garantie.

350. — *Quid*, si une clause de non garantie valablement stipulée était plus tard la cause d'une lésion de plus du quart?

351. — Des clauses et des renonciations tacites que la loi a voulu prohiber dans les partages.

352. — D. La garantie n'a pas lieu si l'éviction s'est produite par la faute du co-héritier évincé.

353. — *Quid juris*, si l'évincé a défendu seul à l'action intentée contre lui par un tiers revendiquant?

354. — Résumé des causes de garantie.

355. — De la procédure à suivre par le co-héritier menacé d'éviction.

Il doit appeler ses garants dans l'instance s'il est prudent.

---

341. — Suivant l'art. 884, la garantie a lieu lorsqu'il se produit un *trouble* ou une *éviction* pour une cause antérieure *(ex causâ antiquâ)*, ou tout au moins contemporaine et concomitante au partage.

Elle n'a pas lieu : 1° si l'éviction n'a été soufferte que pour une cause postérieure *(ex causâ novâ)*;

2° Si l'éviction qui s'est produite ensuite a été exceptée par une clause *particulière et expresse* de l'acte divisoire.

3° Enfin si l'éviction n'est arrivée que par la faute du co-héritier évincé.

Parcourons ces différents cas d'application de l'article 884.

342. — A. — *Des troubles de fait et de droit.* — La

condition essentielle de l'action en garantie est qu'il y ait eu *trouble ou éviction*.

Si les choses restent dans l'état où les a mises le partage, il est clair que chaque co-partageant jouissant paisiblement du lot qui lui est échu ne saurait agir contre ses co-héritiers pour qu'ils aient à faire cesser un trouble ou à l'indemniser d'une éviction qui n'existent pas.

Par trouble on entend un acte qui empêche le possesseur de jouir en paix de la chose qu'il détient. Il faut distinguer *le trouble de droit* du *simple trouble de fait*. *Le trouble de fait*, celui qui résulte par exemple d'un bris de clôture, d'une coupe clandestine de bois, d'arbres, de vignes, de passages non dus, etc., etc., imputables à des tiers qui ne revendiquent aucun droit sur l'héritage, n'est pas par lui-même susceptible de donner lieu à l'action en garantie. C'est au co-héritier qui en souffre à s'en défendre à l'aide des moyens de police préventive et coërcitive qu'il peut invoquer suivant les cas qui se présentent.

Il en est autrement *du trouble de droit,* qui consiste dans une demande en justice qu'un tiers vient intenter dans le but de faire reconnaître un droit quelconque qu'il prétend avoir sur la chose partagée : par exemple une servitude, une hypothèque, un usufruit, un droit d'usage et d'habitation et même un simple bail.

La mise en mouvement d'une action possessoire

devant le juge de paix (Cod. procéd., art. 23) suffirait aussi pour motiver un recours en garantie (1).

Nous croyons toutefois que si une entreprise avait été commise sur un bien provenant du défunt, et s'il y avait seulement lieu d'agir par la réintégrande avant l'expiration de l'année du trouble, le co-héritier qui se trouverait encore dans le délai utile pour se faire restituer par le spoliateur, et qui ne l'aurait pas fait, n'aurait pas de recours à exercer contre ses héritiers, parce que dans cette hypothèse il serait vrai de dire qu'il aurait souffert l'éviction par sa faute (art. 884). Ce serait un point de fait à décider d'après les circonstances.

343. — Ce qui précède relativement au *trouble de droit* ne peut s'entendre ainsi qu'autant que l'objet de la réclamation soulevée par un étranger, était *inconnu* au moment du partage. Si les co-partageants s'en étaient expliqués dans l'acte divisoire ou s'il était bien constant en fait, que les co-héritiers intéressés en auraient eu connaissance à cette époque, par exemple, s'il s'agissait de servitudes apparentes (Code Napoléon, articles 694-1638), *à fortiori*, de servitudes légales (article 652), d'un bail en cours d'exécution, et d'autres cas semblables, il n'est pas douteux que l'action en

(1) DURANTON, t. VII, nos 526, 527. CHABOT, art. 884, n° 27. DEMOLOMBE, tom. V, n° 334.

garantie devrait être repoussée par une fin de non-recevoir insurmontable d'après les circonstances de la cause (1).

Pour éviter les procès qui surgissent souvent à cette occasion, il est bon que les actes de partage s'expliquent catégoriquement à cet égard. Du reste les notaires ne manquent jamais d'en dire un mot dans les instruments qu'ils dressent pour diviser les successions, et de cette manière ils évitent bien souvent des difficultés à leurs clients.

344. — *De l'éviction.* — « Le mot éviction (du latin « *e-victio)* suppose par son étymologie et dans son sens « étroit, que l'acquéreur subit une contestation de la « part d'un tiers, qu'il est battu, vaincu, qu'il suc- « combe dans cette lutte judiciaire, et que cet échec « entraîne pour lui la privation définitive de la chose « acquise. Le mot dont il s'agit suscite une double « image, celle d'une défaite (ou d'un triomphe, suivant « le point de vue auquel on se place), et en outre celle « d'une perte, d'un enlèvement de la chose, d'une « mise à exécution de la sentence. Telle est l'énergie « de la particule *e* ou *ex* (2). »

Voilà le sens strict du mot *éviction*. Dans les art. 844 et suiv. du Code Napoléon, cette expression a une

(1) Voy. M. Mourlon, *Répétit. écrites*, tom. II, pag. 205.

(2) M. Labbé, *Revue pratique*, tom. XIX, pag. 242.

signification plus large. Elle embrasse tous les préjudices pour cause ancienne que les co-partageants ont pu éprouver à raison des biens qui sont tombés dans leurs lots. « Toutes les fois, dit Pothier, que les choses « qui me sont échues ne sont pas telles qu'elles ont été « déclarées par le partage et que j'ai intérêt qu'elles « soient, il y a lieu à la garantie de partage, quand « même je ne souffrirais pas d'éviction (proprement « dite) comme si l'héritage qui est échu dans mon lot « est d'une moindre contenance que celle qui est dé- « clarée par le partage (1). »

Ainsi, il faut considérer comme *évincé* et par conséquent comme *recevable* à intenter l'action en garantie, non-seulement le co-héritier qui a souffert une éviction de tout ou partie de son lot, en vertu de jugements devenus définitifs.... ; mais encore :

1° Celui qui souffre *un trouble de droit*, tendant à éviction (art. 884) ;

2° Celui qui pour ne pas délaisser préfère payer un créancier hypothécaire du défunt ou de tous les co-héritiers, inscrit utilement sur les héritages tombés dans son lot (Cod. Nap., art. 2168) (2)... ;

(1) POTHIER, *Success.*, chap. IV, art. 5, § 3.

(2) DEMANTE, tom. III, n° 226 *bis*, II. On doit considérer comme *évincé* au point de vue de la garantie tout co-partageant qui se trouve empêché de jouir paisiblement des choses qui lui ont été attribuées dans le partage par le droit antérieur d'un tiers.

3° Celui auquel seraient échus des animaux atteints de vices rédhibitoires (art. 1648 et loi du 20 mai 1838) ou des choses infectées de défauts cachés qui les rendraient impropres à l'usage auquel elles seraient destinées (Cod. Nap., art. 1641 et suiv.) (1).

4° Celui qui n'aurait pas les contenances indiquées par le partage, puisque *d'une part*, ses co-héritiers lui doivent la délivrance de son lot, et que, *d'autre part*, la masse partageable se trouve par erreur avoir été composée en partie de choses qui ne se trouvaient réellement pas dans la succession (argum. *à fortiori* des art. 1707, 1616 et suiv.) (2).

345. — *A l'inverse*, il ne faudrait pas considérer comme *évincé* dans le sens de l'art. 884 :

1° Le co-héritier qui n'aurait souffert qu'un simple trouble *de fait* (3) ;

2° Celui qui n'éprouverait que la crainte d'être inquiété par un trouble *de droit* qui ne se produirait pas réellement.

Toutefois, il pourrait y avoir lieu de sa part à provoquer des mesures conservatoires, suivant les circon-

(1) DEMANTE, *loc. cit.*, n° 226 *bis*, III. DEMOLOMBE, *Success.*, tom. V, n° 343.

(2) Voy. POTHIER, *loc. cit.* ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, § 625, 3e édit., pag. 274, note 35. FOUET DE CONFLANS, art. 884, n° 2. DEMOLOMBE, tom. V, n° 342. Cass., 8 novembre 1826. *Palais*, tom. LXXVII, pag. 465. DEVILL. à sa date. ROLLAND DE VILLARGUES, *V° Partage*, n°s 272-273. SOLON, *des Nullités*, tom. I, n° 268. Bordeaux, 16 mars 1829. DEVILL. à sa date.

(3) *Suprà*, n° 342.

stances, afin de prévenir autant que possible le danger d'éviction qui serait menaçant pour l'avenir (1) (Comp. art. 1180 et 1653).

3° Celui au lot duquel aurait été comprise une chose qui serait venue à périr ensuite pour une cause inhérente à sa nature. On suppose dans ce cas qu'il a été tenu compte, lors de la composition de la masse de la nature temporaire et périssable de la chose. C'est ce qui se produit toujours lorsqu'il s'agit de rente viagère, d'usufruit ou d'emphythéose (2).

346. — B. — *De l'éviction ex causâ antiquâ.* — L'action en garantie n'est recevable qu'autant qu'elle est fondée sur une *cause ancienne*, c'est-à-dire sur une cause antérieure au partage. Cette seconde condition exigée par l'art. 884 pour l'exercice utile de la garantie va de soi. Dans le système de nos lois, les co-partageants ne se doivent et ne peuvent se devoir réciproquement l'égalité des lots qu'à l'époque où ils procèdent à la division de la succession. Une fois les attributions définitivement faites, le régime collectif est remplacé par le régime individuel, et dès lors chacun profite des augmentations et supporte les pertes qui peuvent survenir plus tard aux biens dont il a hérité directe-

(1) DEMOLOMBE, *Success.*, tom. V, n° 340. POTHIER, *de la Vente*, n° 637.

(2) POTHIER, *Success.*, chap. IV, art. 5, § 3. Cass., 18 novembre 1840. DEVILL., 1841, I-81. DEMOLOMBE, tom. V, n° 339.

ment de l'auteur commun (art. 883-724). Lorsque une question de garantie vient à s'agiter devant les tribunaux, le point important consiste tout d'abord à rechercher si la chose litigieuse était ou n'était pas réellement une chose héréditaire. La demande est accueillie si le demandeur prouve que le droit qui lui a été attribué et reconnu par ses co-partageants ne faisait pas partie des biens de la succession. A l'inverse, elle est rejetée si ses co-héritiers défendeurs établissent qu'il était *héréditaire* et que dès lors l'éviction n'a pu se produire qu'à raison d'une cause postérieure au partage et qui leur est, par cela même, étrangère.

347. — Concluons de là :

1° Qu'une expropriation forcée pour cause d'utilité publique, lors même que le co-héritier évincé n'aurait reçu aucune indemnité (1)...;

2° Que des pertes survenues aux choses partagées par suite de cas fortuits, tels que grêle, inondations, coulure, et que des dépérissements naturels dont la cause ne devrait pas être nécessairement attribuée à quelque vice essentiel ancien et inconnu au moment du partage, qu'en un mot, les faits qui ne peuvent que retomber sur un propriétaire quand ils se pro-

(1) DUCAURROY, BONNIER et ROUSTAIN, tom. II, n° 794. Bordeaux, 23 janvier 1826. DALLOZ, 1826, II-183. POTHIER, *Introd. au tit.* XVII *d'Orléans*, n° 99, et *Success.*, chap. IV. art. 5, § 3. DEMOLOMBE, *Success.*, tom. V, n° 344.

duisent, sans qu'il puisse les attribuer à son auteur...; éleveraient un obstacle insurmontable à la recevabilité de l'action en garantie (1).

348. — Mais il faudrait bien évidemment considérer comme antérieures ou contemporaines au partage les causes de préjudice qui se produiraient dans les cas suivants :

1° Les co-partageants ont commis des erreurs dans la composition des lots. Ils y ont compris comme héréditaires des valeurs qui n'existaient pas. Celui au lot duquel ces valeurs seraient échues aurait évidemment une action en recours contre ses co-héritiers pour rétablir l'égalité rompue *ex causâ antiquâ* (2).

2° Une créance sur un débiteur de la succession que l'on croyait très-solvable vient à périr plus tard. Il est démontré qu'il était réellement *insolvable* au moment du partage et que par conséquent la valeur comprise dans l'un des lots n'en était pas *une réellement*. Nul doute que dans ce cas, il y aurait lieu à un recours en garantie, comme s'il s'agissait d'une éviction *ex causâ antiquâ*. Car, bien que la créance n'ait pu entrer dans le lot de l'héritier dont il s'agit, qu'à titre de cession,

(1) Voy. à cet égard, POTHIER, *loc. cit.* LEBRUN, *Success.*, liv. IV, chap. 1, n° 77. CHABOT, art. 884, n° 4. DEMOLOMBE, *Success.*, tom. V, n° 345.

(2) Voy. pourtant les considérants d'un arrêt de Cassation du 12 juillet 1853. DEVILL., 1853, I, pag. 742 et suiv. Mais aussi M. DEMOLOMBE, *Success.*, tom. V, n° 346.

il n'est pas douteux que ses co-héritiers lui doivent quelque chose de plus que des vendeurs ordinaires de créances (Cod. Nap., art. 1693) puisque tous les co-partageants se doivent réciproquement *l'égalité des lots*. Or, pour que les lots soient égaux, il ne suffit pas que la créance existe, il faut encore qu'elle vaille au *moment du partage* la somme pour laquelle elle y figure, d'où il suit nécessairement que tous doivent garantir à l'héritier devenu abandonnataire la solvabilité du débiteur cédé à cette époque.

Quant à la question de savoir si le débiteur était ou non *solvable* au moment où l'égalité est requise, elle ne peut dépendre que des circonstances dont l'appréciation souveraine est laissée à la sagacité des tribunaux appelés à en connaître (arg. de l'art. 886) (1).

349. — C. — *Des clauses exclusives de la garantie.*

Les clauses de non garantie s'admettent plus difficilement dans le partage que dans la vente (comp. article 884, *infine*, et 1627). Elles n'y sont autorisées que *par exception*, en vue d'un cas spécial et à la condition que la volonté des co-partageants se sera manifestée à cet égard par une stipulation *particulière et expresse* (art. 884, 2e alinéa). La raison de cette différence saute aux yeux. La vente est une spéculation toujours plus

(1) Voy. DEMANTE, tom. III, n° 230 *bis*, I-II-III. DEMOLOMBE, *Success.*, tom. V, nos 374 et 380, et nos *Etudes*, Ire série, tom. I, n° 47.

ou moins aléatoire. Dans le partage, au contraire, les parties ont un tout autre but, celui de sortir d'indivision. Elles n'y veulent pas spéculer. Si les clauses de non garantie, en général, y avaient été permises, elles seraient devenues de style, et rien n'aurait été plus facile que d'éluder les sages dispositions que la loi a dû prendre pour maintenir et au besoin rétablir l'égalité entre les co-partageants.

Restreintes à des cas particuliers, spécialement prévus, elles n'offrent plus le même danger, parce qu'alors, on est certain qu'elles n'ont pu être faites qu'en connaissance de cause.

350. — *Quid juris,* si une clause de *non garantie* stipulée dans les termes de l'art. 884 était néanmoins plus tard l'occasion d'un préjudice ou d'une lésion importante au détriment de l'un ou de l'autre des co-héritiers?

La clause légalement formée serait obligatoire pour tous, et il n'est pas douteux que le co-héritier évincé serait privé du droit qui lui aurait appartenu sans elle, d'actionner ses co-héritiers en garantie...; mais ce ne serait pas un motif suffisant pour lui interdire la voie de la rescision du partage suivant l'art. 887. Seulement il faudrait pour donner lieu à l'application de ce dernier article que l'estimation du bien relaté dans la clause de non garantie constituât une *lésion* capable d'autoriser la rescision, pour préjudice de *plus du*

quart au moment du partage et non pas au moment de l'éviction (1). Si, dans l'estimation qui a eu lieu lors de la composition des lots, il a été tenu compte de la moins-value à raison du danger d'éviction, l'action en rescision pour lésion de plus du quart n'est pas reçue, parce que dans ce cas la perte possible a été compensée par une chance de gain, et que le partage s'est trouvé égal au moment où il a été fait. Il en serait autrement si l'immeuble avait été estimé sans que l'on eût tenu compte du danger d'éviction, parce qu'alors l'égalité s'étant trouvée rompue par le partage lui-même, c'est le cas d'appliquer l'art. 887 à l'hypothèse dont il s'agit (2).

351. — Il est bien évident qu'en prohibant les clauses générales de *non garantie* dans les partages, la loi a par cela même voulu proscrire celles par lesquelles les parties stipuleraient vaguement qu'elles ne se devront aucune garantie pour *quelque éviction que ce puisse être*. A plus forte raison, la renonciation *tacite* que l'on voudrait faire résulter contre un co-héritier de cette circonstance qu'il aurait, au moment du par-

(1) DEMANTE, tom. III, n° 227 *bis*, I, *in fine*. DELVINCOURT, tom. II, pag. 50, note 1. CHABOT, art. 884, n° 5. DURANTON, tom. VII, n° 537. ZACHARIÆ-MASSÉ et VERGÉ, tom. II, pag. 378. DEMOLOMBE, *Success.*, tom. V, n° 351.

Comparez dans l'ancien droit, ROUSSEAU DE LACOMBE, *V° Partage*, sect. 4, n° 4, et LEBRUN, *Success.*, liv. IV, chap. I, n° 74.

(2) Voy. MOURLON, qui cite l'enseignement de M. VALETTE, *Rép. écrit.*, tom. II, pag. 210.

tage, connu la cause d'une éviction à craindre dans l'avenir, ne saurait-elle être admise sous l'empire du Code. Il n'en est pas ici comme en matière de vente (art. 1629) (1). Bien plus, une renonciation de cette nature résulterait implicitement, par voie de raisonnement, des termes qu'on aurait employés dans le partage lui-même, qu'elle n'en devrait pas moins être considérée comme *non avenue*, parce que l'art. 884, en exigeant une *exception stipulée en termes exprès*, a, sous ce rapport, abandonné la doctrine de Pothier (2) qui déclarait valables ces sortes de renonciations implicites au bénéfice de la garantie. Il faut aujourd'hui s'expliquer catégoriquement à cet égard : personne ne pouvant être présumé avoir voulu tacitement renoncer à un droit aussi légitime que la garantie sans laquelle l'égalité dans les partages serait souvent exposée à d'étranges mécomptes. Il n'y a que dans les cas où l'éviction aurait été déjà consommée publiquement au moment du partage et qu'il s'agirait d'un fait notoire, connu des co-partageants, que la demande en garantie deviendrait non recevable à raison de l'interprétation à donner au langage et à la conduite des parties (3).

Mais une clause par laquelle tel ou tel lot aurait été

(1) Voy. MARCADÉ, art. 884, II. DEMOLOMBE, *Success.*, tom. V, n° 348.

(2) *Success.*, chap. IV, art. 5, § 3.

(3) Voy. M. DEMOLOMBE, *Success.*, tom. V, n^os^ 348-349. TAULIER, *Théorie raisonnée du Code civil*, tom. III, pag. 308.

chargé à ses risques et périls d'un immeuble *litigieux*, *sous-estimé* en conséquence, serait très-valable. Elle rentrerait dans l'esprit et dans les termes de l'art. 884, en même temps qu'elle assurerait la stabilité du partage et la tranquillité dans la famille. La chance de perte y serait compensée par la chance de gain, et dès lors le co-héritier qui se trouverait évincé ultérieurement n'aurait pas de recours à exercer contre ses cohéritiers par rapport à l'immeuble dont il s'agit.

352. — D. — La quatrième condition de la recevabilité de l'action en garantie consiste en ce que l'éviction ne doit pas avoir eu lieu par la faute du co-héritier évincé (art. 884, combiné avec l'art. 1382).

Cette condition va de soi. La question de savoir quand il y a faute imputable se résout d'après les circonstances.

Il y aurait évidemment une faute capable d'élever une fin de non-recevoir contre l'action en garantie :

1° Si le co-héritier évincé avait laissé une prescription se compléter depuis le partage. Il faudrait pourtant qu'il eût eu le temps d'agir, car si la prescription était sur le point de s'accomplir au moment du partage, et s'il n'y avait plus que quelques jours à courir pour qu'elle fût acquise au tiers possesseur, il n'y aurait pas lieu de rejeter la demande en garantie sur le fondement que le co-héritier évincé serait constitué en faute. Lebrun voulait qu'il y eût encore un an à courir à par-

tir du partage (1). Le Code ne contenant aucune disposition à cet égard, c'est un point de fait à apprécier d'après les circonstances particulières de chaque affaire (2).

2° S'il n'avait pas lui-même opposé à son adversaire la prescription qu'il aurait pu invoquer contre lui..., et généralement, s'il n'avait pas fait valoir, en plaidant seul contre un tiers, tous les moyens qu'il aurait pu proposer pour échapper aux conclusions de la demande (arg. des art. 1640, 1725, 2031) (3).

353. — *Quid juris,* dans l'espèce suivante? Le cohéritier évincé a pris sur lui de défendre *seul*, sans appeler les autres co-partageants en cause, à une action en revendication intentée contre lui. Il a fait valoir tous les moyens possibles pour repousser la demande. Mais il n'en a pas moins succombé à la fin, soit par prévention, imprudence, erreur, ou injure du juge *per injuriam judicis* (4). Dans cette hypothèse, ses cohéritiers seraient-ils fondés à prétendre que c'est sa faute s'il n'a pas gagné son procès, et que l'éviction ne doit retomber que sur lui, vu qu'elle ne procède pas *ex causâ antiquâ* (Cod. Nap., art. 884)?...

(1) LEBRUN, *Success.*, liv. IV, chap. 1, n° 74.

(2) CHABOT, art. 884, n° 6. DURANTON, tom. VII, n° 531. POUJOL, art. 884, n° 4.

(3) Voy. M. DEMOLOMBE, *Success.*, tom. V, n° 355.

(4) L. 51, ff. *De evictionibus.*

Oui certainement, car il est en faute de ne pas avoir appelé ses co-héritiers dans l'instance. Il s'agit ici d'une question de responsabilité, et la chose jugée n'est pas opposable à ceux qui n'ont pas été parties au jugement. C'est ainsi que l'entendait Pothier, d'accord avec la loi romaine, et rien dans nos Codes n'est de nature à faire supposer qu'on ait voulu s'écarter sous ce rapport de l'ancien droit. Ainsi les co-héritiers du co-partageant évincé seraient fondés à soutenir malgré le jugement rendu contre lui, qu'il aurait dû triompher de son adversaire (1) !...

354. — *Résumé.* — De tout ce qui précède, il résulte que la demande en garantie est subordonnée aux quatre conditions que nous venons d'analyser, et que par conséquent, elle n'est recevable qu'autant : 1° que l'éviction qui y donne lieu, procède *ex causâ antiquâ*, c'est-à-dire d'une cause antérieure au partage; 2° que cette cause n'ait pas été *notoire* au moment où il a été fait; 3°, qu'elle n'ait pas été formellement exceptée par *une clause particulière et expresse;* 4° et enfin que l'éviction ne soit pas arrivée *par la faute* de l'héritier. Il ne nous reste plus pour en finir avec l'art. 884 que d'indiquer de quelle manière doit s'exercer l'action en garantie

(1) Voy. DEMANTE, tom. III, n° 227 *bis.* II, et DEMOLOMBE, *Success.*, tom. V, n° 356.

355. — Lorsqu'un héritier est poursuivi en revendication par un tiers qui prétend être, en tout ou en partie, propriétaire d'un bien compris dans son lot, il appelle ses co-héritiers dans l'instance afin de l'aider à triompher de l'ennemi commun. Puis il prend contre eux des conclusions pour le cas où, contre toute attente, la revendication viendrait à être accueillie. Dans cette hypothèse le tribunal statue sur le tout en même temps. La revendication est-elle rejetée? La demande récursoire n'a plus d'objet. Est-elle au contraire admise? Les défendeurs en garantie sont condamnés chacun pour leurs parts et portions héréditaires à indemniser le co-héritier évincé, de manière à ce que l'égalité rompue par l'éviction soit rétablie entre tous. Voilà la procédure qui se suit ordinairement, parce qu'elle est beaucoup plus prudente que celle dont nous allons dire un mot.

Quelquefois, la demande en garantie, au lieu de se produire incidemment à la demande en revendication, s'intente par action principale. C'est ce qui a lieu lorsque l'héritier a plaidé *seul* contre le revendiquant et qu'il a perdu son procès. Il n'est pas douteux qu'il est encore fondé, malgré cette circonstance, à recourir contre ses co-héritiers qui lui doivent garantie en matière de partage. Mais alors il est exposé à plus d'un désagrément, car on peut soutenir contre lui qu'il n'aurait pas dû faire le procès, que les frais de la

première instance étaient inutiles puisqu'un seul jugement aurait été suffisant, et que par conséquent, il doit les supporter personnellement. Ce n'est pas tout. Que ses co-héritiers viennent à prouver qu'il s'est mal défendu, qu'il n'a pas produit des pièces décisives qui se trouvaient entre leurs mains, etc., etc..., et alors il peut non seulement perdre son recours, mais encore être, suivant les circonstances, condamné en des dommages et intérêts. Du reste, la présomption est que les juges de la première sentence ont bien jugé. Ce serait aux co-héritiers de l'héritier évincé et demandeur en garantie par action principale à prouver le contraire (1).

§ 2.

EN QUOI CONSISTE L'OBLIGATION DE GARANTIE (C. NAP. ART. 885 (2).

SOMMAIRE.

356. — *Méthode.*

357. — L'éviction peut-elle jamais autoriser l'évincé à demander la rescision du partage pour lésion de plus du quart? Opinion de Lebrun, de Delvincourt et de M. Mourlon.

(1) Voy. MOURLON, *Répétit. écrites*, tom. II, pag. 205 et 206. POTHIER, *Success.*, chap. IV, art. 5, § 3, et DELVINCOURT, note sur la pag. 73, tom. II, pag. 145.

(2) Sources, LL. 1, 2, Cod. *Si unus ex plurib. hæred.* POTHIER, *Success.*, chap. IV, art. 5, § 3. *De la communauté*, n° 720. *Coutume d'Orléans, introd. au titre* XVII, n^os^ 98 100. *Contrat de vente*, n° 635.

358. — Elle est rejetée par l'auteur.

359. — Sur quelle base se fixe l'indemnité à laquelle a droit le co-héritier évincé?

360. — *Premier système*. Elle devrait se régler au temps du partage.

361. — *Deuxième système*. C'est le temps de l'éviction qu'il faut considérer.

362. — Suite. Objections et réponses.

363. — Réflexions sur ce qui précède et sur l'abandon du système de Pothier et de Dumoulin au cas particulier.

364. — *Troisième système* de transaction. Il est rejeté.

365. — Les garants ne sont pas tenus d'indemniser l'évincé de la plus-value résultant de son industrie ou de son fait.

366. — De la répartition des insolvabilités.

367. — Des héritiers bénéficiaires dans leurs rapports avec la garantie.

368. — Du privilège de la garantie.

369. — Suite.

370. — Du privilège pour la garantie des soultes.

371. — Privilège au cas de licitation.

---

356. — *Méthode*. — Nous avons à examiner ici plusieurs questions importantes et sur lesquelles les opinions sont assez divergentes. Elles sont relatives à l'option que l'on prétend possible entre l'action en garantie et l'action *en rescision du partage*, à l'étendue

de l'obligation des héritiers purs et simples et des héritiers bénéficiaires, et aux priviléges auxquels donne lieu l'évènement juridique dont il s'agit. Nous allons nous livrer à leur examen le plus succinctement que nous pourrons.

357. — Les articles 884, 885 et 886 de la section IV du chapitre VI, relatif au partage, ont-ils quelque chose de commun avec les art. 887 et suivants de la section V, relative à la rescision ?

En d'autres termes, l'éviction que souffre l'un des co-héritiers peut-elle jamais l'autoriser à demander la rescision du partage pour lésion de plus du quart ?

Lebrun tout en avouant que régulièrement (c'est-à-dire généralement), il suffit de récompenser l'héritier qui a souffert l'éviction, suivant la loi 14 au Code *familiæ erciscundæ*, enseignait néanmoins « que si la « récompense ne peut se faire commodément et que « l'éviction soit *considérable*, il y a lieu de procéder à « un nouveau partage, aux termes de l'art. 142 de la « nouvelle coutume de Bretagne (1)...; à plus forte « raison, si l'éviction se fait de la totalité d'un lot ; car, « en ce cas, il faut nécessairement procéder à un nou- « veau partage (2).

(1) L'art. 142 de cette coutume portait « *et procéder à nouvelles lottes* « (loties, lotissements) *si autrement ladite récompense ne se peut commo-* « *dément faire.* »

(2) Voy. LEBRUN, *Success.*, liv. IV, chap. 1, nos 80.

Sous le Code, les opinions sont partagées sur la question. « Il n'y aurait pas de justice, dit M. Vazeille (1), à « n'accorder toujours qu'une indemnité d'argent. La « loi n'a pas restreint de cette sorte l'effet de la garan- « tie. Elle a voulu rétablir l'égalité rompue par l'évic- « tion... L'indemnité sera fournie en argent, quand une « éviction partielle laissera dans le lot de l'évincé une « assez forte portion d'immeubles pour que avec la « soulte (l'indemnité), il puisse balancer à peu près le « lot de ses co-héritiers. Mais si l'éviction a emporté une « portion d'immeubles *considérable* et si la condition « de l'évincé se trouve par là trop au-dessous de celle de « ses co-héritiers, on pourra être obligé de refaire en- « tièrement le partage ou tout au moins de fournir, par « un retranchement de fonds dans les autres lots, l'équi- « valent de ce que l'éviction aura fait disparaître : » *salvo jure alieno*, c'est-à-dire en respectant les droits acquis par des tiers dans le temps intermédiaire.

Delvincourt émet la même idée : « En général, il « n'y a pas lieu à un nouveau partage, en cas d'évic- « tion. Cependant si par l'effet de l'éviction, l'un des « co-héritiers se trouvait dépouillé de sa part en totalité « ou à peu de chose près, il pourrait demander un « nouveau partage (2). »

(1) Voy. *ses Commentaires* sur l'art. 885, n° 1 et 2.

(2) Tom. II, pag. 155. DELAPORTE, *Pandectes françaises*, tom. III, pag. 395.

M. Mourlon qui cite l'enseignement de M. Valette, décide catégoriquement que le co-héritier évincé qui éprouve une lésion de plus du quart, a *deux* actions à son choix : l'action en garantie et l'action en rescision (1). Il faut avouer que cette manière de voir paraît d'abord conforme à l'équité et à l'égalité qui doivent le plus possible toujours règner entre co-partageants.

358. — Cependant nous ne pensons pas qu'elle doive être admise. Dans les textes et dans l'esprit de la loi, le partage est quelque chose *d'immuable*, sauf les cas où le législateur en a ordonné autrement. Il n'a rien de commun avec les contrats *synallagmatiques*. C'est ce qui résulte de la combinaison des art. 1167, *in fine*, et 882 avec l'art. 885 qui nous occupe, et aussi de l'art. 883. *D'une part*, la rescision du partage est réglée dans une section particulière (art. 887 et suiv.), et, *d'autre part*, l'art. 885, par les termes dont il s'est servi, nous semble avoir tranché la question contre le sentiment des honorables jurisconsultes précités. Il y aurait trop d'inconvénients à l'accepter. Il faudrait limiter arbitrairement l'art. 883 par des exceptions qui n'existent pas, pour maintenir les droits des tiers acquis *medio tempore*, et considérer le nouveau partage qui viendrait à faire comme *attributif* de la propriété sous

(1) *Répétit. écrites*, tom. II, pag. 209.

certains rapports, de sorte que l'héritier évincé se trouverait tenu hypothécairement des dettes de ses frères et sœurs sur les immeubles qu'on lui rendrait à la place de ceux dont il aurait souffert l'éviction, ou bien on se trouverait dans la dure nécessité de sacrifier à la famille des tiers de bonne foi qui auraient contracté avec l'évincé sous l'empire d'une erreur invincible, ce qui ne vaudrait guère mieux. Or, d'après ce que nous avons dit précédemment, les héritiers ne sont jamais les ayant-cause les uns des autres dans notre droit actuel. Qui ne voit que le système ci-dessus exposé ouvrirait la porte aux actions récursoires et à tous les embarras que l'art. 883 a voulu prévenir? Tout ce qui sent la résolution doit être banni avec soin des partages. Ce sont des actes dont la stabilité importe fort au repos des familles et au bien public, et qu'il faut maintenir tant que l'on ne se trouve pas dans les cas spécialement prévus où la rescision est autorisée par la loi. Il n'est pas possible que tous les co-héritiers soient à la discrétion de celui d'entre eux qui souffrirait une éviction; ce qui arriverait cependant s'il avait le choix, comme le prétend M. Mourlon, d'agir en garantie ou en rescision suivant son intérêt. *Car si les biens avaient diminué de valeur* après le partage, il ne manquerait pas de prendre la voie de l'action en garantie, puisque dans ce cas il aurait plus de profit à obtenir une indemnité pécuniaire représentative de

l'immeuble qu'il aurait perdu que de demander un nouveau partage, en faisant rescinder l'ancien..... Si au contraire, ce qui arrive le plus souvent, *ils avaient acquis une plus-value* importante, de manière à lui procurer un lot plus considérable que l'indemnité à laquelle il aurait droit, il ne se ferait pas faute de prendre la voie de la rescision des art. 887 et suivants du Code Napoléon, au lieu de celle de la garantie réglée par les art. 884 et 885 du même Code; en sorte qu'il pourrait, par le droit d'option que lui accorde le système de nos contradicteurs, s'attribuer en partie les bénéfices de l'augmentation survenue aux biens héréditaires et laisser à la charge de ses co-héritiers tous les risques de la diminution de valeur qu'ils auraient pu subir. Il est évident qu'il n'en saurait être ainsi dès que la loi, qui avait à choisir entre la garantie et la rescision pour rétablir l'égalité compromise par l'éviction, a préféré, dans les art. 884 et suivants, *une indemnité pécuniaire* qui respecte le *statu quo*, à une action résolutoire qu'elle ne pouvait admettre qu'à la dernière extrémité dans une matière qui ne la comporte que très-difficilement (1).

C'est sans doute la raison pour laquelle Pothier, qui ne paraît pas avoir partagé l'opinion de Lebrun, d'a-

(1) *Junge*. DEMANTE, tom. III, n° 231 *bis* IV. DEMOLOMBE, *Success.*, tom. V, n^os^ 358-359. DUTRUC, *Traité du partage*, n° 567.

près lequel l'action en garantie n'était qu'un supplément de partage, ne parle que *d'indemnité pécuniaire* dans le paragraphe qu'il a consacré à la garantie des partages (1). Les auteurs du Code n'ont fait à cet égard que reproduire sa pensée dans les art. 884 et 885 qu'ils lui ont empruntés, et par conséquent l'éviction *ex causâ antiquâ* ne se règle et ne peut se régler qu'avec de l'argent et non pas avec des biens en nature, à moins que le partage n'ait laissé quelques immeubles en commun, auquel cas ils pourraient combler le déficit produit par l'éviction, comme s'ils avaient été attribués dans le principe à l'évincé, en vertu des art. 830, 831 et 883 du Code Napoléon, ou qu'il ne s'agisse d'un cas de nullité absolue dans lequel le partage n'aurait réellement pas eu de cause.

359. — Sur quelles bases se fixe l'indemnité à laquelle a droit le co-héritier qui a souffert l'éviction?...

Il existe sur cette question capitale de la matière dont nous traitons en ce moment, trois systèmes différents qu'il est bon d'éclairer par l'histoire.

Les co-héritiers en procédant au partage des biens héréditaires contractent par cela même l'obligation de se garantir réciproquement les choses qui tombent dans leurs lots respectifs. Si ces choses ainsi attribuées à chacun conservaient toujours la même valeur, il n'y

(1) POTHIER, *Success.*, chap. IV, art. 5, § 3.

aurait pas de difficulté à régler l'indémnité qui reviendrait au co-héritier évincé plus tard *ex causâ antiquâ*. Il suffirait de prendre l'estimation qui aurait été faite du bien perdu lors de la composition des lots, et de répartir ensuite cette estimation entre les différents contribuables, au prorata de leurs parts héréditaires. De cette manière l'égalité proportionnelle serait rétablie entre tous.

Mais, en fait, les choses ne se passent presque jamais ainsi. Il est très-rare, à l'époque où nous vivons, que les biens partagés ne subissent pas des variations et il arrive au contraire très-souvent que leur valeur vénale au moment de l'éviction diffère sensiblement de celle qu'ils avaient au moment du partage. De là la question de savoir si c'est l'estimation qui a eu lieu *pour la composition des lots*, ou bien si c'est celle à faire au moment *de l'éviction* qui doit servir de base au règlement de l'indemnité due au co-héritier évincé?

360. — *Premier système. — L'indemnité doit se calculer d'après la valeur du bien au moment de l'éviction et non pas au momeat du partage.*

L'immeuble évincé a-t-il été compris pour 30,000 f. dans la composition des lots et n'en vaut-il que 20,000 au temps de l'éviction? Le co-partageant qui s'en trouve privé n'est recevable à recourir contre ses co-héritiers que pour 20,000 fr. et non pas pour 30,000. A l'inverse, l'immeuble vaut-il 40,000 fr. au moment

de l'éviction, au lieu de 30,000 portés au partage? Dans ce cas l'héritier évincé est autorisé à agir en garantie pour 40,000 fr., déduction à faire de sa part confuse.

Voilà le premier système. Il est très-simple en apparence, et il a pour lui beaucoup de partisans dans la science, quoi qu'il en ait très-peu dans la pratique.

On le fonde principalement sur un argument de texte que l'on tire de l'art. 885, d'après lequel les cohéritiers sont tenus d'indemniser l'évincé *de la perte que lui a causée l'éviction*. Or, dit-on, cette perte est bien celle du temps de l'éviction et non pas de l'estimation qui a dû servir à la composition des lots, puisque autrement l'indemnité qui serait allouée au demandeur en garantie, au cas d'une augmentation de valeur survenue *medio tempore* ne le couvrirait pas de la perte (c'est-à-dire de *toute* la perte) causée par l'éviction. Donc la loi a tranché la question par un texte formel (art. 885), et dès-lors il n'y a plus à discuter.

On ajoute que « puisque l'éviction soufferte par l'un « des co-partageants n'empêche pas le maintien du « partage et que les autres conservent les biens tom- « bés dans leurs lots, comme si l'immeuble évincé, « faussement cru dans le principe *héréditaire*, avait été « *tel*, ce ne peut être qu'à la condition par eux de pro- « curer un *équivalent* au co-héritier dépouillé, une « position semblable à la leur. De même donc que les

« non-évincés profitent ou souffrent de l'accroissement « ou du décroissement de valeur des biens héréditaires « tombés dans leurs lots, de même il faut que l'évincé « profite ou souffre (gare à l'erreur!) de l'accroisse- « ment ou du décroissement survenu dans la valeur du « bien non héréditaire qui lui avait été (à tort) attri- « bué. » Voilà la véritable raison de décider (1).

Le système contraire de Dumoulin et de Pothier doit être rejeté sous l'empire du Code.

D'abord, il est pour le moins douteux que Pothier en écrivant sur la fin de sa vie son *Traité des successions*, dans lequel a été puisé l'art. 885 du Code civil, y ait conservé l'idée primitive qu'il avait émise dans son *Traité du contrat de vente* (2).

Il est évident, *ensuite*, que le reproche que l'on fait à ce premier système de confondre le partage avec la vente et de créer des garanties semblables dans les deux conventions n'est aucunement fondée; car il n'assimile pas, comme cela doit être, les co-partageants dans leurs rapports entre eux à des vendeurs dans leurs rapports avec leurs acheteurs.

Cela est si vrai que l'éviction ne peut jamais y devenir pour l'évincé une affaire de *lucre*, tandis qu'il doit en être et qu'il en est autrement dans la vente qui

(1) DEMANTE, *Cours analytique*, tom. III, n° 228 *bis*, I.

(2) DUTRUC, *Traité du partage*, n° 568.

est une spéculation de sa nature (art. 1631). Supposons que dix ans après le partage le bien attribué à l'évincé ait diminué de la moitié de sa valeur, est-ce qu'il serait juste de faire payer à ses co-héritiers, qui ne répondent pas de l'avenir, toute l'estimation originaire? Evidemment non. S'il en est autrement au cas de vente, c'est parce que l'acheteur évincé a un juste motif de résolution contre son vendeur qui lui a transporté des droits qu'il n'avait pas (art. 1184). Or, ce motif ne saurait jamais s'appliquer en matière d'éviction dans les partages, puisqu'au moyen de l'action en garantie on a voulu éviter la résolution des actes simplement *divisoires*, qui doivent subsister quoi qu'il arrive, dans l'intérêt public, à moins des circonstances tout exceptionnelles de rescision prévues par l'art. 887 du Code Napoléon.

Quant à l'objection que l'on fait à ce premier système, qu'il peut arriver, par suite d'un accroissement énorme survenu *medio tempore* à l'immeuble évincé, que les autres co-héritiers soient complètement ruinés par le recours en garantie, on peut la tourner par un expédient infaillible qui répond à tout.

Qu'est-ce qui empêcherait dans cette hypothèse les défendeurs à l'action en garantie menacés d'une ruine complète de demander *reconventionnellement* la rescision du partage? Est-ce qu'ils n'éprouvent pas par le seul fait de la demande une lésion de plus du quart?

Est-ce que leur demande reconventionnelle n'aurait pas sa base dans le partage lui-même à raison d'une erreur commune à tous? Pourquoi dès-lors ne serait-elle pas recevable? Il y aura donc lieu à refaire le partage toutes les fois que l'exercice de l'action en garantie sera susceptible de causer une lésion de plus du quart aux héritiers non-évincés, d'où il suit que la perte de l'immeuble revendiqué utilement par un tiers *ex causâ antiquâ* deviendra *une perte commune* pour tous les co-partageants qui la supporteront suivant leurs parts et portions héréditaires, comme dans le cas où il s'agirait d'une dette de la succession inconnue au moment du partage et qui se serait révélée ensuite.

Viennent ensuite les considérations suivantes que l'on peut faire valoir en faveur de ce système.

La théorie de Dumoulin et de Pothier n'est plus en rapport avec les besoins actuels. Le pays n'est plus comme autrefois gouverné par un régime d'immobilité. Tout y marche maintenant à la vapeur. Hommes et choses y montent et s'y usent vite. C'est une bouillotte perpétuelle où les équilibristes du luxe et de l'industrie jouent sans cesse leur tout. De là des variations de valeurs dont l'interprétation doit tenir compte.

Ces questions d'éviction qui n'avaient jadis qu'un médiocre intérêt, parce qu'elles ne se présentaient presque jamais, ont acquis aujourd'hui une grande importance. Les immeubles peuvent du jour au len-

demain être affectés de différences énormes dans leur valeur, et il y a nécessité de pourvoir à des cas inconnus de nos pères. Les terres, les prés, les bois avaient de leur temps une toute autre intelligence de leur destinée que celle qu'ils ont aujourd'hui. Les héritages ruraux s'imaginaient alors que leur mission n'était, en aucune façon, de circuler en compagnie des faillites en fleur et des chèques en blanc, au risque d'aller se faire ramasser par la hotte d'un chiffonnier. La révolution n'avait pas encore inventé la cédule hypothécaire transmissible par voie d'endossement.

Il est vrai que le sol n'en accomplissait pas moins son mandat, et que livré de génération en génération, suivant les saisons et les assolements d'usage, au travail régulier et non interrompu de ses possesseurs, il n'en fournissait pas moins moyennant un léger tribut *(modicùm annuum canon)*, le blé nécessaire au maître et à ses gens, l'avoine de ses chevaux, le foin doux de ses vaches, le sarrazin de ses poules, et les bonnes grosses bûches de chêne qu'on prodiguait au large foyer du manoir paternel...

C'était le temps où une terre aurait été déshonorée si son fermier s'était permis de l'empouiller plus de *deux fois en trois ans*. A cette époque les blés de trèfles et de betteraves n'auraient osé s'offrir à mesdames de la halle. Leur poids et leur gluten n'auraient inspiré que du mépris. On visait à la *qualité*, beaucoup plus

qu'à la *quantité*, et le marché quoique moins bruyant n'en allait pas plus mal pour cela.

C'était le temps où un mouvement de hausse dans les céréales était signalé par tous les almanachs de la province comme l'annonce du jugement dernier, ou tout au moins comme un phénomène de mauvais augure menaçant le pays de quelque évènement surnaturel!...

Mais c'était le temps aussi où une marque de fabrique apposée sur un drap de Sedan, valait en Perse ou en Chine, au dire de Chaptal, le prix invariable de sa lettre ou de son numéro, et servait de monnaie courante dans les bazars de l'Orient, avec tout autant de succès qu'un billet de la banque de Jacques Cœur ou de ses successeurs. C'est que dans ce temps-là, la révolution n'avait pas encore démoralisé les institutions de la famille et que par conséquent l'industrie n'aurait osé se permettre de démoraliser la matière!...

Aujourd'hui, *quantum mutatus ab illo!*... l'hectare de terre que mon bisaïeul louait, du prieur de Chestres, 15 livres tournois, que mon grand-père a loué après lui 23 fr. 50 c., que mon père, devenu propriétaire, a donné à bail moyennant 58 fr. 33 c., je le loue à mon tour 128 fr. 33 c.!... Il est vrai que le beurre qui valait de 8 à 10 sols la livre, en vaut maintenant près de 30; mais le fermier n'en est pas plus riche pour cela!... Pour me payer, il est obligé de ruiner ma

terre et de l'empoisonner de carottes, de betteraves et d'oignons !... Le maraîcher d'Alland'huy qui paye la versaine de son bailleur 583 francs l'hectare, lui fait produire, au lieu de la laisser se reposer pour réparer ses forces épuisées par le blé et le mars qu'elle vient de donner à son maître :

1° Une empouille de choux à repiquer en avril : 2,532 bottes de chacune un cent, à 25 centimes le cent..... 633 fr. »

2° Une empouille d'oignons : 1,633 doubles décalitres, à 1 fr. 50 c..... 2,449 50

3° Et un repiquage de chicorée en septembre ou octobre qui vaut encore 450 »

Total..... 3,532 fr. 50 c.

Si vous voulez faire la fortune de vos enfants, achetez des terres propres à la culture maraîchère, quelque prix qu'on vous les fasse. Elles sont encore loin de leur valeur réelle, et elles sont appelées à augmenter en raison inverse des titres de la bourse. Les paysans en savent à cet égard plus que nous, et voilà pourquoi ils finiront par devenir propriétaires du sol entier : ce qui sera une grande garantie pour la stabilité et la prospérité de l'Etat.

On sent bien que sous l'empire d'une telle industrie, il faut que la végétation du droit se mette au niveau de celle de la culture. Au XVI^e^, XVII^e^ et même au

XVIII^e^ siècle, les actions en garantie étaient très-faciles à régler. Quand il arrivait à une terre de co-partageant d'augmenter de valeur, ce qui ne se produisait pas souvent, celle du co-partageant voisin en faisait autant de son côté, toujours dans la même proportion. Voilà pourquoi Dumoulin et Pothier, qui étaient de profonds observateurs de ce qui se passait sous leurs yeux, s'accordaient à décider que l'indemnité due à l'évincé devait se régler au temps du partage et non pas au temps de l'éviction. La question n'avait que très-peu d'intérêt en pratique.

Aujourd'hui, il n'en est plus de même. Un jardin qui valait le jour du partage une vingtaine de mille francs, en vaut six mois après, par l'établissement d'une rue, d'une gare de chemin de fer, ou d'une usine industrielle dans le voisinage, 1, 2, 3, 4 et 500,000. Il faut donc, sous peine d'être injuste, abandonner le système de nos coutumiers en cette matière, et décider sans hésiter, que la perte de l'immeuble revendiqué par un tiers au préjudice de l'un des co-partageants, *ex causâ antiquâ*, doit se régler suivant la valeur de la chose au moment *de l'éviction* et non pas d'après celle qu'elle avait au moment *de la composition des lots* (1).

(1) TOULLIER, tom. IV, n° 564. CHABOT, art. 884, n^os^ 9 et suiv. Son annotateur BELOST-JOLIMONT, art. 884, observ. 1. MALPEL, n° 307. DALLOZ, *Répert.*, *V° Success.*, n° 2169. ARMAND DALLOZ, *V° Garantie*, n° 475. DURANTON,

361. — *Deuxième système. — L'indemnité due à l'évincé doit se régler au moment du partage et non pas au moment de l'éviction*, suivant l'opinion de nos anciens coutumiers et notamment de Dumoulin et de Pothier (1).

Voici leur théorie qui est, à notre sens, bien plus conforme au sentiment pur de la justice et de l'équité, comme aussi à la notion du partage, que celle que nous venons d'exposer.

« L'obligation de garantie qui existe entre co-partageants diffère de celle qui existe du vendeur à « l'acheteur. Le vendeur ou tout autre cédant à titre « onéreux, en conséquence de l'obligation qu'il contracte *prœstare emptori, rem habere licere*, est tenu « envers l'acheteur, en cas d'éviction, non seulement « de la restitution du prix, mais encore de tous les « dommages et intérêts que l'acheteur souffre de l'éviction, *au delà du prix*, à cause des augmentations « quelconques survenues à la chose *in id omne quod « suprà prætium emptoris interest, rem habere licere.*

tom. VII, n° 546. Taulier, *Théorie raisonnée*, tom. III, pag. 388. Zachariæ-Aubry et Rau, § 625, note 32. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, tom. II, n° 792. Demante, tom. III, n° 228 *bis*, I. Dutruc, *Traité du partage*, n° 568. Mourlon, *Répétit. écrites*, art. 885, tom. II, pag. 206. Poujol, *Success.*, art. 885, n° 2. Boileux, art. 885, qui cite le cours de M. Valette. Demolombe, *Success.*, tom. V, n^os^ 361 et suiv. Il y discute la question.

(1) Dumoulin, *De eo quod interest*, n^os^ 143 et suiv. Pothier, *Traité de la vente*, n° 633.

« Au contraire, lorsqu'un co-héritier ou un autre « co-partageant a souffert éviction d'une chose tombée « en son lot, ses co-partageants sont seulement tenus « de lui faire raison de la somme pour laquelle cette « chose lui a été donnée *en partage*, (parce qu'ils ne se « doivent l'égalité des lots qu'à cette époque) : laquelle « raison ils sont tenus de lui faire, chacun pour leur « part, la sienne demeurant confuse. Mais ils ne sont « pas tenus de dommages et intérêts résultant de « l'éviction par rapport *à l'augmentation survenue de-* « *puis le partage* à la chose évincée. »

Voilà la vérité et elle ne saurait être ailleurs. Car si le vendeur de la chose d'autrui est tenu d'en restituer le prix avec dommages et intérêts (C. Nap., art. 1633), c'est parce qu'il a à s'imputer d'avoir vendu ce qui ne lui appartenait pas et qu'il s'est mis lui-même dans l'impossibilité d'exécuter l'obligation qu'il a contractée (art. 1146). Or, rien de tout cela n'existe dans le partage. Aucune faute ne peut être imputée à l'évincé plutôt qu'à ses co-héritiers. *Neuter magis decipit quàm alter, imo dicitur res evenci facto vel culpâ communi*, dit avec un grand sens Dumoulin (1). D'où il faut conclure qu'il n'existe entre eux aucune obligation qui puisse les astreindre à se garantir la possession des

(1) *De eo quod interest*, n° 145, et comparez n^os^ 143, 144 et 146, où il expose sa doctrine, que POTHIER n'a fait plus tard que résumer.

objets *eux-mêmes in specie*, compris dans leurs lots, et que par conséquent, ils ne peuvent se devoir réciproquement que l'égalité des lots au moment du partage. Il n'y a rien à répondre à cela; et si l'on veut y regarder de près, on arrivera à dire que dès qu'un régime individuel est substitué après le tirage au sort au régime collectif de l'indivision, il est impossible que les co-héritiers puissent se devoir autre chose que ce à quoi ils ont pu s'engager, au moment où ils ont contracté l'obligation de garantie.

Aller au delà et les rendre responsables, en cas d'éviction, des augmentations de valeur survenues fortuitement aux biens évincés plus tard, serait outrepasser leur volonté et créer à leur préjudice une obligation sans cause!...

La jurisprudence n'a pas encore eu, que nous sachions, à se prononcer sur cette grave question. Cependant il existe dans le recueil de MM. Carette et Devilleneuve, un jugement du tribunal de Saint-Marcellin, qui est trop bien motivé pour ne pas être rapporté en cet endroit.

« Considérant que c'est seulement au moyen d'une « somme d'argent (ce que nous avons démontré plus « haut, n° 358) que doit être rétablie l'égalité troublée « par l'éviction survenue depuis la division des choses « communes ;

« Considérant que la garantie due par chaque co-

« héritier a pour but de rétablir l'égalité entre les « co-partageants et de les replacer *dans la même* « *situation* que si l'éviction eût été antérieure à un « partage qui aurait attribué à l'un des immeubles et « à l'autre de l'argent;

« Considérant que, par la division, tous les co- « héritiers se sont réciproquement garanti la position « faite par le partage au moment de sa confection et « non les conséquences qui, dans l'avenir, pourraient « dériver du temps, des circonstances et de l'industrie « de chacun d'eux; que la valeur de l'indemnité doit « donc être basée sur la valeur de l'immeuble au « moment du partage et non à celui de l'éviction, « puisque le contraire conduirait à des conséquences « *étranges;* car il pourrait arriver que le lot, objet de « l'éviction, en prenant par des circonstances fortuites « et imprévues une valeur triple ou quadruple de celle « qu'il avait au moment de la division, réduirait le « co-héritier non évincé à une ruine complète, en le « constituant débiteur d'une somme supérieure à son « émolument dans la succession;

« Qu'il est donc juste que l'éviction laisse à chacun « la part qu'il aurait obtenue dans la division de l'hé- « ritage commun, si elle se fût produite avant cette « opération.

« D'ailleurs (c'est le moyen de Dumoulin), l'attribu- « tion au co-héritier évincé de la plus-value obtenue

« par son immeuble depuis le partage ne pourrait lui « être accordée *qu'à titre de dommages et intérêts*, que « la loi ne prononce pas et qui supposent toujours de « la part du débiteur de la garantie *un fait personnel* « ou la réparation d'un préjudice auquel l'aurait tex- « tuellement soumis la nature du contrat qu'il aurait « consenti (1). »

362. — Ces motifs sont vraiment péremptoires, et, s'il y a quelque chose qui nous étonne, c'est qu'ils n'aient pas porté la conviction dans l'esprit d'ordinaire si éclairé de nos interprètes. Sans doute, les juges de Saint-Marcellin, n'avaient pas à engager une polémique avec nos adversaires communs. Un jugement ne saurait être une dissertation. Mais s'ils n'ont pas répondu à tous les arguments que l'on invoque en faveur du système contraire, nous allons le faire en quelques mots, et il sera constant pour quiconque voudra laisser arrière toute opinion préjugée, qu'à vrai dire, il ne soutient pas un examen sérieux, malgré la légion formidable de ses adhérents.

1° *Premier moyen.* — En disant que chacun des co-héritiers est personnellement obligé, en proportion de sa part héréditaire, d'indemniser son co-héritier *de la perte que lui a causée l'éviction*, l'art. 885 a tranché la question en faveur du premier système et il n'y a plus

(1) Voy. DEVILL., 1859, II, pag. 277 et suiv.

à discuter. Nous répondons que ce n'est là qu'une misérable argutie de texte, une pure subtilité scolastique; « que les auteurs du Code n'ont pas *voulu*, plus que « Pothier auquel ils ont emprunté l'art. 885, décider « en cet endroit, la question de savoir si cette perte « doit être déterminée d'après la valeur de l'objet au « jour du partage, ou d'après sa valeur au jour de « l'éviction. Il faut donc résoudre la question par les « principes, et les principes en cette matière ont été « clairement exposés par Pothier » lui-même qui a fourni le texte de la loi que l'on interprète dans un sens tout-à-fait contraire à sa doctrine, conforme du reste à celle de Dumoulin (1).

« La garantie des partages n'a d'ailleurs d'autre but « que de maintenir l'égalité entre les co-partageants, « en d'autres termes de rétablir entre les parts le rap- « port qui était présumé exister au moment du partage « et de faire que si chaque lot doit être du quart au « moment de la division, il se trouve encore l'être après « l'éviction, au moyen de la garantie. Or, si la garantie « devait être fournie suivant la valeur au moment de « l'éviction, comme cette valeur peut avoir augmenté « ou diminué, il en résulterait que la garantie attri- « buerait à l'héritier évincé *plus du quart dans le pre-* « *mier cas et moins du quart dans le second,* de telle

(1) POTHIER, *Traité de la vente*, n° 633.

« sorte que l'on romprait l'égalité sous prétexte de la « rétablir (1) ! »

2° L'observation de M. Dutruc relative à un prétendu changement d'opinion qu'il impute à Pothier, dans son *Traité des successions*, qu'il croit avoir modifié le système exposé par ce jurisconsulte dans son *Traité du contrat de vente*, ne repose sur rien. Pothier n'avait pas, au titre des successions, à établir une seconde fois les bases de sa théorie qu'il avait déjà exposée dans son *Traité du contrat de vente*. D'ailleurs il n'aurait pas manqué d'avertir son lecteur d'un revirement d'opinion, s'il avait été réellement dans l'intention de rompre, dans son *Traité des successions*, avec les traditions du droit coutumier du XVI^e^ siècle auxquelles il s'était rattaché auparavant, avec d'autant plus de raison que le système contraire est des plus dangereux pour les tiers, puisque tous leurs droits juridiquement acquis y courent la chance de se voir anéantis par la rescision du partage qui en est la suite presque inévitable, dans les cas au moins où les défendeurs de l'action en garantie de l'évincé éprouvent une lésion de plus du quart (art. 887).

Troisième moyen. — La rescision du partage que le premier système autorise, à l'aide d'une demande *re-*

(1) ZACHARIÆ-MASSÉ et VERGÉ, tom. II, pag. 376, note 13 sur le § 392. C'était aussi l'opinion du professeur D'HEILDELBERG.

conventionnelle susceptible, suivant lui, d'être formée par les défendeurs en garantie pour repousser la demande, est contraire à tous les principes de la matière en ce qu'elle compromettrait les droits acquis et remettrait tout en question, alors que l'intention bien formelle du législateur a été que la garantie ne donnât jamais lieu à la rescision du partage, parce que l'intérêt public exige avant tout la stabilité des actes divisoires. Ce troisième moyen n'est qu'un expédient subtil qui ne repose sur rien de sérieux et qui a le tort irrémissible d'être en contradiction manifeste avec l'esprit de la loi sur la rescision du partage : laquelle ne peut jamais être admise que dans les cas spécialement prévus par le législateur. Or si, comme cela n'est pas douteux, *l'éviction* ne donne jamais lieu à la rescision, quelque considérable qu'elle soit, au préjudice du demandeur en garantie, il doit en être nécessairement de même à l'égard de ses co-partageants : autrement l'égalité n'existerait plus entre eux.

363. — Il nous paraît donc que le premier système soutient difficilement un examen sérieux. Il blesse le sentiment de l'égalité qui n'est jamais requise dans les partages, qu'au moment où les parties y procèdent, Où en serait-on, si l'avenir pouvait influer en cette matière sur le passé ? Il n'y aurait pas en France une seule propriété qui serait stable, si la demande reconventionnelle de nos contradicteurs pouvait faire res-

cinder tous les partages dans lesquels se produiraient des actions en garantie d'évictions susceptibles d'occasionner indirectement une lésion de plus du quart au préjudice des défendeurs qui n'auraient cependant entendu s'obliger que jusqu'à concurrence de la valeur réelle des biens partagés au moment de la composition des lots (1)? Est-ce qu'une obligation *in infinitum* pourrait se comprendre en pareille matière?

364. — *Troisième système.* — Un système intermédiaire a été proposé par Maleville, dans ses *Observations sur l'art.* 885, et par M. Vazeille (2). C'est un effort louable en faveur de l'égalité; mais nous ne saurions l'admettre. Voici en quoi il consiste: en principe, le co-héritier évincé n'a droit qu'à l'estimation du partage, quelque valeur que la chose qui lui est enlevée, ait pu acquérir ensuite par des circonstances indépendantes de son fait. Toutefois si les biens compris dans les autres lots avaient aussi augmenté de valeur, on devrait lui tenir compte de la plus-value postérieure au partage.

Ce système mitoyen doit être rejeté, parce qu'il ne considère l'action en garantie que comme un supplément de partage et parce qu'il aboutit en définitive à

(1) *Junge*, DELVINCOURT (édit. de 1834), tom. II, pag. 154, note 2. DELAPORTE, *Pandectes françaises*, tom. III, pag. 395.

(2) Sur l'art. 885, n° 3.

rescinder l'acte divisoire qui doit rester debout, afin de le remplacer par un nouveau (1).

365. — Les auteurs que nous venons de citer pensent que si l'héritier évincé a fait des améliorations à la chose, *putà* s'il lui a donné une plus-value par son industrie ou par des travaux postérieurs au partage, ses co-héritiers garants de l'éviction doivent lui en tenir compte. C'est évidemment une erreur, car *c'est le tiers revendiquant* et non pas ces derniers qui sont tenus de le rendre indemne à cet égard. Il a même un droit de rétention pour lui assurer le remboursement des dépenses qui auraient pu donner une plus-value à l'immeuble (Cod. Nap., art. 555, 867, 1673 et 1948).

Quant aux dépenses d'agrément que l'on appelle en droit : *voluptuaires*, il ne serait pas fondé à en réclamer le montant (2).

366. — *De la répartition des insolvabilités.*

Aux termes du second alinéa de l'art. 885, l'insolvabilité de l'un des co-héritiers ne tombe pas exclusivement sur le garanti comme le veut le principe général de la division des créances et des dettes, elle se répartit entre tous.

(1) C'est une réminiscence de la théorie de LEBRUN que nous avons rapportée précédemment.

(2) Voy. sur ces points POTHIER, *Contrat de vente, loc. cit.*, n° 633. DURANTON, tom. VII, n° 546. DUTRUC, n° 568. DEMOLOMBE, *Success.*, tom. V, n° 364 *bis*. Cass., 9 avril 1862. DEVILL, I-465.

« Si quelqu'un des co-héritiers contre qui celui qui « a souffert l'éviction a un recours en garantie était « insolvable, cette insolvabilité serait une nouvelle « perte qu'il souffrirait dans son lot : laquelle devrait, « comme l'obligation de garantie elle-même, être ré- « partie entre lui et ses co-héritiers solvables (1). »

Ainsi la loi suppose ici, par exception à l'art. 1220, que les co-partageants sont redevenus associés pour rétablir autant que possible l'égalité rompue par l'éviction, et elle veut, avec raison (car autrement le partage aurait eu un caractère de spéculation qu'il n'a pas), que l'insolvabilité de l'un ou de plusieurs des contribuables soit considérée comme un passif de la société qui doit retomber sur les associés solvables : de telle sorte que la part contributoire de chacun des obligés à la garantie de l'éviction, s'augmente encore du dividende produit par la répartition de la perte causée par l'insolvabilité de l'un ou de plusieurs d'entre eux (2).

367. — *Des héritiers bénéficiaires dans leurs rapports avec la garantie des partages.*

Les héritiers bénéficiaires sont-ils tenus de la garantie comme les héritiers purs et simples?... Sans aucun doute, puisqu'ils sont des co-partageants comme

(1) POTHIER, *Success.*, chap. IV, art. 5, § 3. Comp. art. 885.

(2) Voy. la première série de nos *Etudes*, tom. I, n° 41.

les autres. Mais en sont-ils tenus *personnellement* ou seulement *en qualité d'héritiers bénéficiaires*, de telle sorte qu'ils ne pourraient être poursuivis par l'évincé pour leurs parts et portions dans la dette commune que sur les biens provenant du défunt et non pas sur leurs biens propres?...

La raison de charger l'héritier bénéficiaire de l'obligation de garantie *sur ses biens personnels*, semble résulter des termes généraux de l'art. 885 qui ne distingue pas entre les différentes espèces d'héritiers et aussi de cette circonstance que, dans ses rapports de famille, l'héritier bénéficiaire, n'est rien autre chose qu'un *héritier pur et simple* (1).

Mais la raison de ne grever l'héritier bénéficiaire de l'obligation de garantie que sur les biens de la succession, résulte implicitement de l'art. 875 du Code Napoléon. En effet, en procédant au partage de l'hérédité, l'héritier bénéficiaire n'agit que comme administrateur de la succession, à l'effet de déterminer quels seront les biens qui seront soumis au régime de séparation collective.

Au fond des choses, il reste étranger aux valeurs tombées dans son lot, tant et si longtemps que tous les créanciers ne sont pas désintéressés. Or, le bénéfice a pour objet de soustraire ses biens propres aux pour-

(1) Voy. dans ce sens DUCAURROY, BONNIER et ROUSTAIN, tom. II, n° 799.

suites des créanciers héréditaires, et dès lors il doit échapper à celles que pratiquerait sur lui personnellement son co-héritier évincé, lequel est assimilé à un véritable créancier de la succession, puisque l'obligation dont ses co-partageants sont tenus envers lui, se répartit entre eux tous, comme une dette *commune*.

Le bénéfice d'inventaire embrasse toutes les charges héréditaires. Toutes les fois que l'héritier bénéficiaire fait un acte d'administration, ou un acte de libre disposition qu'il est autorisé à faire, il n'est pas tenu sur ses *biens personnels* des conséquences qui peuvent en résulter. Cela est si vrai que le législateur lui a réservé le droit (art. 875, *in fine*) d'agir hypothécairement pour le tout contre ses co-héritiers comme pourrait le faire un étranger qui aurait été subrogé dans les droits d'un créancier héréditaire qu'il aurait désintéressé, ce qui est interdit à l'héritier pur et simple par application de la règle : *quem de evictione tenet*, etc...

Or, il est bien évident que si l'héritier bénéficiaire peut exproprier et évincer son co-héritier *pour le tout*, au cas indiqué, c'est qu'il n'est pas personnellement tenu de l'obligation de garantie envers ses co-partageants. On ne peut jamais évincer ceux auxquels on doit garantie ; cela est clair comme le jour. *Donc*, l'héritier bénéficiaire ne saurait être poursuivi sur ses biens propres à raison du recours en garantie dont il s'agit. S'il est tenu personnellement des rapports (ar-

ticle 843), c'est à un autre ordre d'idées qu'il faut recourir pour expliquer son obligation personnelle à cet égard. Mais ce n'est pas une raison pour le grever ici de l'obligation de la garantie d'éviction quand la loi suppose nécessairement dans l'art. 875 qu'elle n'a pas entendu la lui imposer comme aux héritiers purs et simples (1).

368. — *Du privilège de la garantie.* — Ce n'est pas ici le lieu d'entrer dans les détails de la théorie des privilèges immobiliers, d'autant plus que nous nous proposons, si Dieu nous prête vie, de soumettre un jour à une révision sérieuse, la partie de nos Etudes que nous avons consacrée à cette matière, l'une des plus importantes du Code civil. Un fait législatif nouveau a rendu nécessaire le remaniement de ce que nous avons déjà publié à cet égard (2). Du reste, nous

(1) Voy. DEMANTE, tom. III, n° 228 *bis*, IV. DEMOLOMBE, *Success.*, tom. V, n° 367.

(2) Ce n'est pourtant pas que les bases de la théorie que nous avons tenté d'exposer dans le premier volume de nos Etudes (n^os^ 1 à 77) aient souffert un grand préjudice de la loi du 23 janvier 1855, dont nous avons été l'un des complices sans nous en douter. Loin de là, puisque, en définitive, le législateur a consacré le principe fondamental que nous défendions alors, même au point de vue de l'interprétation de nos Codes, contre à peu près l'unanimité de nos commentateurs. Mais, c'est que, je ne sais comment cela a pu se faire, les idées plus brillantes que solides émises par M. Troplong dans la préface de son *Traité des hypothèques* ayant été érigées en loi, il est résulté un désordre complet dans l'économie du système. Dès qu'on n'exige pas la transcription de tous les contrats de vente d'immeubles susceptibles d'hypothèques, dans leur ordre de dates, *tout est compromis*, et à cet égard, la discussion confuse qui a eu lieu à la

avons peu de chose à modifier en ce qui touche le privilège des co-partageants : les idées que nous avons émises dans le premier volume de nos Etudes (n^os^ 40 à 76) se trouvant presque entièrement confirmées par ceux qui ont écrit depuis sur ces matières (1).

Tout le monde sait que la loi de brumaire an VII, avait abrogé, par voie de prétérition, le privilège des co-partageants. Le vent avait soufflé à cette époque avec violence pour restreindre, autant que possible, tout ce qui *sentait le privilège*, et tandis qu'on se montrait libéral envers des ouvriers créateurs d'une plus-value, on l'était beaucoup moins pour des co-héritiers dont les droits devaient cependant être vus aussi favorablement que pouvaient l'être ceux des architectes ou des entrepreneurs de constructions.

Lorsque le 18 brumaire annonça une autre ère, les

Chambre entre MM. Duclos, Allard et Rouher, prouve que le législateur n'a pas eu des idées bien nettes sur le mécanisme, pourtant très-satisfaisant, de la loi de brumaire. M. Valette avait cependant déjà publié sa brochure sur l'effet ordinaire de l'inscription en matière de privilège sur les immeubles. Nos premières Etudes avaient suivi quelques années après, et nous avions été d'accord en ce point qu'il fallait absolument rejeter les conclusions de M. Troplong sur le privilège du vendeur. De plus, la commission parlementaire avait résolu le problème de manière à contenter tout le monde. On ne s'explique donc pas comment il a pu se faire que la Chambre ait compris fort peu de chose en cette matière. Il faut absolument retrancher de l'art. 6 de la loi précitée la disposition qui concerne le vendeur. C'est une grosse erreur législative, bien que M. Duverger ait récemment fait des efforts très-louables pour la justifier.

(1) Voy. le *Traité des privilèges et des hypothèques*, de M. PONT, article 2103 et suiv., et l'examen critique du *Traité des privilèges* de M. TROPLONG, par M. MOURLON.

idées ne tardèrent pas à se modifier dans le sens d'un retour au passé. En conséquence, le législateur du Code civil se hâta de renouer la chaîne des temps rompue par la Révolution, et de répudier le rigorisme outré de la loi de l'an VII. De là sont venus les articles 2103 et 2109 du Code Napoléon qui ont réintégré dans nos lois le privilége des co-partageants dont on regrettait l'absence. Il est vrai que déjà, anciennement, on avait tenté de le détrôner de la place qu'il voulait conquérir et qu'à cet égard, le Parlement avait plus d'une fois retenti des déclamations de ses détracteurs. Mais le sage Louet (1) avait répondu que « c'é-« tait une chose *rude* qu'entre co-héritiers un lot ne « fût point obligé pour l'autre, que *l'intention des « parties y était* (à cette époque, la distinction de la « cause du privilège et de l'hypothèque n'était pas en-« core bien nettement établie), que le titre *au Digeste « Quib. mod. pign. vel hypot. cont.* ne contenait pas « toutes les espèces de la tacite hypothèque, qu'enfin « l'usage et la raison en avaient ajouté, » et le Parlement entendant ces justes observations, avait fini par introniser le privilège des co-partageants, si bien que du temps de Basnage, de Lebrun et de Pothier (2), la question ne se discutait plus.

(1) Louet, lett. H, somm. 2.

(2) Basnage, *Traité des hypothèques*, chap. VI. Lebrun, *Success.*, liv. IV, chap. I, n° 36. Pothier, *Traité des success.*, chap. VI, art. 5, § 4.

Ainsi il est hors de doute que la créance qu'un co-partageant peut avoir à exercer contre ses co-héritiers soit à la suite d'une éviction qu'il aurait soufferte *ex causâ antiquâ*, soit à raison d'une soulte de partage ou de licitation, est garantie par un privilège sur certains immeubles, aux termes des art. 2103 et 2109 du Code Napoléon. C'est bien à tort que l'on a contesté cette proposition évidente, en ce qui touche le privilège de la garantie.

Cela posé, il nous reste à voir sur quoi et de quelle manière s'exerce l'hypothèque privilégiée dont il s'agit.

369. — A cet égard, le principe doit être formulé de la manière suivante :

« Les immeubles partagés sont grevés d'un privi-
« lège pour assurer la garantie du partage. Toutefois,
« ce privilège ne frappe les immeubles échus aux
« divers co-partageants, que jusqu'à concurrence de
« de la somme pour laquelle chacun d'eux peut être
« personnellement recherché, soit de son propre chef,
« soit à raison de la répartition des insolvabilités
« d'autres co-partageants (1). »

Exemple : une succession se compose de trois lots qui comprennent chacun 30,000 fr. d'immeubles. Le co-partageant auquel est échu le premier en est

(1) ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, § 263, 3°, 2e édit., tom. II, pag. 119.

évincé. Il recourt en garantie contre ses co-héritiers qui sont tenus de l'indemniser chacun de 10,000 fr. Eh bien! chacune de ces créances de 10,000 fr. est garantie par une hypothèque privilégiée qui, si elle a été inscrite en temps utile (art. 2109, Cod. Nap., et art. 6 de la loi du 23 janvier 1855), sera colloquée utilement sur tous les immeubles compris dans chacun des lots de ses co-héritiers débiteurs. Toutefois, elle ne saurait être exercée pour le tout, soit pour 30,000, soit même pour 20,000 fr. sur chaque lot en particulier.

Nous en avons précédemment expliqué le motif. Un système contraire aurait abouti à des recours à l'infini. et à des cercles vicieux. L'hypothèque n'en est pas moins indivisible pour cela, puisqu'elle est attachée avec toutes ses prérogatives à chacune des deux créances que l'évincé est en droit de faire valoir contre ses autres co-partageants. Mais le motif qui a fait admettre un principe contraire en matière de legs (Code Nap., art. 1017) (1), ne s'applique pas au cas de recours pour éviction entre co-héritiers, parce que, se devant réciproquement garantir les lots qui leur sont échus, ils ne seraient pas recevables à s'évincer mutuelle-

(1) L'art. 1017 nous semble même ne reposer que sur *une erreur* de droit, parce que le legs ne commence à exister que dans la personne du légataire, et que, par conséquent, l'hypothèque légale qu'on lui accorde, aurait dû se diviser.

ment : ce qui arriverait pourtant si chacun d'eux était obligé hypothécairement de payer la dette entière, sauf son recours contre ses obligés envers le garanti.

370. — *Du privilège pour la garantie des soultes.* — La soulte est garantie par un privilège qui grève *tous* les immeubles compris au lot de celui qui la doit, et qui laisse libres ceux échus aux co-partageants qui n'en sont pas débiteurs personnels. Voilà le système que nous avons développé dans la première série de nos Etudes (1).

A la vérité, le privilège de la soulte doit s'étendre sur tous les immeubles de la succession, même sur ceux compris dans les lots des co-partageants qui ne la doivent pas, lorsque celui d'entre eux qui est obligé personnellement à la payer est *insolvable* au moment du partage ; mais c'est qu'alors on rentre dans la règle générale de la garantie qui veut que toute créance comprise dans un lot vaille au moment où on le compose, la somme pour laquelle elle y figure sous la responsabilité de tous les co-héritiers.

Cela ne porte pas préjudice au principe que nous

(1) Voy. nos *Etudes*, tom. I, n^os^ 54 et suiv. Notre opinion sur cette question importante a été depuis confirmée par M. MOURLON (*Examen critique des hypothèques de M.* TROPLONG, tom. I, n° 172, II) et par M. PONT (*Des privilèges et hypothèques*, tom. I, n° 207), qui déclare adopter l'opinion contraire de M. TARRIBLE, mais qui finit par admettre la distinction que nous avons proposée au n° 52 de notre *Etude sur les privilèges ;* pourquoi, nous le comptons parmi les nôtres, bien qu'il dise le contraire en apparence.

avons posé et que la jurisprudence s'obstine cependant à repousser sans aucun motif sérieux (1).

371. — *Du privilège des co-partageants au cas de licitation.* — Au cas de licitation il n'y a pas de difficulté : ou l'adjudication est prononcée au profit d'un étranger, et alors c'est une vente ordinaire ; les co-licitants conservent leur privilège par la transcription suivant l'art. 2108; ou elle a lieu au profit de l'un d'eux, et alors c'est un partage (art. 883) qui n'est pas sujet à transcription. Dans cette dernière hypothèse le privilège des co-partageants se conserve par une simple inscription faite dans les soixante jours de la licitation, aux termes de l'art. 2109 du Code Napoléon. Il ne grève que l'immeuble ou les immeubles licités d'après le texte formel de la loi; ce qui prouve, à notre sens, sans réplique, qu'il en doit être de même en cas de soulte (2).

(1) Voy. en sens contraire POTHIER, *Success.*, chap. IV, art. 5, § 4. Il semble pourtant être de notre avis par ces mots : « L'hypothèque privilégiée frappe tous « les biens compris aux lots de ses co-héritiers *qui en sont débiteurs.* » TARRIBLE, *Répert.* de MERLIN, *V° Privilège,* sect. 4, § 3. DURANTON, tom. XIX, n° 180. ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, tom. II, pag. 635, § 263 3°. TAULIER, *Théorie raisonnée du Code civil,* tom. VII, pag. 181. DALLOZ, *V° Privilège,* n° 25. TROPLONG, *Privil.*, tom. I, n° 237. PERSIL, *Quest.*, tom. I, chap. V. DUTRUC, n° 578. Voy. à cet égard, Cass., 11 août 1830. DEVILL., à sa date. Caen, 10 février 1851. DEVILL., 1853, II, pag. 73.

(2) Voy. la première série de nos *Etudes*, tom. I, n^os^ 63 et suiv. DUTRUC, n° 579, qui ne s'explique pas catégoriquement à l'égard du privilège des soultes et qui semble pourtant le restreindre comme nous au lot qui en est grevé.

§ 3.

DE LA DURÉE DE L'ACTION EN GARANTIE (C. N., ART. 886) (1).

SOMMAIRE.

372. — L'action en garantie se prescrit par trente ans.
373. — Prescription en ce qui concerne les rentes, a lieu par cinq ans.
374. — Prescription en ce qui touche les créances ordinaires.

---

372. — En général, l'action en garantie se prescrit comme toutes les autres par trente ans. Ces trente ans ne commencent à courir que *du jour de l'éviction* (Cod. Nap., art. 2262, 2257).

373. — *Prescription particulière en ce qui concerne les rentes.* — L'art. 886 du Code excepte les rentes de la règle. Aujourd'hui la garantie de la solvabilité du débiteur que se doivent les co-héritiers au moment du partage ne s'exerce utilement que pendant cinq ans, à partir de cette époque et non pas de l'éviction. C'est là une disposition tout exceptionnelle qui ne s'applique

(1) *Sources* : *Argum.* de la loi 4, ff. *De hæredit. vel. act. venditâ.* L. 74, § 3, ff. *De evict.*, et à cet égard POTHIER, *Success.*, chap. IV, art. 5, § 3. *Contrat de vente*, n° 634. LEBRUN, *Succes.*, liv. IV, chap. 1, n° 68.

qu'aux rentes et qu'il faut rigoureusement restreindre au cas prévu, car elle est tout-à-fait contraire aux règles du titre des prescriptions en général.

Autrefois il n'en était pas de même, la prescription n'avait pas lieu en cette matière : de sorte que l'action en garantie du co-partageant crédi-rentier, par suite de l'abandonnement qui lui avait été fait, pouvait s'exercer indéfiniment, non-seulement pour cause d'insolvabilité du débiteur au moment du partage, mais encore pour la même insolvabilité survenue à une époque postérieure, ce qui était un très-grave inconvénient ; car dans ce système il n'y avait rien de définitif, les co-héritiers se trouvant tenus de servir la rente à perpétuité, lorsque les arrérages n'en étaient pas exactement payés par celui d'entre eux qui s'en trouvait chargé par le partage (1).

On a voulu faire cesser cet état de choses par la création nouvelle de l'art. 886, et on a décidé avec raison que désormais les co-partageants ne seraient tenus de se garantir que l'insolvabilité du débiteur *au moment du partage*. Il semblait que ce point tranché, c'était le cas de rentrer dans la règle générale des prescriptions et de décider en conséquence que l'action en garantie durerait trente ans à partir de l'éviction, c'est-à-dire

(1) Voy. LEBRUN, *Success.*, liv. IV, chap. 1, n° 68. POTHIER, *Success.*, chap. IV, art. 5, § 3, et *Contrat de vente*, n° 634.

de la discussion des biens du débiteur restée infructueuse pour le crédi-rentier. Mais il n'en a pas été ainsi, sans doute, parce que l'on aura pensé que la preuve de l'insolvabilité contemporaine au partage étant toujours difficile à faire, il était convenable d'obliger l'héritier à exercer son action en garantie le plus vite possible. En conséquence, la loi en a limité la durée à cinq ans, non pas à partir de l'éviction, mais bien *à partir du partage*.

Du reste, il ne s'agit ici que de la garantie de la rente, lorsque le débiteur est insolvable au moment de la division; l'art. 886 resterait sans application si une contestation s'engageait sur *l'existence* elle-même de cette rente. Ce serait alors le cas de rentrer dans la règle générale de la prescription trentenaire. Ce que les copartageants ont de mieux à faire, lorsqu'il se trouve des rentes dans une succession, c'est de régler par un forfait le cas d'éviction (1).

374. — *Prescription en ce qui concerne les créances ordinaires.* — L'art. 886 n'étant qu'une exception spéciale aux rentes doit être rigoureusement restreint au cas qu'il prévoit. On sent dès-lors que toutes les fois qu'il s'agira de créances ordinaires, il y aura lieu d'appliquer purement et simplement le droit commun

(1) Voy. DEMANTE, tom. III, n° 230 *bis*, I, II, III, IV. DEMOLOMBE, *Success.*, tom. V, n^os^ 372 et suiv.

(art. 2262 et 2257) et de décider en conséquence que dans l'hypothèse de la garantie pour cause d'insolvabilité des débiteurs contemporains ou antérieurs au partage, l'action du co-héritier évincé durera trente ans à partir de l'éviction, c'est-à-dire à partir du jour où l'insolvabilité se serait révélée d'une manière certaine; question de fait qui ne peut se résoudre que d'après les circonstances, soit qu'il s'agisse d'une créance exigible ou non exigible au moment du partage (1).

(1) DEMANTE, tom. III, n° 230 *bis*, V. DUCAURROY, BONNIER et ROUSTAIN, tom. II, n° 804. MARCADÉ, art. 886. DEMOLOMBE, *Success.*, tom. V, n°s 381 et suiv., et tous les auteurs qu'il cite.

BIBLIOTHÈQUE IMPÉRIALE IMPR.

FIN DU QUATRIÈME VOLUME.

TABLE

DES

MATIÈRES CONTENUES DANS LE QUATRIÈME VOLUME (1).

BIBLIOTHÈQUE IMPÉRIALE

Pages.

CHAPITRE VII.

Des rapports.

Nos 1-11. — Histoire. Généralités. — *Sommaire*.... 1

SECTION Ire.

Nos 12-13. — Par qui est dû le rapport. — *Méthode*. 22

§ 1er.

Nos 14-26. — Il faut être héritier, et donataire ou légataire. — *Sommaire*..... 22

(1) *Nota*. La table *numérique* des articles de lois commentés dans cet ouvrage, se trouve à la fin du tom. V, après la table *analytique*.

Pages.

§ 2.

Nos 27-29. — Il faut venir à la succession *ab intestat*. — *Sommaire* 43

§ 3.

Nos 30-49. — Il faut n'avoir pas été déchargé par le défunt de l'obligation de rapporter ou d'imputer sur la part héréditaire ce qui a été donné ou légué. — *Sommaire* 50

SECTION II.

Nos 50-53. — A quelle succession se fait le rapport. — *Sommaire*. 74

SECTION III.

Nos 54-72. — Quels sont ceux qui ont le droit d'exiger le rapport et d'en profiter. — *Sommaire*. 79

SECTION IV.

Nos 73-138. — De quoi est dû le rapport. — *Sommaire*. 99

SECTION V.

No 139. — Comment se fait le rapport et quels sont ses effets. — *Méthode* 199

§ 1er.

Nos 140-145. — Du rapport en nature. — *Sommaire*. 200

§ 2.

Nos 146-152. — Du rapport en moins prenant. — *Méthode* et *Sommaire* 207

ART. 1er.

Nos 153-160. — Du rapport des meubles. — *Sommaire* 211

Pages.

ART. 2.

Nos 161-191. — Du rapport en moins prenant des immeubles. — *Sommaire* 221

§ 3.

Nos 192-198. — Des effets de l'obligation du rapport. — *Sommaire* 257

CHAPITRE VIII.

Nos 199-214. — De l'opposition au partage. — *Sommaire* 266

CHAPITRE IX.

No 215. — Des effets du partage et de la garantie des lots. — *Méthode* 295

SECTION Ire.

No 215 *bis*. — Histoire de l'article 883 et des effets du partage en tant qu'il est déclaratif de propriété. — *Sommaire* 299

§ 1er.

Nos 216-232. — Histoire de l'art. 883. — *Sommaire*. 299

§ 2.

No 233. — Des actes, des choses, des personnes qui rentrent dans l'application de l'art. 883 et de ses effets. — *Sommaire* 338

SECTION II.

Nos 334-340. — De la garantie des lots. — *Sommaire*. 526

§ 1er.

Nos 341-355. — Des cas dans lesquels a lieu l'obligation de la garantie. — *Sommaire* 534

Pages.

§ 2.

Nos 356-371. — En quoi consiste l'obligation de garantie. — *Sommaire*..... 552

§ 3.

Nos 372-374. — De la durée de l'action en garantie. — *Sommaire*..... 589

FIN DE LA TABLE.

Charleville, Typ. A. Pouillard, rue Napoléon, 22.

BIBLIOTHEQUE NATIONALE DE FRANCE
3 7531 03657892 1

CHAPITRE VII.
Pages.
N^os 1-11. - Histoire. Généralités. - *Sommaire*
SECTION I^re.
N^os 12-13. - Par qui est dû le rapport. - *Méthode*
§ 1^er.
N^os 14-26. - Il faut être héritier, et donataire ou légataire. - *Sommaire*
§2.
N^os 27-29. - Il faut Venir à la succession *ab intestat. - Sommaire*
§3.
N^os 30-49 - Il faut n'avoir pas été déchargé par le défunt de l'obligation de rapporter ou d'imputer sur la part héréditaire ce qui a été donné ou légué. - *Sommaire*
SECTION II.
N^os 50-53. - A quelle succession se fait le rapport. - *Sommaire*
SECTION III.
N^os 54-72. - Quels sont ceux qui ont le droit d'exiger le rapport et d'en profiter. - *Sommaire*
SECTION IV.
N^os 73-138. - De quoi est dû le rapport. - *Sommaire*
SECTION V.
N° 139. - Comment se fait le rapport et quels sont ses effets. - *Méthode*
§1^er.
N^os 140-145. - Du rapport en nature. - *Sommaire*
§2.
N^os 146-152. - Du rapport en moins prenant. - *Méthode* et *Sommaire*
ART. 1^er.
N^os 153-160. - Du rapport des meubles. - *Sommaire*
ART. 2.
N^os 161-191. - Du rapport en moins prenant des immeubles. - *Sommaire*
§3.
N^os 192-198. - Des effets de l'obligation du rapport. - *Sommaire*
CHAPITRE VIII.
N^os 199-214. - De l'opposition au partage. - *Sommaire*
CHAPITRE IX.
N°215. - Des effets du partage et de la garantie des lots. - *Méthode*
SECTION I^re.
N° 215 *bis.* - Histoire de l'article 883 et des effets du partage en tant qu'il est déclaratif de propriété. - *Sommaire*
§ 1^er.
N^os 216-232. - Histoire de l'art. 883. - *Sommaire*
§2.
N° 233. - Des actes, des choses, des personnes qui rentrent dans l'application de l'art. 883 et de ses effets. - *Sommaire*
SECTION II.
N^os 334-340. - De la garantie des lots. - Sommaire.
§ 1^er.
N^os 341-355. - Des cas dans lesquels a lieu l'obligation de la garantie. - *Sommaire*
§ 2.
N^os 356-371. - En quoi consiste l'obligation de garantie. - Sommaire
§3.
N^os 372-374. - De la durée de l'action en garantie. - Sommaire
FIN DE LA TABLE.