

Faculté de droit de Paris. Droit romain : des Donations à cause de mort. Droit français : des Partages d'ascendants. [...]

Lacoste, Joseph de. Faculté de droit de Paris. Droit romain : des Donations à cause de mort. Droit français : des Partages d'ascendants. Thèse pour le doctorat... par Joseph de Lacoste,.... 1873.

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.

INVENTAIRE

F 38.049

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN
DES DONATIONS A CAUSE DE MORT

DROIT FRANÇAIS
DES PARTAGES D'ASCENDANTS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'acte public sur les matières ci-après sera présenté et soutenu
le mardi 8 Juillet 1873, à une heure et demie,

Par Joseph DE LACOSTE, Avocat,
Né à Curemori (Corrèze).

PARIS

IMPRIMÉ PAR JULES GHÉMAR

6, RUE DE MONTMORENCY, 6

1873

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DES DONATIONS A CAUSE DE MORT

DROIT FRANÇAIS

DES PARTAGES D'ASCENDANTS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'acte public sur les matières ci-après sera présenté et soutenu
le mardi 8 Juillet 1873, à une heure et demie,

Par Joseph DE LACOSTE, Avocat,
Né à Cüremonle (Corrèze).

Président : M. COLMET DE SANTERRE, professeur.

Suffragants : { MM. BEUDANT, } professeurs.
 GIDE, }
 LEVEILLÉ, } agrégés.
 LYON-CAEN, }

Le candidat répondra, en outre, aux questions qui lui seront faites
sur les autres matières de l'enseignement.

PARIS

IMPRIMÉ PAR JULES GHÉMAR

6, RUE DE MONTMORENCY, 6

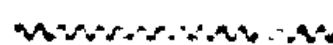
1873

(C)

F

38049

A MON PÈRE, A MA MÈRE



A mes Parents, à mes Amis

DROIT ROMAIN

Des Donations à cause de mort

On aperçoit, en droit romain, deux grandes classes de libéralités ou de donations, en prenant ce mot dans le sens le plus large : 1^o Les libéralités entre-vifs, (les donations ordinaires, la dot à certains égards, la donation *propter nuptias*); c'est à proprement parler, celles que nous appelons donations; et 2^o les libéralités laissées par un défunt, (les hérédités, soit testamentaires, soit *ab intestat*, les legs, les *fideicommiss*). Mais, entre ces deux classes, que l'on oppose l'une à l'autre, il existe une libéralité d'une nature tout à fait particulière, tenant à la fois de la donation ordinaire et du legs, et qu'on nomme, à cause de cette nature mixte, donation à cause de mort (*mortis causa donatio*).

La nature des donations à cause de mort avait préoccupé les jurisconsultes romains et soulevé entre eux de graves controverses. Les uns voulaient rapprocher la donation *m. c.* des libéralités entre-vifs; les autres pensaient qu'elle tenait surtout des libéralités à cause mort. La prépondérance de ce dernier élément fut graduellement et plusieurs fois

édicteé par les lois, les sénatus-consultes, les constitutions impériales, (Gaius com. II § 225, 226; IV § 23. — Lois 9, 35, 42 § 1, *de mortis causa donationibus*, 39, 6. — Constitution 2, *de m. c. donationibus*; Const. 5, *ad legem Falcidiam*). Justinien mit fin à la controverse. Tout en reconnaissant la nature mixte de la donation *m. c.*, il adopta l'opinion des jurisconsultes qui tendaient à assimiler de plus en plus cette libéralité aux legs (§ 1, *J. de donationibus*, 2, 7. — Const. 4. *de m. c. donationibus*).

Nous examinerons successivement :

- 1° Les caractères des donations à cause de mort ;
- 2° Leurs formes, et les innovations de Justinien ;
- 3° Les choses sur lesquelles elles peuvent porter. — La capacité nécessaire pour faire ou recevoir ces donations ;
- 4° Les effets de ces libéralités ;
- 5° Les règles concernant la caducité des *mortis causa donationes* ;
- 6° Les points de comparaison qu'on peut établir entre ces libéralités et les legs.

CHAPITRE PREMIER

Caractères des Donations à cause de mort

La donation à cause de mort peut se définir ainsi : « Une libéralité faite par une personne, en vue de la mort, que

cette personne soit ou non sur le point de courir un danger déterminé, ordinairement révocable au gré du donateur, et nécessairement caduque par le prédécès du donataire. »

(M. Ernest Glasson, *Étude sur les donations à cause de mort*, n° 10). Cette définition fait ressortir quatre caractères différents de la donation à cause de mort : 1° C'est une libéralité; 2° faite en vue de la mort; 3° naturellement révocable; 4° essentiellement caduque par le prédécès du donataire.

La donation à cause de mort étant une libéralité, doit réunir les conditions prescrites en droit commun pour qu'il y ait donation. Ainsi il faudra l'*animus donandi* de la part du donateur, son appauvrissement, un enrichissement du donataire, un acte formel de la part du disposant.

Il peut paraître contestable de dire que le donateur s'appauvrit dans la donation à cause de mort, alors qu'il ne fait guère subir, semble-t-il, d'appauvrissement qu'à ses héritiers, puisque sa libéralité se subordonne à des éventualités qui ne lui permettront plus de jouir de ses biens. Il faut tenir compte, toutefois, de la renonciation qu'il a pu faire à son droit de révocation, et l'on peut adopter, sous cette réserve, la définition que Marcien donne de notre libéralité : « *Mortis causa donatio est, quum quis habere se vult, quam eum cui donat, magis que eum cui donat, quam heredem suum.* » (Loi I pr. de mortis causa donationibus 39, 6.)

La donation m. c. comme son nom l'indique est faite en vue de la mort. La prévision de la mort y entre tantôt comme prévision générale et indéfinie de la mort qui frappe tôt ou tard tous les hommes, *sola cogitatione mortalitatis*; tantôt comme prévision spéciale et déterminée d'un danger imminent, *imminentis periculi metu*, tel qu'une expédition militaire, un voyage lointain, une maladie, etc. (Loi 3, 4, 5, h. t.)

Une donation entre-vifs pourrait aussi être faite soit en vue de la mort, soit en vue d'un danger déterminé, mais dans ce cas, la *cogitatio mortis vel periculi* serait une circonstance de fait sans influence sur la libéralité et qui la laisserait irrévocablement acquise au donataire, malgré la survie du donateur. Il sera toujours très-important de savoir si telle libéralité faite en vue de la mort doit être ou non rangée parmi les donations à cause de mort. La plupart des anciens commentateurs envisagent la libéralité comme faite entre-vifs ou à cause de mort, selon que le donateur aura ou non déclaré qu'il donne en vue de la mort. Nous croyons au contraire que les Romains se plaçaient à un point de vue plus général, et qu'ils se demandaient si la donation était soumise, dans l'intention du donateur, au moins à une cause essentielle de révocation, celle résultant du prédécès du donataire, ou si au contraire la libéralité était absolue. Cette théorie ressort de plusieurs textes (Cpr. Loi 42, § I, loi 27, h. t. M. Glasson, op. cit., n° 13.)

Julien, en se plaçant au point de vue de la *cogitatio mortalitatis* qui fait le mobile et l'inspiration de ce genre d'acte, est amené à distinguer trois sortes de donations *m. c.* (Loi 2, § I). Mais cette division tripartite n'est pas heureuse. Il semble en résulter que c'est seulement dans le cas d'un danger imminent que la donation *m. c.* peut être faite au choix : ou de transférer immédiatement la propriété au donataire, ou de remettre cette translation à l'époque de la mort. Telle n'est pas la pensée des jurisconsultes, et rien n'empêche que la donation *m. c.* faite *sola cogitatione mortis* ne puisse aussi être soumise à la condition résolutoire.

La donation *m. c.* est révocable. C'est là le troisième caractère que nous avons indiqué. La faculté pour le dona-

teur de révoquer sa libéralité est de la nature de la donation à cause de mort; elle est donc toujours présumée; mais le donateur peut y renoncer expressément. *Sic donari potest ut non aliter reddatur, quam si prior ille qui accipit, decesserit.* (Loi 55, § 4.)

Enfin la donation à cause de mort est subordonnée au prédécès du donateur. C'est là le caractère essentiel de cette libéralité. On ne peut pas établir que la donation *m. c.* sera valable malgré la survie du donateur; en pareil cas, la libéralité serait valable comme donation entre-vifs, mais nulle comme donation à cause de mort.

Pour comprendre la portée de ce dernier caractère, nous allons distinguer selon que la donation *m. c.* est faite simplement en vue de la mort, ou qu'elle a lieu en vue d'un péril imminent.

1^{re} Hypothèse. — La donation *m. c.* a été faite *sola cogitatione mortis*: « *Non videtur perfecta donatio mortis causa facta antequam mors insequatur.* » (Loi 32). Jusqu'à la mort du donateur, la donation *m. c.* est soumise à une véritable résolution. Le donataire prédécédé ne peut pas plus transférer à ses héritiers ses droits sur la chose donnée, qu'un légataire ne le peut avant l'arrivée du *dies cedens*. — A vrai dire cependant la condition de validité de la donation *m. c.* n'est pas que le donateur prédécède, mais qu'il ne survive pas au donataire. Ainsi dans le cas où tous les deux meurent on même temps, la condition est réputée accomplie. On ne peut en effet, prouver dans l'espèce, que le donateur a survécu au donataire. (Voir loi 26).

Quoique ce soit en général le décès du donateur et celui du donataire qui servent de condition à la donation *m. c.*, il

est des cas où le décès d'autres personnes peut exercer une influence sur les effets de cette donation.

D'abord si le donataire est en puissance, si c'est un fils de famille ou un esclave, est-ce la survie du donataire lui-même ou celle du père ou du maître qui déterminera la validité de l'acte? C'est là une question d'intention. Le fils ou l'esclave n'intervient-il que comme intermédiaire servant au donateur à gratifier indirectement le père ou le maître, c'est la mort de ce dernier qui doit être prise en considération. Le donateur a-t-il, au contraire, voulu gratifier le fils ou l'esclave lui-même, c'est la survie de ce dernier qui déterminera la validité de la donation. Dans le doute, on présume que la personne *alieni juris* est le vrai destinataire de la libéralité. (Loi 33, loi 44.)

Autre question. Quand la donation *m. c.* est faite sous la condition du décès d'un autre que le donateur, y a-t-il donation à cause de mort? Savigny résout négativement la question. Un pareil acte, d'après lui, n'a que le nom de commun avec la donation *m. c.*, et il est complètement étranger à l'institution spéciale qui nous occupe. Savigny donne pour raison, l'impossibilité d'appliquer en pareille circonstance la loi *falcidie* ou les règles sur la capacité. Mais on ne voit pas en quoi cette incompatibilité existe. Ou il arrivera que, au moment de la mort du donateur, le donataire survivra au tiers prédécédé, et alors on procédera pour le calcul de la *falcidie* comme s'il s'agissait d'un legs pur et simple; ou bien, à ce même moment, le donataire et le tiers vivront encore l'un et l'autre, de sorte qu'on ignore si la résolution s'accomplira; dans ce cas, on appliquera les principes relatifs aux legs conditionnels. (Cpr., loi 73, § 2 *ad. leg. falc.* Nous croyons au contraire qu'il s'agit ici non d'une donation entre-vifs ordinaire faite sous une condition spéciale, comme

le prétend Savigny, mais d'une véritable donation *m. c.* A l'appui de cette solution nous invoquons trois textes insérés au digeste et au code, sous la rubrique même des donations *m. c.* (Loi 11, loi 18, pr. Const. 3.) La loi 18 qualifie formellement de donation *m. c.* celle qui est faite à cause de la mort d'un autre que le donateur. La loi 11, quoique un peu brève est également décisive. Elle suppose un beau-père donnant à sa brue, à cause de la mort de son fils, mari de cette brue. Et l'auteur de cette loi, Ulpien, prend soin de nous avertir que cette donation est valable, *etiam constante matrimonio*. Or, pendant le mariage, les donations entre-vifs sont prohibées, non-seulement entre les époux, mais encore entre l'un des époux et le *pater familias* sous la puissance duquel l'autre époux est placé. (Loi 3, § 2 et suiv. *de donat. inter virum et uxorem*.) La donation *m. c.* est seule permise. La loi 11, nous offre donc réellement l'exemple d'une donation *m. c.*, subordonnée au prédécès d'un tiers.

2^e Hypothèse. — Le donateur a fait sa libéralité à cause de mort en vue d'un péril plus ou moins imminent. Dans cette hypothèse, la plus générale, la donation *m. c.* est soumise à deux causes de caducité bien distinctes. La première, spéciale à notre hypothèse, détermine la résolution de la donation, si le donateur échappe au péril. Cette première cause de caducité peut être écartée par une convention. (Loi 13, § 1.) La seconde est essentielle et ne peut faire l'objet d'aucune dérogation; nous parlons du prédécès du donataire. Même alors que la donation devrait persister, en vertu des accords pris, si le donateur échappait au péril, elle n'en deviendrait pas moins caduque par le prédécès du donataire. C'est là le caractère qui conserve à la libéralité la physionomie de donation *m. c.*, et laisse à ce titre le donateur en droit de la révoquer.

De tout ce qui précède, il résulte que la donation *m. c.* peut être soumise à plusieurs chances de révocation ou de caducité; que toutes ces chances peuvent être réunies; qu'on peut aussi les exclure à l'exception de celle résultant du prédécès du donataire. C'est ce que nous indique Julien dans la loi 13, § 1. La fin de cette loi a donné lieu à de graves discussions entre les interprètes. Elle porte : « *Sic quoque potest donari m. c., ut nullo casu sit ejus repetitio, id est, nec si convaluerit quidem donator;* » on a souvent dit que toutes les chances de caducité ayant été écartées dans ce cas, il s'agit forcément d'une donation entre-vifs, quoique qualifiée à cause de mort. Nous ne pensons pas que cette explication doive être admise. Il est toujours grave d'accuser les jurisconsultes romains d'inexactitude dans leur langage, et ici Julien encourrait d'autant plus injustement ce reproche, qu'il professe dans la loi 1^{re} de *donationibus*, que toute donation *m. c.* est soumise à une condition; il n'a donc pas pu dire le contraire dans le texte qui nous occupe. Nous pensons qu'il a voulu simplement établir que le donateur *m. c.* peut renoncer à la cause de caducité résultant de son rétablissement, et laisser subsister les autres; ce qui prouve bien que telle a été la pensée de Julien, c'est que les expressions « *ut nullo casu sit ejus repetitio* » sont immédiatement restreintes et précisées dans leur portée par les mots « *id est nec si convaluerit.* » (Voyez M. Glasson, op. cit., n° 20.)

D'ailleurs, nous reconnaissons qu'il existait une controverse entre les jurisconsultes romains, sur le point de savoir quelle portée il fallait donner à la clause portant que la donation *m. c.* ne serait révoquée *nullo casu*; les uns étaient d'avis que cette clause transformait l'acte en une donation entre-vifs (Loi 27); les autres entendaient les mots « *nullo casu* » *secundum subjectam materiam*, c'est-à-dire, avec la restriction

qui laissait à la libéralité son caractère de donation à cause de mort. Cette seconde doctrine était celle de Julien, et elle avait triomphé, comme la plus conforme à la volonté présumée du donateur. (Cpr. loi 35 § 4, loi 13 § 1.)

Nous connaissons maintenant les caractères de la donation *m. c.* Il nous sera donc facile de la distinguer de la donation entre-vifs. Pour cela, nous ne nous arrêterons pas à cette idée que la donation *m. c.* est faite en vue de la mort, car nous savons qu'une donation entre-vifs peut aussi être faite en vue de cet événement. Nous ne dirons pas non plus que la donation *mortis causa* est révocable *ad nutum* : ce n'est pas là un caractère essentiel à cette libéralité. Il serait encore insuffisant de dire que la donation *m. c.* doit toujours dépendre d'une condition, car on peut faire une donation entre-vifs sous une condition. La différence caractéristique entre la donation entre-vifs et la donation *m. c.*, c'est que cette dernière libéralité est toujours faite en vue de la mort, et de plus soumise à une cause de révocation résultant du prédécès du donataire. (M. Glasson, op. cit., n° 23.)

CHAPITRE II

Dés formes des Donations à cause de mort

Les formes des donations *m. c.* sont celles des donations ordinaires. Ces libéralités se font *dando, obligando, liberando*.

1° *Donations m. c., faites au moyen d'une datio.* — Le donateur qui fait la datio a deux moyens de l'opérer. Tantôt il livre la chose à la condition de n'en perdre la propriété qu'à

sa mort; tantôt, au contraire, il transfère immédiatement la propriété au donataire, sauf à revenir sur cette translation s'il échappe au danger ou survit au donataire. (Loi 2, loi 29.)

Il est bien évident que, dans le cas où la propriété se trouvait immédiatement transférée au donataire, le donateur pouvait employer tout mode que ce fût de translation de la propriété, la *mancipation*, l'*in jure cessio*, la *tradition*, mais dans le cas où la propriété devait être seulement transférée à l'arrivée de la condition, on conçoit que cette translation conditionnelle pût se faire par tradition; ce qui est plus douteux, c'est qu'elle pût avoir lieu par mancipation ou *in jure cessio*. Le principe, *actus legitimi conditionem non recipiunt*, paraissait s'y opposer. (Loi 77, de *reg. juris*.) On admettait toutefois que, si la mancipation ou l'*in jure cessio* ne pouvaient être affectées de conditions formelles, du moins elles pouvaient l'être de conditions tacites résultant des circonstances, du but même de l'opération. C'est ainsi que Marcellus (Loi 15, de *manumissionibus*), parle d'un affranchissement *mortis causa vindicta*, c'est-à-dire, au moyen d'une *cessio in jure*. Il faut bien admettre que, dans l'espèce, la *cessio in jure* est affectée d'une condition suspensive; car il est certain qu'on n'eût pu affranchir un esclave de telle sorte; qu'il serait devenu libre de suite, sauf à retomber plus tard en servitude, si le maître échappait au danger.

Nous venons de voir que la translation de propriété s'opérait par la mancipation, la *cessio in jure*, la tradition. Quelques commentateurs ont soutenu que la translation de propriété à titre de donation *m. c.*, avait pu aussi s'opérer par le seul échange des consentements, et sans qu'il fût nécessaire de recourir à l'un des modes que nous venons d'indiquer. Avant de discuter les textes qui ont donné lieu à cette interprétation, il faut constater qu'elle est en contra-

diction avec une multitude d'autres textes non contestés, dans lesquels la tradition est indiquée comme la forme habituelle de la donation *m. c.*; en contradiction également avec les textes de Justinien, qui, attribuant à la simple convention de donner l'effet de créer une action personnelle, ne distinguent nullement la donation *m. c.* comme créant une action réelle, et surtout comme l'ayant déjà créée dans le droit antérieur.

Les commentateurs qui ont admis une dérogation si considérable aux principes ordinaires, l'ont fait sur la foi d'un texte de Paul (Loi 2, de *publiciana act.*), qu'il faut rapprocher de la loi 1^{re} au même titre. Dans ce dernier texte, Ulpien énumérant les cas où le Préteur donne la publicienne, dit que la tradition et l'usucapion ne sont pas les seuls modes translatifs de propriété, et il cite le legs auquel Paul (Loi 2) ajoute la donation *m. c.*, qu'il assimile au legs. La donation à cause de mort aurait donc le même effet que le legs, c'est-à-dire qu'elle serait translatrice de propriété.

D'après M. Pellat, le texte de Paul peut s'expliquer d'une façon plus conforme aux principes généraux. Paul suppose ici une espèce particulière : Le donateur, comme cela s'opérerait souvent, avait remis la chose au donataire, mais à la condition que celui-ci n'en deviendrait propriétaire qu'à l'événement de la condition; de sorte que l'on peut dire que c'est cet événement qui transfère la propriété, sans nouvelle tradition. Mais en réalité c'est bien une tradition qui est la cause de l'acquisition, la tradition faite lors du contrat et sous condition suspensive, par le donateur vivant (Pellat, *sur la propriété*, p. 460).

M. Glasson (op. cit. n° 28) propose une autre explication. Peut-être, en réalité, Paul a-t-il voulu dire que les donations

m. c. sur la nature desquelles on discutait vivement, et qu'ils s'efforçait pour sa part d'assimiler aux legs (loi 9, loi 35) étaient un mode d'acquérir *lege*, absolument comme le legs *per vindicationem* au moment de la mort du donateur, quand celui-ci n'avait pas déjà de son vivant transféré la propriété au donataire. Son opinion n'avait pas prévalu, sans doute, mais malgré cette circonstance, il n'est pas étonnant de la voir reproduite par erreur au digeste, dans un texte où les compilateurs n'avaient pas présentes toutes les règles des donations *m. c.*, et se souvenaient seulement que Justinien avait déclaré, au sujet de ces libéralités, *ut per omnia fere legis connumerentur*.

2° La donation *m. c.* peut, en second lieu, être faite sous la forme d'une obligation, *obligando*. Cette obligation résulte le plus souvent d'une stipulation (lois 34, 35, § 7). Une simple convention ne suffirait pas, ou du moins cette convention, suivant les principes ordinaires, ne produirait qu'une obligation naturelle.

Bien que, dans la stipulation *m. c.*, l'exécution ne puisse être exigée qu'à la mort du donateur, l'obligation n'en existe pas moins de suite; aussi cette obligation ne prend pas naissance sur la tête de l'héritier, comme toute autre dette de l'hérédité. (Loi 34.) Dès lors, il va de soi que la règle suivant laquelle on ne peut promettre *post mortem suam*, ne s'oppose pas à la validité d'une pareille stipulation.

Cette opinion, toutefois, n'a pas rallié tous les auteurs. Ainsi, d'après M. Namur, il y a bien là une obligation *post mortem*, mais qui, par exception aux principes ordinaires, prend naissance sur la tête de l'héritier. (Cours élémentaire d'inst. II, p. 228). M. de Savigny valide une semblable stipulation, en l'assimilant à un engagement

pris pour le moment même de la mort (*cum moriar*), et non pour une époque postérieure. (Voyez Savigny, *Traité de Droit romain*, t. IV, p. 252, trad. Guénoux.)

On peut encore donner *m. c.* au moyen d'une délégation, soit en promettant de payer le créancier du donataire, soit en déléguant son propre débiteur au donataire lui-même, ou au créancier du donataire. Si l'on délègue son débiteur au créancier du donataire, il y a donation à cause de mort pour la somme dont ce dernier est libéré, par rapport à son propre créancier. Si l'on délègue son propre débiteur au donataire lui-même, envers qui ce débiteur s'oblige, il y a donation *mortis causa* jusqu'à concurrence de la somme que le donataire obtiendra du débiteur. En effet, si la donation se trouvait caduque, le donateur n'obtiendrait que cette somme qui n'égale peut-être pas le montant nominal de la créance. Cette question relative à l'étendue de la libéralité est très-importante, par exemple, lorsqu'on fait le calcul de la *quarte falcidie*. (Voyez loi 18, § 1, loi 31, § 3.)

Le contrat *litteris* pouvait-il être employé pour faire une donation *mortis causa*? Ce n'était pas là, sans doute, le résultat qu'il servait à atteindre en général; mais je ne vois pas pourquoi il n'aurait pas pu remplir ce but. Un passage de Valère Maxime (*de dictis factis que memorabilibus*, liv. 8, chap. 2) confirme notre opinion. Un chevalier romain gravement malade avait fait à une courtisane une donation de trois cent mille écus « *quæ expensa sibi ferri passus est.* » L'acte ayant donné lieu à des contestations n'avait pu être annulé qu'à cause de son immoralité : c'était donc qu'il était régulier, et en tout point conforme au droit. S'agissait-il précisément dans l'espèce rapportée par Valère Maxime d'une donation *mortis causa*? on ne pourrait l'affirmer. Il résulte toujours du texte qu'on peut faire par *expensatio*



une donation ordinaire. Il faudrait dès lors une raison particulière pour que la donation à cause de mort fût prohibée; or, cette raison n'existe pas. L'*expensilatio* ne pouvait, sans doute, avoir lieu sous condition, mais à cet égard, on appliquait les mêmes règles que pour la mancipation, et la restriction ne concernait pas les conditions tacites (frag. vat. § 329).

3° La donation *m. c.* peut se faire encore *liberando*. Autrement dit, le donateur, créancier du donataire, peut lui faire remise, *mortis causa*, de sa dette au moyen d'un *acceptilatio* ou d'un pacte de *non petendo*, ou bien encore se laisser déléguer, *novandi animo*, par le donataire, comme débiteur auprès du créancier de ce dernier. (Loi 28 et loi 31, § 1). La simple déclaration de volonté de la part du créancier, sans l'indication d'une acceptation par le débiteur, ne suffirait pas pour constituer une donation *m. c.* Elle pourrait valoir seulement comme *fideicommiss*, disposition pour laquelle, dans l'ancien droit, on n'exigeait qu'une déclaration de volonté. C'est ainsi que M. de Savigny explique la loi 18, § 2. Dans l'espèce prévue par cette loi, une donatrice, Titia, voulait faire une libéralité *m. c.* à ses débiteurs. Dans ce but, elle charge Ageria de remettre à ceux-ci les titres de leurs créances, si elle vient à mourir, et de les lui restituer, au contraire, si elle se rétablit. Titia meurt. Ses héritiers réclament-ils, au mépris des volontés de la défunte, les sommes dues ou les titres de créance, aux débiteurs, ils verront leur demande repoussée. Mais par quel moyen? « Respondit *Mæviam, vel pacti conventi, vel doli mali exceptione summo-veri posse.* » On fera emploi, suivant le cas, de l'une ou l'autre exception; c'est-à-dire que, si la donatrice a manifesté sa volonté aux débiteurs, et si ceux-ci ont adhéré, il y aura donation sous forme de pacte et lieu par conséquent à l'ex-

ception *pacti conventi*. S'ils sont restés étrangers au mandat donné à Ageria, cette manifestation de volonté ne produira que l'effet d'un *fideicommiss* et il y aura lieu à l'exception *doli mali*, en vertu du *fideicommiss*. (Voyez aussi la loi 28.)

Pour compléter les développements relatifs aux formes des donations *m. c.*, nous devons encore mentionner un cas remarquable qui, sans être une donation *m. c.*, a avec elle beaucoup d'affinité, la *mortis causa manumissio*. Elle ne pouvait pas se faire en vue d'un danger de mort présent et passager, mais dans l'expectative du terme naturel de la vie, et alors l'affranchi ne commençait à jouir de la liberté qu'à la mort du maître. (Loi 15, *de manumissionibus*).

Après avoir déterminé les formes de droit commun sous lesquelles les donations *m. c.* pouvaient se faire, il nous reste à voir quelles modifications elles subirent dans la suite des temps.

Dès Antonin le Pieux, le seul consentement suffit à la validité des donations entre enfants et ascendants; cette disposition comprend les donations à cause de mort. (Const. 4, C. Théod. *de donationibus*.)

Les réformes introduites par les autres empereurs dans la matière des donations, s'étendirent aussi aux donations *m. c.* : la nécessité de l'insinuation créée par Constance Chlore leur était imposée; lorsque Constantin ajouta à l'insinuation d'autres formalités (rédaction d'un écrit en présence de plusieurs témoins — Const. I, code Théod. *de donationibus*), les donations à cause de mort y furent soumises; elles profitèrent aussi de l'adoucissement admis dans la législation par Théodose et Zenon, qui validèrent les donations faites sans écrit, pourvu qu'elles fussent constatées par d'autres documents. (Const. 29, *de donationibus*.)

Nous arrivons à la législation de Justinien et aux innovations que cet empereur a introduites dans la matière.

Une des plus importantes mesures de Justinien a été de trancher la controverse qui divisait les jurisconsultes sur le point de savoir si les donations *m. c.* étaient soumises à l'insinuation. Les partisans de l'insinuation argumentaient des termes généraux des constitutions, pour soumettre les donations *m. c.* à cette formalité. Ses adversaires faisaient remarquer que les motifs pour lesquels on avait établi l'insinuation étaient spéciaux aux donations entre-vifs, les empereurs s'étant proposé, comme autrefois la *lex Cincia*, de restreindre le nombre des donations surtout à cause des dangers qu'elles présentaient à raison de leur irrévocabilité. Or, les donations à cause de mort n'étaient pas irrévocables. Justinien, par une constitution rendue en l'an 530, sous le consulat de Lampadius et d'Oreste (Const. 4, *de mortis causa donationibus*), décide que l'insinuation n'est pas nécessaire, et il remplace cette formalité par une nouvelle: la présence de cinq témoins.

Cette constitution de Justinien a soulevé sur plusieurs points que nous examinerons en détail de vives discussions.

On s'est demandé d'abord si l'insinuation avait été complètement supprimée pour les donations *m. c.*. M. de Savigny enseigne qu'il n'en est rien, et que Justinien a tout simplement donné le choix entre l'insinuation et la présence des cinq témoins. (Savigny, op. cit., p. 271). Ce système nous paraît contraire au texte de notre constitution. L'empereur après avoir constaté l'existence de la controverse dont nous venons de parler, annonce qu'il va résoudre la difficulté. Or, dans la fin du texte, il ne dit pas qu'on aura le choix entre l'insinuation et la présence des cinq témoins. Il est bien probable que s'il y avait songé, il n'aurait pas

manqué de le dire, car, on le sait, Justinien ne peut pas être accusé de trop de brièveté dans ses décisions. Aussi pensons-nous que la présence des cinq témoins est la seule forme des donations à cause de mort. (M. Glasson, op. cit., n° 43.)

Un autre point sur lequel les interprètes se montrent divisés, est celui de savoir si la présence des cinq témoins est exigée pour toutes les donations *mortis causa*, qu'elles soient inférieures ou supérieures à cinq cents solides. M. de Savigny fait grâce à la donation inférieure à cinq cents solides, par la raison très-concluante, semble-t-il, que les donations entre-vifs de la même somme étaient affranchies de l'insinuation, et que Justinien a voulu simplement introduire une substitution et non une aggravation de formalités. Les formalités suffisantes pour l'acte le plus grave, la donation entre-vifs de cinq cents solides, ne peuvent pas, dit-il, ne pas suffire pour l'acte le moins dangereux, la donation *m. c.* de la même somme. (Savigny, op. cit., p. 272).

Sur ce point encore notre solution sera contraire à celle admise par M. de Savigny. Les termes de la constitution sont absolus; ils soumettent sans distinction toutes les donations à cause de mort à la présence des cinq témoins. D'un autre côté, s'il restait encore quelque doute à cet égard, il nous semble qu'il serait facile de le faire disparaître par un rapprochement de dates entre les différentes constitutions de Justinien. On sait que Justinien a dispensé de l'insinuation les donations entre-vifs de moins de trois cents solides par la constitution 34, *de donationibus*, ensuite les donations de moins de cinq cents solides par la constitution 36 du même titre. La première est de novembre 529, la seconde de novembre 531. Entre ces deux constitutions se place celle qui a exigé la présence de cinq témoins pour les donations *m. c.* La consti-

tution 4 est du mois de septembre 530. Nous concluons de là, qu'à l'époque où fut faite la constitution 4, toutes les donations *m. c.* étaient encore soumises à l'insinuation, ou pour mieux dire, que ni la constitution 34, ni la constitution 36, n'ont établi pour les donations *m. c.* les distinctions qu'elles font pour les donations entre-vifs. M. de Vangerow, *Lehrbuch*, p. 107 et suiv., est bien d'avis que la constitution 34 s'applique aux donations *m. c.*, mais les expressions *omnis donatio sive communis sive ante nuptias facta*, qu'il invoque en ce sens, n'ont pas la portée qu'il leur donne. Ce qui le prouve, c'est qu'on n'expliquerait pas l'existence d'une controverse sur la nécessité d'une insinuation pour les donations *m. c.*, d'après ce que constate la constitution 4 qui a eu pour but de la faire cesser, si la controverse avait été déjà terminée en vertu de la constitution 34, qui avait établi au point de vue de l'insinuation, la même distinction pour les donations *m. c.* que pour les donations entre-vifs.

La constitution 34, concerne donc les donations entre-vifs seulement; et s'il en est ainsi, il faut bien admettre que la constitution 36 se restreint aux mêmes libéralités. Elle ne parle pas une seule fois des donations *m. c.* Si, cependant, l'insinuation avait été encore admise même depuis la constitution 4, il est évident que la constitution 36 aurait parlé des donations *m. c.* Nouvelle preuve que la présence des cinq témoins a remplacé partout l'insinuation. D'autre part, nous venons de voir que cette présence est exigée en matière de donation *m. c.*, quelque soit le chiffre de la libéralité. (Voyez M. Glasson, *op. cit.*, n° 44).

Mais quelle est, d'une manière bien précise, cette formalité consistant dans la présence de cinq témoins? La plupart des auteurs pensent que la forme nouvelle des donations *m. c.* inaugurée par la constitution 4 *de mortis causa donationibus*,

n'est autre que la forme codicillaire, et concluent de là que les cinq témoins peuvent être remplacés par toute autre forme codicillaire, dans le cas où cette forme est autorisée. (Savigny, op. cit. p. 274.) Il nous paraît arbitraire de regarder la désignation des cinq témoins comme une désignation abrégée de la forme codicillaire : si Justinien avait voulu remplacer l'insinuation pour les donations *m. c.* par la forme des codicilles, il l'eût dit ; et c'est ce qu'il n'a point fait ; or, il est toujours dangereux d'ajouter aux explications d'un empereur qui n'a pas, comme on sait, le défaut de la brièveté dans ses décisions. Nous pensons donc, que la présence des cinq témoins est une forme spéciale à la donation à cause de mort. Nous n'exigerons donc pas pour le cas où on dresserait un écrit de la donation l'*unitas actus*, et la signature des cinq témoins ; ces règles sont spéciales aux codicilles. De même, on ne saurait étendre aux donations *m. c.* les règles spéciales aux *fideicommiss* et aux legs qui, dans certains cas, peuvent se faire avec moins de cinq témoins. (M. Glasson, op. cit., n° 45.)

M. Ortolan pense que depuis la constitution 4 *de m. c. donationibus*, on n'avait plus exigé pour les donations *de res*, la tradition de la chose. (Voyez t. II, p. 563.) La translation de propriété s'opérait par la seule vertu de l'acte, comme autrefois dans le legs *per vindicationem*. Dans cette opinion, la constitution de Justinien aurait renouvelé d'une façon complète, sous le rapport de la forme, la réglementation des donations *m. c.* ; mais cette interprétation dépasse, suivant nous, le but que Justinien s'était proposé. On ne peut se dissimuler que cet empereur n'a pas fait par la constitution précitée, de la donation *m. c.* un véritable legs ; il lui a conservé ses caractères distinctifs. Sans cela, on ne s'expliquerait pas l'insertion au digeste de textes mentionnant

la nécessité de la tradition. Ajoutons, qu'une translation de propriété *solo consensu*, serait un fait trop anormal, même dans le droit de Justinien, pour qu'on se décide à l'admettre en l'absence d'une disposition formelle.

La constitution 35, § 5 *de donationibus*, de Justinien, a soulevé une difficulté notable. Ce texte décide que le simple pacte, en dehors de toute stipulation, suffit pour donner action au donataire; cette faveur doit-elle être étendue à la donation *m. c.*? Les partisans de l'affirmative invoquent la raison suivante: il est bien difficile de supposer qu'un pacte suffisant pour effectuer une donation irrévocable ne puisse suffire à la validité d'une donation révocable (Savigny, *op. cit.*). Cette opinion n'a pas eu beaucoup de succès. C'est qu'en effet, le texte même de la constitution 35, § 5, *de donationibus*, et son motif sont étrangers à la donation *m. c.* Toutes ses dispositions sont relatives aux donations entre-vifs. Elle se trouve sous la rubrique *de donationibus*. De plus, le motif que Justinien donne de son innovation, et qui consiste dans l'immoralité qu'il y aurait à invoquer un vice de forme pour éluder un engagement sérieux, prouve bien qu'il n'a pas pensé aux donations *m. c.*, que le donateur est toujours en pouvoir de révoquer.

Enfin, on s'est demandé si, à la suite des innovations de Justinien, la donation *m. c.* n'était pas devenue un acte unilatéral comme le legs. Beaucoup d'auteurs l'ont pensé. A l'appui de leur opinion, ils citent les termes de la constitution 4 : « *Omnes effectus sortiatur quos ultimæ habent liberalitates, nec in quaconque parte absimilis eis intelligitur.* » Nous ne pensons pas que tel ait été le système consacré par Justinien. La phrase citée ne doit pas être séparée du reste du texte, où il est seulement question de la suppression de l'insinuation. Mais ce n'est pas tout, Justinien commentant

dans la préface de la novelle 87 sa constitution, nous apprend qu'il n'a fait autre chose que sanctionner l'opinion d'anciens jurisconsultes qui voulaient, en général, assimiler la donation *m. c.* aux legs, et que les textes insérés au digesto renferment la doctrine qu'il a consacrée; or, on voit dans ces textes, la donation *m. c.* revêtir la forme d'une translation de propriété, d'une stipulation, d'une remise de dette, d'un paiement.

CHAPITRE III

De l'objet des Donations *m. c.* — De la capacité de donner et de recevoir à ce titre.

§ I. — QUELLES SONT LES CHOSES QU'ON PEUT DONNER *M. C.*

Toute chose qui est dans le commerce peut faire l'objet d'une donation *m. c.*; sauf à appliquer, suivant les hypothèses, les règles propres à chaque chose.

Le donateur peut donner sa propre chose ou la chose d'autrui; dans ce dernier cas le donataire deviendrait propriétaire par usucapion, pourvu d'ailleurs qu'il réunit les conditions prescrites; car la donation *m. c.* est une *justa causa usucapiendi*. (Loi 13, pr.; loi 23).

On peut donner *m. c.* par stipulation une rente annuelle. Le paragraphe 7 de la loi 35 signale, dans ce cas, une différence entre la donation *m. c.* et les legs. Lorsqu'il s'agit d'un legs d'annuité, on considère le legs comme *multiple*;

la première annuité purement et simplement lóguée, et les autres sous cette condition *si vivat*. Le légataire d'annuités doit être capable à l'échéance de chacune d'elles. La donation *m. c.* d'une rente est, au contraire, *une*. Il suffit dès lors que le donataire soit capable à la seule époque du décès du donateur (Loi 22). Cette différence tient à la forme que revêt la donation *m. c.* En effet, la stipulation d'annuités ne donne naissance qu'à une seule créance.

On peut donner *m. c.* non-seulement des choses particulières, mais encore une *universitas juris*, telle qu'une hérédité. La donation *m. c.* peut même porter sur tous les biens d'une personne; mais il est évident que, même dans ce cas, elle ne constitue pas une succession à titre universel. Le donateur ne peut pas transférer en bloc son patrimoine au donataire, il faut qu'il recoure à une translation de propriété pour chaque chose, et en employant les modes d'usage.

§ II. — DE LA CAPACITÉ NÉCESSAIRE POUR FAIRE OU RECEVOIR UNE DONATION *m. c.*

1^o *Capacité du donateur.* — Il va de soi que pour faire une donation *m. c.*, il faut être capable de faire l'acte dont la donation emprunte la forme. Mais on s'est demandé, si, outre cette capacité, le donateur ne doit pas avoir la *factio testamenti* active, c'est-à-dire la capacité de tester. Donneau s'est prononcé en ce sens (*Com. jus. civ. lib. 14, cap. 33, n. 4, not. 8*). M. de Savigny est d'un avis opposé (*op. cit.*, p. 268). Il nous semble qu'à l'origine la question dût être discutée entre les jurisconsultes romains, les uns assimilant la donation *m. c.*, à la donation ordinaire, et n'exigeant pas la *testamenti factio*, les autres la rapprochant des legs et décidant le contraire. Mais sous l'influence des lois *Furia* et

Voconia, dont les dispositions s'appliquaient aux donations *m. c.*, comme aux legs (Gaius II, 225 et 226), du sénatus-consulto qui étendit à ces libéralités les règles des lois caducaires concernant le *jus caplendi* (Loi 9, loi 25), enfin de la constitution de Sévère qui soumit les donations *m. c.* au calcul de la Falcidio, on comprend que l'on ait exigé du donateur *m. c.* la capacité de tester. A plus forte raison, cette règle reçoit-elle son application sous Justinien (M. Glasson, op. cit., n° 55). Cette opinion s'appuie, d'ailleurs, sur trois textes d'Ulpien, où le jurisconsulte établit nettement un rapport intime entre la *factio testamenti* et le droit de donner *m. c.* (Loi I, § 1, *De tutela et rationibus distrahendis*, 27, 3; loi 32, § 8 *de donat. int. vir et uxor.*; loi 7, § 6 *de donat.*) — On objecte qu'avec notre opinion un *peregrinus* ne peut pas faire une donation *m. c.* par tradition ou stipulation. Cela est vrai. Mais qu'on le remarque bien, le *peregrinus* pourra toujours faire une donation de ce genre d'après les lois de son pays.

De ce qui précède, il résulte que, la capacité de faire l'acte sous la forme duquel se présente la donation, et la *factio testamenti*, sont les deux conditions exigées de la part du donateur *m. c.* Cette règle nous permettra de déterminer quelles personnes sont capables de faire des donations *m. c.*

Le *peregrinus* ne peut pas faire de donation *m. c.*, si ce n'est, quand il est spécialement citoyen d'une cité, et selon les lois de cette cité.

Celui qui subit la *maxima* ou la *media capitis deminutio*, cessant d'être citoyen romain, ne peut plus faire de testament ni de donations *m. c.* La *capitis deminutio* anéantit même les donations qui ont déjà été faites (loi 7), et qui ne sont confirmées qu'au décès, c'est-à-dire à une époque où le donateur n'est plus capable.

Tant qu'on distingua trois classes d'affranchis, les *Latini junii* et les *deditici* qui n'avaient pas la *factio testamenti* ne pouvaient pas faire des donations *m. c.* (*Ulp. reg. lib. lit.* 20, § 14.)

Les femmes qui jadis étaient incapables de tester, à l'exception de celles qui n'avaient pas d'agnats (Gaius III, § 43), pouvaient, on le sait, par la *coemptio testamenti faciendi gratia*, se mettre en possession du droit de faire un testament. (Cicéron, *Topiques*, n° 4.)

Dans le principe, le fils de famille ne pouvait faire aucun testament; mais nous savons que de bonne heure on avait accordé au fils de famille, quand il avait un pécule castrense, le droit de tester sur ce pécule (*pr. quibus non est permissum facere testamentum* int. J., 2, 13). Le fils de famille qui avait un pécule quasi-castrense, n'avait pas, avant Justinien, en principe et d'une manière absolue, le droit de tester sur ce pécule : *quibusdam permissum est testari*. Justinien a fait pour le pécule quasi-castrense, ce qui existait déjà pour le castrense : quiconque a un pécule quasi-castrense pourra désormais tester sur ce pécule. (Const. 37 *de inofficioso testamento*; inst. § 6 *de milit. test.*) Le droit de faire des donations *m. c.* suivit les mêmes changements. Quant au pécule adventice, le fils de famille n'eut jamais le droit, même sous Justinien, d'en disposer par testament; aussi n'eut-il pas non plus le droit de disposer des biens de ce pécule par donation *m. c.*, même avec le consentement du père (*arg. loi 6 pr. qui test. facere possunt*). Les textes que l'on a invoqués en sens contraire ne prouvent rien, car il suffit de les lire pour se convaincre qu'ils parlent du pécule profectice, (Loi 7, § 4 *de donat*; loi 25, § 1 *de m. c. donat.*) et on ne saurait argumenter par voie d'analogie de ce qui a lieu pour le pécule profectice. La différence qui existe, sous ce rapport,

entre les deux pécules, s'explique très-nettement. Les biens du pécule profectice appartenant au *pater familias*, la donation *m. c.* faite sur ce pécule par le fils, avec le consentement du père, est en réalité une donation faite par le père, avec l'intermédiaire du fils; aussi il importe peu que le fils n'ait pas la *factio testamenti*, puisqu'il n'est pas le véritable donateur. Au contraire, les biens du pécule adventice appartiennent au fils, s'il pouvait en disposer *mortis causa*, il serait le donateur; mais il faudrait pour qu'il eût ce droit qu'il pût disposer par testament de ces mêmes biens; et précisément comme il n'a pas la *factio testamenti* à l'égard des biens du pécule adventice, aucun texte ne lui donne le pouvoir de faire des donations *m. c.* sur les biens de ce pécule. (Voyez M. Glasson, nos 55 et suiv.)

Passons maintenant aux personnes *sui juris*. Nous écarterons de la faculté de donner *m. c.*, les *furiosi*, qui, cependant, peuvent faire des donations *m. c.* dans des intervalles lucides. (Arg., § 1, *quib. non est perm. fac. test.*, J. 2, 12.) Les prodigues sont assimilés aux aliénés. (Cpr., § 2, J., *quib. non est permiss.*; 2, 12; Ulpian, *frag.*, 20, § 13.) Les sourds et les muets sont également incapables jusqu'à Justinien. (Const. 10 *qui test. fac. poss.*) Les pupilles n'ayant pas la *factio testamenti*, ne peuvent, quoique assistés de leur tuteur, faire des donations *m. c.* (Loi 1, §§ 1, 2 *de tutel. et ration. distrah.*)

Quant aux mineurs de vingt-cinq ans, la question demande quelques développements. Il n'est douteux pour personne que ces mineurs ont la *factio testamenti*. Mais on s'est demandé si le rescrit de Dioclétien et Maximien (Const. 3, *de in integ. resti.*) qui modifia la capacité complète dont jouissaient auparavant les mineurs de vingt-cinq ans, sauf la possibilité d'obtenir l'*in integrum restitutio* en la demandant dans le délai prescrit, si ce rescrit ne leur avait pas

retiré, au moins dans le cas où ils étaient pourvus de curateurs, soit le droit d'aliéner, soit le droit de s'obliger *mortis causa*. — Notre opinion est qu'il n'en est rien. Le rescrit susdit, n'a pas touché au pouvoir de s'obliger; il a rendu applicable aux mineurs non pourvus de curateurs la règle du sénatus-consulte de Sévère relatif aux aliénations de *prædia rustica vel suburbana*, laquelle n'avait été faite que pour les tuteurs et les curateurs; (Const. 11, 15 de *Præd. et aliis rebus minorum*; Const. 5, *quando decreto opus non est*.) et il s'est borné, quant aux mineurs pourvus de curateurs à les déclarer incapables d'aliéner, sans le consentement du curateur. Cela résulte nettement de trois textes du *Digeste*. (Lois 101, 141, § 2 de *Verb. oblig.*; loi 43 de *Oblig. et actionibus*.) — Est-ce à dire que, lorsque la donation *m. c.* doit résulter d'une aliénation, le consentement du curateur, ou le décret du magistrat sont exigés? Nous ne le pensons pas. Même depuis Dioclétien et Maximien le mineur de vingt-cinq ans a pu faire seul et par aliénation des donations *m. c.* Les restrictions relatives à sa capacité d'aliéner concernent seulement les actes entre-vifs, elles ne sauraient sans textes et sans raisons graves, être étendues par voie d'analogie aux actes à cause de mort. De plus, le motif, de l'incapacité d'aliéner ne se rencontre pas pour des libéralités qui sont en général révocables, et souvent translatives de propriétés pour le moment du décès du donateur. D'ailleurs, y eût-il renonciation au droit de révoquer et translation de propriété immédiate, notre solution serait la même. A l'époque où Dioclétien et Maximien rendirent leur rescrit, le système d'assimilation des donations *m. c.* aux legs commençait à triompher, et déjà on se demandait avant tout si celui qui avait fait donation *m. c.*, avait ou non la *factio testamenti*. (Loi 32,

§ 8 de donat. int. vir. et ux.; loi 7, § ult. de donat.) Voyez Voët, h. t. n° 5; M. Glasson, op. cit., n° 65.

Les décurions, victimes de la fiscalité impériale, furent, sous Justinien, en partie déclarés incapables de faire des donations *m. c.* (Nov. 46 et 87.)

2° *Capacité du donataire.* — Le donataire à cause de mort doit satisfaire à deux conditions, d'abord avoir la capacité de prendre part à l'acte dont la donation *m. c.* revêt la forme, et en second lieu, justifier du *jus capiendi* et non pas seulement de la *factio testamenti* passive. Ainsi le *peregrinus* ne peut pas recevoir *m. c.* même par tradition ou stipulation, car il n'a pas la *factio testamenti* passive.

Les personnes frappées par les lois *Julia* et *Papia Poppæa* ne pouvaient pas plus recevoir par donation *m. c.* que par institution d'héritier ou par legs. En effet, ces lois déjà étendues aux *fideicommissis* par le sénatus-consulte Pégasien, furent appliquées par un sénatus-consulte aux donations *m. c.* qui étaient devenues un moyen d'éluder la prohibition relative aux legs et aux institutions d'héritiers. (Loi 35.)

Les lois caducaires avaient aussi restreint le chiffre de la quotité disponible entre époux. Depuis notre sénatus-consulte, il faudra entendre de la donation *m. c.* ce que les lois caducaires diront des libéralités recueillies par legs ou succession. (Voir Ulpien, *reg. lib.*, tit. XV et XVI, § 1.)

Le latin Junien, d'après la loi *Junia norbana* était privé du *jus capiendi*, il ne pouvait recueillir ni legs ni succession. (Gaius, I, § 23, 24; II, §§ 110 et 275.) La même incapacité, bien qu'elle n'existât pas en ce qui concerne le *fideicommissis*, le frappait quant aux donations *m. c.* Cela résulte du § 259, *frag. vatica.* Ce texte valide une donation

entre-vifs faite par une femme à un latin, et la précaution que prend le jurisconsulte de dire que ce n'est pas une donation *m. c.* dont il s'agit, prouve qu'il aurait donné une solution toute contraire si telle avait été la libéralité.

Il faut enfin citer parmi les personnes qui n'ont pas le *jus capiendi*, les *mulieres probrosæ*, qu'une constitution de Domitien déclare incapables de recueillir des hérédités ou des legs. (Suétone, *Vie de Domitien*, ch. 8.) Le biographe ne parle pas des donations *m. c.*; mais elles étaient sans doute comprises dans la prohibition, en vertu de la règle générale que les jurisconsultes semblent avoir admise et suivant laquelle : « *Omnibus mortis causa capere permittitur, qui scilicet et legata accipere possunt.* » (Loi 9.)

Après avoir passé en revue les cas où l'on est privé du *jus capiendi*, nous avons à nous demander à quel moment le *jus capiendi* est exigé du donataire.

« *In mortis causa donationibus, non tempus donationis, sed mortis intuendum est, an quis capere possit.* » (Loi 22.) La règle était différente pour les legs. La capacité du légataire s'appréciait au moment du *dies cedit*, reculé jusqu'à l'ouverture des tables du testament. Cette différence s'explique par cette considération, que le sort de la donation *m. c.* étant complètement indépendant du sort du testament, et toutes les exigences de la loi se bornant à la survie du donataire, il était juste pour déterminer sa capacité de se placer au moment de la mort du donateur. (Voyez la loi 44.)

Comme le légataire, nous pensons que le donateur *m. c.* a cent jours pour se mettre en règle avec la loi et faire cesser son incapacité. Le point de départ de ce délai n'est pas comme en matière de legs l'ouverture des tables du testament, mais le moment de la mort du donateur.

La sanction de la nullité de la donation *m. c.* résultant de l'absence du *jus capiendi*, sera de faire attribuer les biens donnés comme s'il s'agissait d'un legs (Gaius II, 207, 286), d'abord aux héritiers institués *patres*; à leur défaut, aux légataires *patres*; en dernier lieu, à l'*ærarium* et, depuis Caracalla, au fisc (Ulpien, *reg. lib.*, t. XVII, § 2.) Toutefois, les biens de la donation ne passent pas de plein droit aux personnes que nous venons d'indiquer. C'est à elles à les demander par la *caducorum vindictio*.

Nous avons supposé précédemment que le donateur en mourant avait laissé un testament. Mais les donations *m. c.* peuvent parfaitement avoir été faites par un donateur décédé sans testament. En pareil cas, les donations caduques ne donnent pas lieu à la *caducorum vindictio*. On attribue les biens donnés à tous les héritiers *ab intestat* sans s'occuper du point de savoir s'ils sont ou non *patres*. Et en effet, le *jus caduca vindicandi* suppose l'existence d'un testament. Quand une personne meurt intestat, on n'examine pas, pour distribuer l'hérédité, si les héritiers sont ou non *patres*; il ne saurait en être autrement des biens de la donation.

Toutes les règles concernant le *jus capiendi* appliqué aux donations *m. c.* ont disparu sous Justinien. Déjà les peines frappant les *cœlibes* et les *orbi* avaient été abolies sous Constantin (Const., I, c. Théod. *de infermandis pœnis cœlibatus*; Const. I, c. J. *de infermandis pœnis cœlibatus et orbitatis*.) Ces peines choquaient les idées nouvelles que le christianisme introduisait dans la société romaine. Mais les incapacités entre époux furent maintenues encore pendant un siècle. Elles avaient été établies dans un but politique, celui d'encourager les Romains à avoir un grand nombre d'enfants. Constantin nous dit qu'il les conserve par crainte des captations dont

les libéralités entre époux sont souvent suspectes, Théodose le Jeune et Honorius abrogèrent les incapacités entre époux (Const. 2, C. J. *de infirmandis pœnis cœlib. et orbitus*). L'incapacité du latin Junien a dû disparaître avec l'abolition de la classe des affranchis latins juniens par Justinien (Const. 1, *de latina libertate tollenda*). Quant à celles des *mulieres probrosæ*, elle a été expressément maintenue par Justinien (Const. 23, *de Nuptiis*).

En résumé, dans le droit de Justinien, le *jus capiendi* n'existe plus, et les legs ayant été assimilés aux *fideicommissis*, on peut poser en principe que toute personne capable d'acquérir par *fideicommissis* peut être donatrice *m. c.* On comptera comme incapables, par exemple, les hérétiques, les apostats (Const. 3, *de apostatis*; Const. 4, § 2 *de hereticis*), les enfants des criminels de lèse-majesté (Const. 5, *ad legem juliam maj.*), les enfants incestueux.

Les donations *m. c.* étaient, avons-vous dit, permises entre époux, quoique les donations entre-vifs fussent prohibées entre les mêmes personnes. Gaius nous apprend le motif qui avait fait autoriser les donations *m. c.* entre époux; « *Quia in hoc tempus excurrit donationis eventus quo vir et uxor esse desinunt.* » Toutefois les jurisconsultes romains avaient introduit dans la donation *m. c.* entre époux une restriction qui n'existait pas pour les donations *m. c.* entre étrangers. Dans la crainte de voir les conjoints se faire des donations *m. c.*, qui se rapprocheraient des libéralités entre-vifs, et qui, notamment, produiraient du vivant même des conjoints un avantage immédiat pour le donataire, on avait décidé que la translation de la propriété serait toujours différée à la mort. Le donateur avait-il eu une intention contraire, la libéralité n'en restait pas moins valable, mais elle était ramenée à la règle que nous venons de mentionner. Il

y a plus : on tenait compte de cette intention pour faire produire un effet rétroactif à la donation lorsqu'elle était devenue irrévocable par le prédécès du donateur. (Loi 40 de *m. c. donat.* ; loi 11, § 9 de *donat. int. vir. et ux.*)

Il est fort utile de savoir si la donation doit ainsi rétroagir. Supposons un esclave qu'un mari a donné *m. c.* à sa femme. Cet esclave fait, du vivant du mari, une stipulation. Le bénéfice sera pour le mari ou pour la femme, selon qu'à la mort du mari la femme sera reconnue propriétaire avec ou sans effet rétroactif (Loi 20, de *donat. int. vir. et ux.*)

On s'est demandé si la donation *m. c.* entre époux comportait la renonciation au droit de révocation *ad nutum* ? Aucun texte ne résout la question. Mais à défaut de textes, nous avons de puissants motifs pour nous diriger. S'il est vrai de dire que les donations *m. c.* avaient été autorisées entre époux, il faut reconnaître cependant que c'était à la condition de se présenter avec les caractères ordinaires de ces libéralités (Voyez M. Machelard, *du Droit d'accrois.*, p. 250). Le motif qui avait fait exclure ici toute translation immédiate de propriété s'opposait plus fortement encore à toute renonciation au droit de révoquer. Ajoutons à cela que, lorsque les donations entre-vifs furent autorisées entre époux, on les rapprocha sous certains rapports des donations *m. c.* entre les mêmes personnes. Or, on sait qu'entre époux les donations entre-vifs furent toujours essentiellement révocables. On ne saurait, contre notre solution, déduire une objection de ces mots d'Ulpien « *Omnis m. c. donatio valet inter virum et uxorem.* » (Loi II de *donat. int. vir. et ux.*). Ces mots ne signifient pas que les époux peuvent se faire des donations *m. c.*, sous quelque modalité que ce soit, mais que la donation *m. c.* entre époux est valable

quoique le donateur ait manifesté l'intention de transférer de suite la propriété. (M. Glasson, n° 80.)

Une autre particularité à noter dans la donation *m. c.* entre époux, c'est que cette libéralité, par exception aux règles ordinaires, ne tombe pas par la *media capitis deminutio* du donateur. Les choses se passent comme si le donateur décédait au moment où il encourt la *media capitis deminutio*. Le donataire devient immédiatement propriétaire. Il ne le devient toutefois d'une façon irrévocable qu'au décès du donateur; celui-ci conserve toujours son droit de révocation. (Loi 12, § 1, *de donat. int. vir. et ux.*)

Un descendant *alieni juris* ne pouvait-il pas recevoir *mortis causa* de son *pater familias*? On paraît l'avoir admis de bonne heure, pourvu toutefois que le donataire devînt *sui juris* à la mort du donateur, et que la translation de propriété fût aussi remise à ce moment, où la puissance paternelle ne coexisterait pas avec la libéralité. (M. Glasson, n° 82.)

CHAPITRE IV

Des effets de la Donation *mortis causa*.

Nous étudierons dans ce chapitre les effets de la donation *m. c.*, pendant que la résolution est encore en suspens, et après que toute chance de résolution a disparu. Cette double série d'effets peut être envisagée suivant que la donation a lieu par *datio*, ou par *stipulatio*, ou enfin par *liberatio*.

Effets de la donation m. c. par datio. — Nous savons que la translation de propriété peut s'opérer immédiatement, ou être remise à l'époque du décès du donateur. Dans le premier cas le donataire exercera à compter du jour de la tradition les droits attachés à sa qualité de propriétaire. Dans le second cas, au contraire, le donateur conserve l'action en revendication contre tout possesseur ou détenteur de la chose donnée. (Loi 29.) Pourra-t-il la diriger contre l'accipiens lui-même? En règle ordinaire cette action pourrait être paralysée par une *justa exceptio*. Mais en notre matière cette solution ne saurait être admise à cause du droit de révocation qu'il suffirait au donateur d'invoquer sous forme de réplique.

Mais dans tous les cas, le donataire qui, tant que la résolution est en suspens, n'est pas encore propriétaire, acquiert, au moins, par l'effet même de la tradition, la possession de la chose. C'est même la principale utilité de la tradition. On doit donc en inférer dans le doute, que le donateur a entendu abandonner au donataire la possession juridique et avec elle les interdicts destinés à la protéger. On invoque, en sens contraire, la loi 38, § 11 de *adqui. vel amitt. poss.* Ce texte est étranger à notre question; il signifie simplement que la tradition peut être subordonnée à une condition, non-seulement lorsqu'il s'agit d'une translation de propriété, mais aussi d'une simple translation de possession. Si nous ne pouvons citer à l'appui de notre opinion aucun texte précis, le § 111 des *fragmenta vaticana* nous fournit un argument sérieux. Il y est dit que l'usucapion n'est pas possible au profit de l'accipiens tant que la condition est en suspens, parce qu'il n'y a pas de *justa causa*. Le jurisconsulte suppose donc implicitement que la possession existe *pendente conditione*, car autrement la question ne se serait pas pré-

sentée. En ce sens, M. Bufnoir, *Théorie de la condition*, p. 390; M. Glasson, n° 84.

Au contraire, une fois la condition, qui tient en suspens l'irrévocabilité de la donation, accomplie, la situation change et le donataire devient définitivement propriétaire.

Son droit de propriété rétroagit-il au jour où la donation a été faite?

Dans une première opinion, la propriété du donataire ne remonte jamais à une époque antérieure à l'accomplissement de la condition. Toute condition, dit-on, renferme un terme, un *dies*. L'acte fait sous condition doit, pour ainsi dire, présenter après l'événement de la condition la physionomie qu'il aurait eue, s'il avait été *ab initio* accompagné d'un terme qui serait échu précisément à l'époque de l'événement de la condition. Or, le terme qui dans les obligations suspend que l'exigibilité, suspend la naissance même du droit, quand il s'agit d'un acte translatif de propriété. Dans ce système on permet à l'acquéreur de méconnaître les droits réels constitués sur la chose par l'aliénateur *ante existentem conditionem*, mais ce but est atteint sans la rétroactivité, et par la simple application de la règle, *nemo plus juris in alium transferre potest quam ipse habet*. M. Bufnoir, *op. cit.*, p. 407.

Dans l'opinion opposée, vers laquelle nous penchons, on répond, que c'est placer à tort sur la même ligne le *dies a quo* et la condition. Dans tous les cas, s'il est vrai de dire *in apicibus juris*, que toute condition renferme un terme, reste la question de savoir si les jurisconsultes romains se sont placés à ce point de vue pour résoudre notre difficulté. M. Glasson pense que ce point de vue est incompatible avec les idées des Romains, du moins à l'époque classique,

sur les caractères du droit de propriété. Si la condition renferme un terme, il en résulte que, le *tradens* reste jusqu'à l'arrivée de la condition un propriétaire à terme (car c'est ainsi qu'on explique, dans le précédent système, l'extinction des droits réels, constitués par lui); or, il n'est pas possible d'avoir la propriété *ad tempus*. L'analogie que l'on veut établir entre le terme et la condition ne prouve donc rien, parce qu'elle prouverait trop. Dans ce dernier système on s'appuie surtout, sur la loi 11, § 2, *de donat. int. vir. et ux.*, où Ulpien dit formellement que, dans les donations *m. c.* entre époux, il se produit, par suite de l'exclusion de tout effet rétroactif de la condition accomplie, des conséquences anormales : *quando ita non retroagatur donatio emergunt vitia*. C'est donc qu'en règle générale l'effet rétroactif devrait avoir lieu. Consultez en ce sens, loi 40 *de m. c. donat.* (Loi 11, § 9 *de donat. int. vir. et ux.*; M. Glasson, n° 85.)

Une autre question à résoudre, est celle de savoir comment les choses se passeront, au point de vue de l'usucapion, dans le cas où le donataire aurait reçu *m. c.* un objet dont le donateur n'était pas propriétaire.

Si l'intention du donateur a été de transférer de suite la propriété au donataire, celui-ci usucapera dès sa prise de possession, sauf à retransférer au donateur la propriété et le bénéfice de l'usucapion, si la libéralité devient caduque.

Si, au contraire, l'intention des parties a été de reporter le déplacement de la propriété au décès du donateur, l'usucapion ne pourra pas s'accomplir au profit du donataire *pendente conditione*. Nous trouvons cette règle formulée dans deux cas : A propos de la vente conditionnelle (Loi 8 *de peric. et commod. rei vindictæ*), et à propos de la *dictio dotis* (Loi 1, § 2 *pro dote*).

- Mais supposons la condition accomplie : sera-t-il vrai de dire que l'usucapion n'aura pas pu courir avant l'arrivée de la condition ? L'affirmative n'est pas douteuse pour les auteurs suivant lesquels la tradition conditionnelle ne transfère la possession elle-même qu'à l'arrivée de la condition. Mais il y a plus. Certains auteurs, tout en reconnaissant que l'*accipiens* possède *pendente conditione*, enseignent aussi que l'usucapion commence à courir du jour de l'accomplissement de la condition. Ils prennent pour point de départ la règle de la non-rétroactivité de la condition dans les actes translatifs de propriété ; et cette idée admise, ils en concluent que l'*accipiens* n'a pas dû pouvoir usucaper avant le moment où il a dû compter qu'il deviendrait propriétaire, c'est-à-dire avant l'arrivée de la condition. C'est à l'arrivée de la condition seulement, et sans rétroactivité que sa possession *ad interdicta* se transforme en possession *ad usucapionem* (M. Bufnoir, p. 422.)

Dans notre opinion, la condition accomplie rétroagit dans les actes translatifs de propriété, comme dans les contrats ; nous en concluons que l'*accipiens* possède *ad usucapionem*, déjà *pendente conditione*. Si l'*accipiens* avait reçu la chose du vrai propriétaire, il aurait, par l'arrivée de la condition, une propriété remontant au jour de la tradition. Il est juste et conforme aux principes que le même résultat se produise lorsqu'il peut invoquer l'usucapion. Le donataire a cru, à partir de la tradition, avoir reçu la chose du vrai propriétaire, il a cru qu'il serait lui-même un jour rétroactivement propriétaire ; par suite de l'effet rétroactif de la condition accomplie, sa *justa causa* remonte au jour où il a reçu la chose. Il est donc juste qu'il ait possédé *ad usucapionem* dès ce jour-là. (Voyez M. Glasson, n° 87).

L'intérêt pratique de la question est évident. En effet, si

on admet avec nous que l'*accipiens* (le donataire) a possédé *ad usucapionem, pendente conditione*, le temps, qui s'est écoulé entre la tradition et l'arrivée de la condition, lui profitera, nonobstant, par exemple, la mauvaise foi du donateur au commencement de sa possession. Au contraire, cette mauvaise foi aura pour effet de rendre ce temps inutile pour l'usucapion, dans le système de nos adversaires.

2° *Effets de la donation m. c. par stipulation.* — La donation peut avoir été faite, soit dans la forme d'une stipulation conditionnelle, soit dans celle d'une stipulation pure et simple.

Dans le premier cas, le donataire ne saurait intenter aucune action, tant que la condition ne s'est pas réalisée, car, jusqu'à ce moment, il ne lui est rien dû (Loi 13, § 5 de *pign. et hypothecis*), et si le donateur avait payé il pourrait intenter la *condictio indebiti* (Lois 17, 18, 44, 56 de *cond. indeb.*) D'ailleurs, il existe un lien entre les parties, et des garanties spéciales peuvent être accordées au donataire ; mais ce lien est plus fragile que dans les obligations conditionnelles ordinaires, à cause du droit de révocation du donateur, si toutefois il n'y a pas renoncé. Ce cas excepté, on peut intenter contre le donataire la *condictio ex penitentia* par laquelle on le forcera à faire acceptilation. — Si la condition se réalise, son accomplissement a pour effet de faire considérer l'obligation comme ayant été pure et simple dès l'origine (Arg. Loi 2, § 1, *qui potiores in pignore*; loi 8 pr. de *periculo et commodo rei venditæ*). Dans les legs, au contraire, la condition accomplie ne rétroagit.

Dans le second cas, que nous avons prévu, celui d'une stipulation où l'on n'insère pas de condition (Loi 76, de *jure dotium*) le donateur se trouve immédiatement obligé, et

dans le cas de sa survie, il aura la *condictio* pour obtenir l'extinction de son obligation.

3° *Effets de la donation m. c.* LIBERANDO. — L'acceptilation étant un acte légitime, sera toujours et nécessairement pure et simple. Elle opérera libération immédiate. Et si le donateur voulait ensuite user de son droit de révocation, il ne pourrait pas intenter l'action de l'ancienne créance qui est éteinte, il devrait recourir à la *condictio* pour contraindre le donataire à lui constituer une créance nouvelle.

CHAPITRE V

De la caducité des Donations m. c.

Nous examinerons, d'abord, les causes de caducité de ces libéralités, ensuite les effets de la caducité.

I. *Causes de caducité des donations m. c.* — Ces causes sont les suivantes :

1° Le prédécès du donataire. (Lois 26 et 35.)

2° Le salut du donateur qui a fait la donation en vue d'un danger déterminé. (Lois 19, 24, 35, § 3. — Inst. J., § 1 de donat.)

3° La *maxima* ou *media capitis deminutio*. (Loi 7.) On sait que, pour le cas de déportation, la donation m. c. entre époux ne serait pourtant pas caduque.

4° La révocation faite par le donateur. (Lois 15, 16, 30;

Inst. J. de donat.) Cette dernière cause va seule nous arrêter un instant.

Le droit de révocation est de la nature et non de l'essence de la donation *m. c.* Il en résulte que, si le donateur jouit en principe du droit de révocation, il peut y renoncer sans que sa libéralité perde le caractère de donation *m. c.* Cependant, des auteurs considérés, Voët, parmi les anciens, M. Pellat, de nos jours (Textes choisis des Pandectes, p. 155.) ont soutenu que la clause de non-révocabilité transformait l'acte en une donation entre-vifs soumise à une condition spéciale. Cette doctrine est trop nettement condamnée par les lois 13, § 1 et 35, § 4, pour que nous puissions l'adopter. Justinien de son côté, dans la nouvelle 87, reconnaît d'une manière générale la possibilité d'insérer dans une donation *m. c.* la clause de non-révocabilité, bien que la force des choses l'oblige à défendre l'usage d'une semblable clause aux Curiaux. La loi 42, § 1, qu'on nous oppose, ne paraît pas contraire à notre doctrine. Il s'agit dans l'espèce de cette loi, d'une donation, dans laquelle toute chance de révocation serait écartée, même advenant le prédécès du donataire. Si le jurisconsulte déclare que cette libéralité est entre-vifs, ce n'est donc pas parce que le donateur avait abdiqué son droit de révocation *ad nutum*. (Voy. en ce sens MM. Machelard, *Dissert. sur le droit d'accroiss.*, p. 249; Demangeat, *Cours de droit romain*, p. 575; Glasson, n° 98.)

La révocation peut être expresse ou tacite. La révocation expresse ne paraît pas avoir été soumise, dans l'ancien droit, comme celle des legs, à une formule sacramentelle. (Voyez pour les legs, Gaius, *com.* II, § 198.)

La révocation tacite comporte au contraire, par analogie, les règles tracées pour la révocation tacite des legs. Ainsi la

révocation des legs peut être pure et simple ou sous condition. Le fait du donateur d'aliéner la chose donnée, dans le cas où la donation s'est faite sans déplacement immédiat de propriété, implique, en général, dans l'ancien droit, l'intention de révoquer la libéralité (Arg. Gaius, II, § 198). Cependant, d'après une doctrine moins absolue qui a triomphé sous Justinien (Inst. J., § 12 *de legatis*), l'aliénation n'emporte révocation tacite qu'autant que le donateur a aliéné de son plein gré (Arg. Loi 11, §§ 1, 2, *de legatis* 3^o). Peu importe, d'ailleurs, que l'aliénation soit nulle (Loi 24, § 1 *de adimendis legatis*), ou que la chose fasse retour dans les mains du donateur (Loi 15 *de adimendis legatis*). Peu importe aussi que l'aliénation résulte d'une donation entre-vifs, ou d'une donation *m. c.*, ou d'un legs.

Il y a révocation tacite lorsqu'il survient une inimitié grave entre le donateur et le donataire (Arg. loi 3 *in fine de adimendis leg.*); de même si le donateur maudit le donataire. (Loi 9, §§ 1 et 14 *de adim. leg.*)

Il va de soi, que le droit de révocation n'appartient qu'au donateur, et ne se transmet pas à ses héritiers.

On sait que les donations entre-vifs, irrévocables en principe, peuvent cependant, par exception, être révoquées pour cause d'ingratitude (§ 2 J., *de donationibus*), et, dans le cas spécial où la libéralité a été faite par un patron à son affranchi, pour survenance d'enfants. Il y a lieu, ce nous semble, d'appliquer ces causes de révocation aux donations *m. c.*, lorsque le donateur a renoncé à son droit de révocation *ad nutum*. M. de Savigny (op., cit., t. IV, p. 242) pense même que le donateur ne pourrait renoncer à son droit de révocation pour ingratitude. Une semblable clause devrait être réputée non écrite, parce qu'elle désarmerait

une loi punissant l'immoralité (Arg. Loi 27, § 4 *de pactis*).

II. *Effets de la caducité de la donation m. c.* — Ces effets varient suivant que la libéralité a été faite sous condition suspensive ou résolutoire, suivant aussi qu'il s'agit d'une *datio*, d'une stipulation, ou d'une remise de dette.

1^o Quand la donation *m. c.* a eu lieu par tradition, si cette tradition a été faite sous condition suspensive, pas de difficultés pour déterminer les effets de la caducité. Le donateur, étant resté propriétaire, réclame sa chose par l'action en revendication qu'il a le droit d'intenter contre tout possesseur de la chose. (Loi 49.)

Si, au contraire, le donateur a transféré la propriété au donataire, les droits que la loi lui confère par suite de la caducité ont varié suivant les époques.

Dans l'ancien droit romain, l'idée d'une propriété résoluble sous condition n'était pas connue. A l'époque des jurisconsultes classiques, on posait encore, comme principe général, que la propriété s'acquerrait toujours d'une manière absolue et sans aucune limitation dans sa durée. Dès lors, la caducité de la donation n'empêchait pas le donataire, ou ses héritiers, de rester propriétaires. Le donateur avait seulement une action personnelle, la *condictio causa data causa non secuta*, pour obliger le donataire ou ses héritiers à lui transférer la propriété. (Voyez lois 38, § 3, *de usuris et fructibus*; 35, § 3, *de donat. m. c.*; 39, *cod. tit.*) Ces trois lois sont extraites des ouvrages de Paul. Dans la seconde de ces lois, le jurisconsulte nous explique pour quel motif on donne la *condictio causa data causa non secuta* : on accorde cette action, non-seulement quand la translation de propriété a été faite en vue d'une prestation réciproque, mais aussi lorsqu'elle a eu lieu en vue d'un événement dépendant du hasard, *ut*

aliquid obtingat, comme le prédécès du donateur. De même que Paul, le jurisconsulte Julien n'accorde jamais que la *condictio*. (Lois 13 pr.; 19 de *m. c. donat.*; et loi 4 de *donat. int. vir. et ux.*)

Cette nécessité, imposée au donateur, de recourir à la *condictio*, donnait lieu à de graves inconvénients. Le donateur ne pouvait pas suivre la chose entre les mains des tiers; dans le cas où le donataire l'avait aliénée, il pouvait seulement obtenir des indemnités, et ce droit devenait illusoire quand le donataire était insolvable; enfin, même lorsque la chose lui était restituée, il était obligé de l'accepter avec les charges réelles consenties par le donataire. Pour remédier à ces inconvénients, déjà dans une matière plus pratique encore, la vente avec *addictio in diem*, les jurisconsultes avaient admis qu'on pourrait transférer une propriété limitée quant à sa durée, de telle sorte que, à l'accomplissement de la condition résolutoire, le vendeur aurait le droit d'intenter, soit contre l'acheteur, soit contre les tiers, l'action en revendication. (Loi 4, § 3 de *in diem addictione*.) Ulpien le premier proposa de faire l'application de cette règle nouvelle aux donations *m. c.* Nous trouvons la solution d'Ulpien dans la loi 29 de notre titre des donations *m. c.*

Cette théorie, d'une propriété limitée *ad tempus*, finit par se généraliser. D'ailleurs la revendication ne remplaça pas purement et simplement la *condictio*, cette dernière action fut encore nécessaire dans un certain nombre de cas.

L'action en revendication est donc accordée, dans le dernier état du droit, toutes les fois que la donation se trouve caduque, peu importe que cette donation ait eu lieu sous condition suspensive, ou sous condition résolutoire.

Mais que décider si le donateur avait donné la chose

d'autrui? Deux textes, l'un de Julien (Loi 13), l'autre de Paul (Loi 33), nous donnent la solution. Le donataire est devenu propriétaire par usucapion; et lorsque la donation tombe, le donateur intente contre lui la *condictio* pour se faire retransférer la propriété. — Les deux textes de Paul et Julien sont antérieurs à l'époque où l'on admit une translation de propriété sous condition résolutoire. Mais que décider depuis cette époque. Si l'on admet, avec nous, l'effet rétroactif de la condition accomplie, même dans les translations de propriété sous conditions résolutoires, la réponse est bien simple : ou bien la donation devient irrévocable, et alors le donataire a usucapé *ab initio* un droit de propriété pour son compte; ou bien la donation tombe, et dans ce cas, le donateur a conservé pour lui-même, comme dans le cas de donation sous condition suspensive, la possession *ad usucapionem*, et est devenu propriétaire par usucapion. Si, toutefois, il manquait au donateur un élément nécessaire à l'usucapion, tel que la bonne foi, il aurait une simple *condictio* pour se faire restituer la chose. (Voyez M. Glasson, n° 106.)

Le donateur avait droit, non-seulement à la restitution de la chose, mais encore à celle des fruits perçus par le donataire *pendente conditione*. Avant Ulpien, il avait pour l'obtenir la *condictio causa data causa non secuta* (Loi 12 de *condict. causa data*; loi 38, § 3, de *usuris et fruct.*). A l'époque où l'on autorisa le donateur à intenter l'action en revendication, sans doute, ces restitutions n'exigèrent plus l'emploi d'une action spéciale, mais purent être ordonnées *officio judicis*. D'autre part, le donataire avait droit d'être indemnisé des impenses nécessaires et utiles qu'il avait faites à l'occasion de la chose; et à l'effet d'obtenir cette indemnité, il pouvait opposer l'exception de dol au donateur qui ne l'aurait pas remboursé. (Loi 14.)

Après avoir étudié l'action en revendication, nous avons à faire le même travail relativement à la *condictio causa data, causa non secuta*.

Tant que l'on n'admit pas la translation de propriété sous condition résolutoire, le donateur ne put intenter que cette action en cas de caducité de la libéralité, à moins qu'il ne s'agit d'une donation *m. c.* sous condition suspensive. Par cette action, on contraignait le donataire à retransférer la propriété, ou à payer des indemnités fixées par le donateur sur son serment. Si la chose avait péri par la faute du donataire, le donateur réclamait sa valeur. La chose avait-elle été aliénée, le donateur, par la *condictio*, pouvait, à son choix, en réclamer le prix ou la valeur, si l'aliénation avait eu lieu par vente, et la valeur si l'aliénation avait eu lieu autrement; c'est sans doute cette dernière hypothèse que prévoient les lois 19 *in fine* et 39. — Le donateur seul (ou ses héritiers) avait la *condictio causa data causa non secuta*, même dans le cas où il avait donné la chose d'autrui. Dans ce dernier cas, le propriétaire aurait eu le droit d'intenter la revendication, mais il n'aurait pas pu employer la *condictio*, car le donataire n'était pas obligé envers lui.

A partir de l'époque où l'on admit la translation de propriété sous condition résolutoire, la *condictio*, moins avantageuse que la revendication, perdit une grande partie de son importance. Elle resta cependant indispensable dans un certain nombre de cas :

1^o Quand le donataire avait entendu aliéner purement et simplement, car le donataire était alors devenu propriétaire incommutable.

2^o Quand le donataire avait reçu non des *species*, mais des choses *quæ numero, pondere, mensura constant*. Ici encore le donataire était devenu propriétaire incommutable, à

charge de restituer, en cas de caducité, d'autres choses de même quantité, qualité et valeur.

3° Lorsque la chose avait péri par la faute du donataire, *extinctæ res vindicari non possunt*.

Si la chose avait non plus péri, mais passé en mains de tiers, le donateur aurait eu l'option entre la *condictio*, d'une part, tendant à obtenir, soit la valeur estimative, soit le prix de vente de la chose, et l'action en revendication d'autre part. Tel est le véritable sens de la loi 37, § 1. Dans cette loi, Ulpien rapporte l'opinion de Julien, mais, comme il admet un système opposé à celui de ce jurisconsulte, qui, on le sait, refusait dans l'espèce la revendication, c'est évidemment pour la combattre. Aussi, dans notre opinion, la loi 37, § 1 n'appartient à Julien que jusqu'aux mots *si contra-luisset*. Ulpien, après avoir posé en thèse que le donateur aura la *condictio pretii*, et d'accord en cela avec Julien, achève ainsi à propos du donataire : *alioquin ipsum servum restituere compellitur*. Sans doute, le donataire est bien maladroitement soumis à restituer un esclave qu'il ne possède plus. Mais il faut laisser de côté la mauvaise rédaction, pour ne voir ici que la revendication formellement donnée.

Nous avons à examiner maintenant si l'action *civilis in factum præscriptis verbis* pouvait être accordée au donateur *m. c.* cumulativement avec la *condictio ob rem data*. Les auteurs sont partagés sur cette solution. Les Proculiens paraissent avoir admis cette action (Voyez M. Bufnoir, op. cit., p. 143 ; M. Pellat, *de la Prop.*, p. 282.) M. de Savigny, op. cit., t. IV, p. 259, prétend que cette action est expressément attribuée au donateur. Il invoque les lois 30 et 18, § 1 de notre titre. Dans la loi 30, dit M. de Savigny, Ulpien, en parlant d'une action utile, a eu en vue l'action *præscriptis verbis*.

C'est là, croyons-nous, une erreur évidente. Il s'agit, sans aucun doute, sous cette expression *utilem actionem*, non de l'action *præscriptis verbis*, mais de l'action en revendication, que le jurisconsulte qualifie d'action utile, précisément parce qu'il étend l'action en revendication, à une hypothèse dont elle avait été jusqu'alors tenue éloignée, à l'hypothèse d'une retranslation de propriété *ipso jure* par le seul effet de l'accomplissement d'une condition résolutoire.

Le second texte sur lequel s'appuie M. de Savigny est la loi 18, § 1 «... Nam et si convaluisset creditor, idem que donator, condictione, aut in factum actione, debitoris obligationem duntaxat reciperet.» Cette action *in factum* dont parle Julien est-elle l'action *præscriptis verbis*? On peut le soutenir en partant de cette idée, que les motifs qui ont justifié l'extension de l'action *præscriptis verbis* aux contrats innomés, s'appliquent à la donation *m. c.* Les pactes joints *in continenti* à un contrat, ayant été réputés à l'origine faire partie de ce contrat, les jurisconsultes s'étaient demandé pourquoi les pactes joints à une dation (*tradition, mancipatio, cessio in jure*) ne se soutiendraient pas aussi de la même manière. Telle fut l'origine des contrats *do ut des, do ut facias*, comme le prouve une constitution de Maximien (Const. I de *pactis conventis* 5, 14). Eh bien, dans les donations *m. c.*, faites par *datio*, un pacte analogue de restitution accompagnait toujours la translation de propriété, puisqu'il était entendu que la donation serait caduque par le prédécès du donataire. On peut ajouter qu'à la suite des modifications subies par la *conditio causa data causa non secuta*, il y eut identité quant aux conditions exigées pour l'exercice de cette action et pour celui de l'action *præscriptis verbis*. Or, la *conditio* existait toujours dans les donations *m. c.* Il n'y a donc nul motif d'en exclure l'action *præscriptis verbis*.

Telles sont, sans doute, les raisons qui avaient déterminé les Proculiens à donner le choix entre la *condictio* et l'action *præscriptis verbis*. L'opinion des Proculiens n'est formellement affirmée par aucun texte, mais elle résulte de la loi 35, § 3, où, le jurisconsulte Paul, en remarquant que les Sabinienens n'ont pas hésité à admettre la *condictio ob rem dati*, veut probablement les opposer aux Proculiens qui admettaient en outre ici l'action *præscriptis verbis*.

En définitive, c'est l'opinion des Sabinienens qui triompha. L'insertion au Digeste de la loi 35, § 3, et le silence des textes qui ne parlent jamais que de la *condictio*, le prouvent suffisamment. Cette solution paraît d'ailleurs plus conforme aux principes rigoureux. Comment assimiler, en droit strict, la donation *m. c.* à un contrat innomé? Outre que nous ne trouvons pas ici le signe caractéristique d'une prestation faite par une personne à une autre, en exécution d'une convention antérieure ou concomitante, obligeant l'autre partie à exécuter une prestation réciproque (Loi 5 pr.; loi 28 *præscrip. verb.*), il faut noter encore ceci : c'est que l'on méconnaîtrait par cette assimilation la tradition constante des jurisconsultes romains qui n'ont jamais considéré la donation *m. c.* comme constituant, quant à la forme, un acte propre, ni surtout, comme formant un contrat spécial. Elle devait revêtir la forme d'une *datio*, d'une stipulation, ou d'une remise de dette.

C'est à tort que l'on opposerait à l'argument que nous tirons du silence des textes sur l'action *præscriptis verbis*, la loi 18, § 1, déjà citée. D'abord, Julien, auteur de cette loi, appartenait à l'école Sabinienne, opposée, on le sait, à l'admission de l'action *præscriptis verbis*. Au surplus, deux textes du même auteur nous montrent qu'il accordait l'action *præscriptis verbis* dans le cas de contrat innomé *do ut des*, et

dans celui de contrat *do ut facias*, mais qu'il refusait, au contraire, cette action, lorsqu'il s'agissait d'un contrat *facio ut facias* (Loi 13, § 1 *præscrip. verb.*; loi 7, § 2 *de pactis*). Dans ce dernier cas, le jurisconsulte accordait la simple action de dol, ou une action prétorienne *in factum*. Or, si l'on veut considérer comme contrat innomé la donation *m. c.* que suppose la loi 18, § 1, il faut admettre au moins qu'elle rentre dans la catégorie des contrats *facio ut facias*. Julien ne pouvait donc pas avoir en vue l'action *præscriptis verbis* quand il parlait, dans cette loi, d'une action *in factum*.

Quelle est donc cette action accordée par le jurisconsulte Paul dans notre loi : « *Ergo qui mortis causa donat, qua parte se cogitat, negotium gerit, scilicet ut, cum convuluerit reddatur sibi, nec dubitaverunt Cassiani quin condictione repeti possit...* » C'est une action prétorienne *in factum*. La *condictio*, action de droit strict, était dans certains cas fort insuffisante, notamment, lorsque des dommages-intérêts ou des *usurae* étaient dus par le donataire. L'action prétorienne *in factum* avait pour avantage de suppléer, en l'absence de l'action *præscriptis verbis*, aux insuffisances de la *condictio*. Cette action était du reste tout à fait subsidiaire, et le prêteur ne l'accordait, qu'autant que les nécessités de la pratique l'exigeaient impérieusement. (M. Glasson, *op. cit.*, n° 110).

2° *Effets de la caducité de la donation m. c. faite par stipulation.* — 3° *Par acceptilatio.* — On accordait au donateur la *condictio causa data causa non secuta*, soit pour obtenir sa libération, soit pour faire revivre l'ancienne obligation.

Toutefois, il n'y aurait pas eu besoin de la *condictio*, dans l'hypothèse où la stipulation qui donne sa forme à la donation *m. c.* aurait été faite de telle sorte, qu'on aurait inséré

comme conditions formelles, les causes de caducité. Alors, on se serait trouvé en présence d'une stipulation conditionnelle, et si la condition avait fait défaut, les choses se seraient passées comme s'il n'y avait jamais eu stipulation. (Arg. Loi 37, *de contrah. empt.*; loi 8 pr. *de peric. et commod.*) Entre époux, la stipulation *m. c.* était toujours et nécessairement conditionnelle; aussi il n'y avait pas lieu à notre action. (Loi 52, § I, *de donat. int. vir. et ux.*).

En cas de délégation, le donataire était contraint, par la *condictio*, de restituer la créance elle-même, ou s'il s'était fait payer, de rendre ce qu'il avait reçu sur le montant de la dette. Mais l'obligation du donataire ne s'étendait pas au-delà de la solvabilité du débiteur. (Loi 18, § I, loi 31, § I.)

S'il y avait eu acceptilation, le donataire devait par la *condictio* s'engager de nouveau, et pour la totalité de la dette, quelle que fût sa solvabilité. (Loi 31, §§ I et IV). Cette obligation subsistait même dans le cas où, avant la révocation, le débiteur aurait été libéré par l'expiration d'un délai. (Loi 24).

La loi 35, § 6 applique au cas de donation *m. c.* les effets de la corréalité. Un créancier voulant faire une donation *m. c.* à deux de ses débiteurs *correi debendi*, libère l'un d'entre eux de la dette par acceptilation. Si la donation devient plus tard caduque, il peut intenter la *condiction* contre celui des débiteurs qu'il voudra.

CHAPITRE VI

Comparaison entre les Donations à cause de mort et les Legs

Nous avons maintes fois remarqué que les donations *m. c.* avaient, par leur but et leur résultat, des affinités avec les legs. Cela avait déterminé les Romains à établir une certaine parité entre les règles qui régissaient ces deux libéralités. Les empereurs avaient déjà pris quelques dispositions à cet égard ; mais les jurisconsultes ne s'accordaient pas sur le point où l'on devait s'arrêter. Dans cet état de chose, Justinien adopta l'opinion des prudents qui admettaient la plus grande assimilation, et il constata le fait par deux moyens. D'abord, il ne fit insérer au Digeste que les textes favorables à sa doctrine. Ensuite, dans le Code et les Institutes, il établit, comme règle générale, l'assimilation la plus étendue. Ainsi les diverses parties du droit s'expliquent mutuellement. La règle générale posée dans le Code et les Institutes trouve dans le Digeste sa détermination et ses limites. Plusieurs auteurs trompés par la forme du *corpus juris*, ont pensé que le Code avait transformé en assimilation absolue, l'assimilation partielle commencée par le Digeste. Mais les sources du droit reconnaissent formellement plusieurs différences qui continuent de subsister. (Savigny, *op. cit.*, p. 273). Il s'agit, pour terminer notre étude sur les donations *m. c.*, de déterminer les principales ressemblances et différences qui existent entre ces libéralités et les legs.

I. — *Ressemblances entre les donations m. c. et les legs.* — L'assimilation a été établie tantôt par la loi, tantôt par la doctrine des jurisconsultes.

Le premier cas, où la donation *m. c.* paraisso avoir été assimilée au legs, est celui de l'incapacité. La *testamenti factio* fut exigée du donataire. Un sénatus-consulte, de date inconnue, alla encore plus loin, et étendit aux donations *m. c.* les dispositions des lois *Julia* et *Pappia Poppæa*, sur le *jus capiendi*. (Lois 9, 35, 37.) Les mêmes personnes qui ne peuvent pas *capere ex legato*, ne peuvent pas non plus recueillir en vertu d'une donation *m. c.*

Les donations *m. c.* sont soumises à la même réduction que les legs. La loi des douze tables accordait au testateur la liberté la plus complète, si bien qu'il pouvait ne laisser à l'héritier que le vain titre d'héritier. On songea, nous dit Justinien, à restreindre cette liberté excessive, et cela dans l'intérêt même des testateurs. Plusieurs, en effet, mouraient *intestat*, les héritiers institués se refusant à faire addition pour un profit nul ou presque nul. Deux lois parurent d'abord sur ce point : la loi *Furia*, et la loi *Voconia*, toutes deux insuffisantes pour atteindre le but. Enfin fut portée la loi *Falcidie*, qui défendit au testateur de léguer plus des trois quarts de ses biens, de telle sorte qu'il en laissât toujours au moins un quart aux héritiers institués. Le sénatus-consulte Pégasien étendit aux *fideicommiss* les dispositions de la loi *Falcidie*, et Antonin le Pieux autorisa l'héritier *ab intestat* lui-même à retenir la quarte sur les *fideicommiss* dont il pouvait être chargé. C'était, comme l'observe M. Ortolan, détourner la loi de son but primitif, car il ne s'agissait plus ici d'assurer les effets d'un testament. La *Falcidie* devint ainsi une réserve accordée aux héritiers sur les biens du défunt. Vint ensuite une constitution de Septime Sévère,

qui soumit à la même retenue que les libéralités précédentes les donations *m. c.* (Const. 5, *ad leg. falcidiam*).

Le bénéfice de la quarte pouvait être invoqué contre les donataires *m. c.*, tant par les héritiers *ab intestat* que par les héritiers testamentaires; cette règle fut établie déjà par Septime Sévère. D'après Cujas, cependant, le bénéfice de la quarte n'aurait été étendu, que par une constitution de Gordien, aux héritiers *ab intestat*, contre les donataires *m. c.* (Obs. XX, 6). Mais cette constitution de Gordien est un rescrit (Const. 2, *de donat. m. c.*), et les termes mêmes dans lesquels il est conçu, nous prouvent que loin d'appliquer une règle nouvelle, il applique simplement les principes posés par Sévère. (Pothier, Pand. Justin., *ad. tit. ad. leg. falc.*, pr. 6. — Savigny, op. cit., § 173, 4, p. 273. — M. Glasson, n° 115).

Par quel moyen l'héritier obtiendra-t-il la réduction des donations *m. c.*? C'est là une question assez délicate. Nous allons, pour la résoudre, distinguer entre l'héritier testamentaire et l'héritier *ab intestat*.

A l'égard de l'héritier testamentaire, la loi 1, § 1 *quod legatorum* nous fournit un renseignement précis. Il résulte de ce texte que, l'héritier peut se procurer sa quarte au moyen de la *vindicatio pro parte*, qu'il aurait eu, on le sait, le droit d'exercer contre un légataire. Mais à la différence de celui-ci, le donataire *m. c.* n'est pas soumis à l'interdit *quod legatorum*, interdit *adipiscendæ possessionis* par lequel l'héritier se faisait mettre en possession et se procurait ensuite le quart par voie de rétention (Loi 26, *ad. leg. falc.*) Cette différence provient de ce que le donataire est entré en possession par la volonté même du défunt et n'a pas eu besoin, comme le légataire, du consentement de l'héritier.

Quant à l'héritier *ab intestat*, il y a eu sur ce point bien des opinions émises. Toutes les erreurs proviennent de ce qu'on a confondu deux choses distinctes : la *quarte falcidia* et la *quarto legitimo*, celle-ci due seulement à certains héritiers *ab intestat*, celle-là pouvant être invoquée par tous les héritiers *ab intestat* contre les donataires *m. c.* Il ne faudrait pas croire, en effet, que la constitution de Sévère ait distingué les héritiers *ab intestat* les uns des autres, ou même les ait distingué en masse des héritiers testamentaires.

Ces préliminaires établis ; il n'est pas douteux que les héritiers *ab intestat* ne puissent, comme les héritiers testamentaires, réclamer leur *quarte*, soit par la revendication, soit par la *condictio*. Mais on a soutenu (Voët) que, lorsque les héritiers *ab intestat* sont en outre des légitimaires, ils peuvent encore actionner le donataire par la *querela inofficiosæ donationis*. C'est là une erreur complète. Toutes les lois qui parlent de la *querela inofficiosæ donationis* supposent des donations entre-vifs (Cpr. Loi 87 § 3, de *legatis* 2^o; *frag. vat.* § 270, et toutes les constitutions du Code au titre de *inoff. donat.*) Il y a plus ; il est de principe que la *querela inofficiosæ donationis* a été admise avec les caractères et sous les conditions de la *querela inofficiosi testamenti*. Or, tout le monde sait que la *querela* est un moyen subsidiaire. L'héritier *ab intestat* ne peut donc y recourir, puisqu'il peut se prévaloir de l'extension de la loi *falcidia* aux donations *m. c.*, et intenter la revendication ou la *condictio*.

Cette erreur, consistant à donner aux héritiers *ab intestat*, par application de la constitution de Sévère, la *querela inofficiosæ donationis*, alors que les héritiers testamentaires auraient intenté la revendication, a amené beaucoup d'auteurs

à croire que la constitution de Sévère s'appliquait seulement aux héritiers *ab intestat* qui avaient une légitime. Une première erreur en a engendré une seconde. Qu'a voulu Septime Sévère? Qu'on eût le droit d'invoquer la quarte falcidie contre les donataires *m. c.*, comme on pouvait déjà le faire contre les légataires. Or, la quarte falcidie est accordée à tout héritier testamentaire contre les légataires. La constitution de Sévère a donc entendu l'appliquer au profit de tout héritier, même *ab intestat*, contre tout donataire. Cujas a mis en crédit l'opinion contraire par l'explication qu'il a donnée de la Const. 3 de *m. c. donat.* (Cujas, in tit., 56, lib. 8, *codicis*, t. IX, col. 1357 de l'édition de Naples.)

Ces règles ne furent-elles pas modifiées, sous Justinien, par la novelle 18, ch. 1, qui augmenta le chiffre de la légitime et le rendit supérieur à celui de la quarte falcidie? Nous croyons que depuis la novelle 18, les héritiers *ab intestat*, qui n'avaient pas droit à une légitime, continuèrent à invoquer la quarte falcidie contre les donataires *m. c.*, et firent valoir leur droit par l'action en revendication; mais, qu'au contraire, ceux qui pouvaient invoquer la novelle 18, durent recourir à la *querela* pour faire tomber même les donations *m. c.* Du moment, en effet, où ils réclamaient non plus la quarte falcidie, mais une quotité plus forte et réservée à certains héritiers, ils ne pouvaient se prévaloir de la constitution de Sévère. (M. Glasson, *op. cit.*, n° 116.)

Une dernière assimilation introduite par la loi date de Justinien. D'après cet empereur, les principes des legs sur l'accroissement devront désormais s'appliquer aux donations *m. c.* (Const. 1, § 13 de *caducis tollendis.*)

Les jurisconsultes ont complété l'œuvre commencée par les lois, les sénatus-consultes, les constitutions impériales. Ils

ont assimilé les legs et les donations *m. c.* dans un grand nombre de points que nous allons parcourir en poursuivant cette énumération.

Le donataire à cause de mort, comme le légataire, ne peut prétendre aux biens dont il a été gratifié, qu'autant que toutes les dettes laissées par le donateur sont payées. Cette assimilation s'est probablement introduite sous l'influence de la constitution de Sévère qui soumit les donations *m. c.* au calcul de la quarto falcidio. A partir de cette constitution, ces donations furent nécessairement comprises dans la masse héréditaire sur laquelle se calculait la quarto. Et la masse héréditaire ne devant pas excéder le patrimoine laissé par le défunt, on commençait, pour faire le calcul de la falcidie, par déduire les dettes, puis donations *m. c.*, *fidei-commis* et legs étaient proportionnellement réduits pour fournir la quarto. Les dettes se trouvèrent donc ainsi payées avant les donations *m. c.*, au préjudice des donataires qui, tant que leur donation fut considérée comme étrangère à la succession, la conservaient dès qu'ils ne l'avaient pas reçue en fraude des créanciers. Il n'était donc plus question, pour ces créanciers, d'intenter l'action Paulienne, puisqu'ils avaient l'avantage d'être préférés aux donataires *m. c.*, sans devoir prouver l'intention frauduleuse de leur débiteur. C'est ce que dit Julien : *Etsi debitor consilium creditorum fraudandorum non habuisset, avelli res mortis causa ab eo donata debet...* (Loi 17.)

La *bonorum possessio contra tabulas* d'un *suus* ou *emancipatus* omis annule, de soi-même, les institutions d'héritier et les legs, car les unes et les autres ne subsistent que par le testament. La portion héréditaire et les legs laissés aux descendants, ascendants, à la femme, à la brue (*dotis nomine*) du défunt, sont spécialement exceptés. Tout cela ne

touche pas la donation *m. c.*, car elle ne se rattache pas au testament. Néanmoins, on lui applique la règle et l'exception. (Loi 3, pr.; loi 5, § 7; loi 20 pr. *de leg. præst.*) Si la succession est recueillie *ab intestat*, il ne peut y avoir de B. P. *contra tabulas*, ni d'annulation qui en dérive. C'est en ce sens restreint qu'il faut entendre un texte de Marcien (Loi 20, § 1 *de leg. præst.*) dans lequel il est dit : « *Intestato autem mortuo patre, super donationibus m. c. factis non poterit filius queri, quoniam comparatio nulla legatorum occurrit.* » Non poterit filius queri signifie : le fils n'a ici aucun moyen (tel que la B. P. C. T.) pour faire annuler la donation. Mais le fils lésé aura, dans cette hypothèse, la retenue de la quarte falcidie. Ce serait aller trop loin que de décider avec Cujas (Obs. XX, 6) sur la foi de ce motif : « *Quoniam nulla comparatio legatorum occurrit,* » qu'en l'absence de testament il n'y a pas lieu à la retenue de cette quarte, puisque les héritiers *ab intestat*, nous l'avons dit, conservent la falcidie aussi bien que les héritiers testamentaires. S'il n'y a pas de legs d'où on puisse raisonner par analogie, il peut toujours y avoir des *fideicommissis*.

Ce que nous venons de dire touchant la B. P. *contra tabulas parentis*, fut étendu à la B. P. *contra tabulas liberti*. Ainsi le patron omis dans le testament de son affranchi ou gratifié de moins de la moitié de la succession tandis que cet affranchi était mort sans laisser de *liberi naturales* ou bien les avait exhéredés, le patron annulait de plein droit, pour partie, les donations *m. c.*, tandis que pour attaquer les donations entre-vifs, il devait recourir à l'*actio Faviana* ou *Calvisiana*, et dès lors prouver la fraude du donateur. (Loi 1, § 1 *si quid in fraud.*)

Lorsque le testateur veut empêcher la *querela inofficiosi testamenti* que pourraient intenter certaines personnes à

raison de leur exhérédation, ou de leur omission sans juste cause dans le testament, il suffit qu'il leur laisse soit par donation *m. c.* soit par legs ou *fideicommiss*, le quart au moins de ce que ces personnes auraient recueilli *ab intestat*. (§ 6, *J. de inoffic. test.*) Justinien a modifié ces principes dans la novelle 115, (Ch. 3 et 4.) et édicté que l'accomplissement de l'obligation précédente ne suffirait plus. Il faut que les descendants ou ascendants aient été institués héritiers.

Tout usufruitier doit fournir caution au propriétaire pour sa bonne administration et la restitution future de la chose. Cela s'applique à l'usufruit constitué par legs, comme à celui qui résulte d'une donation *m. c.* (Loi 1, § 2, *usufr. quemadm. caveat.*) et il n'y a rien là de spécial, car une semblable caution peut être exigée même pour l'usufruit constitué par contrat. Mais la chose spéciale est la règle positive qui empêche l'héritier de faire, soit au légataire (Const. 7 *ut in poss.*), soit au donataire *m. c.*, assimilés dans la même prohibition, remise de la caution. Voyez dans Savigny le motif de la prohibition. (Op. cit. t. IV, p. 283, note R.)

Le donataire à cause de mort, semblable sur ce point encore au légataire peut être chargé de *fideicommiss*. (Loi 77 *de legatis* 2^o.) Il n'y a pas là, rigoureusement parlant, un trait spécial de ressemblance entre les donations *m. c.* et les legs, car une charge semblable peut être imposée à celui qui ne reçoit qu'un *fideicommiss* ou même qu'une simple *mortis causa capio*. (Loi 96, § 4 *de leg.* 1^o.) Il suffit en effet que la libéralité dépende de la volonté d'un défunt pour qu'elle puisse être grevée par lui de *fideicommiss*. (Loi 1, § 6 *de leg.* 3^o.) Plus tard, sous Antonin le Pieux, on assimila sur ce point, aux donations *m. c.*, toute donation révocable au gré du donateur, comme cela apparaît au paragraphe 3 de la loi 37 *de legatis* 3^o.

On sait que, dans le cas où la condition du serment a été ajoutée à une institution d'héritier ou à un legs, l'héritier ou le légataire sont dispensés de le prêter. Le Préteur annule la condition en la réputant non écrite, et il considère la disposition comme pure et simple; seulement on contraint l'héritier ou le légataire à exécuter l'acte qu'il aurait dû jurer. En d'autres termes, on transforme la condition en *modus*. Cette transformation fut étendue aux donations *m. c.* faites *sub conditione juris jurandi*. (Loi 8, § 3 de cond. inst.)

On ne saurait transiger sur une donation *m. c.* d'aliments. Ainsi en est-il pour les legs du même genre.

Les soldats placés sous la puissance paternelle ont le droit de disposer par testament de leur *peculium castrense*, c'est-à-dire de nommer des héritiers et des légataires. Bientôt on étendit, par voie de conséquence, aux donations *m. c.* cette faculté qui, dans l'origine, et d'après la lettre de la loi, n'avait été établie que pour les testaments. (Loi 15.)

Les donations *m. c.*, comme les legs, étaient permises entre époux quand les donations entre-vifs étaient encore prohibées entre les mêmes personnes.

Comme le legs, la donation *m. c.* irrégulière peut valoir à titre de *fideicommiss*. (Loi 18, § 2.)

Les donations *m. c.* tombent en général pour les mêmes causes que les legs. Nous n'entrerons dans aucun détail, et ne mentionnerons ce fait que pour énoncer l'état exact des choses, pour mémoire.

II. *Des différences entre la donation m. c. et les legs.* — Si la donation *m. c.* ressemble aux legs sous tant de rapports, il n'en est pas moins vrai, qu'elle s'en distingue aussi à plusieurs égards. C'est ce qui nous reste à examiner.

Les formes de ces deux espèces de libéralités sont toujours restées différentes. Le legs a sa forme propre, la donation *m. c.* est obligée d'emprunter celle d'un modo d'acquérir, d'une stipulation, d'une remise de dette.

Le legs est une manière d'acquérir *sui generis*; par lui-même il peut transférer la propriété. Nous ne voyons rien de semblable pour la donation *m. c.*; même sous Justinien, la donation *m. c.* ne transfère pas la propriété s'il n'intervient pas une tradition. Nous avons déjà réfuté la déduction en sens inverse, qu'on a voulu tirer d'un texte célèbre d'Ulpien et d'un autre texte de Paul. (Loi 1, § 2, et loi 2 *de public. in rem act.*)

Dans l'ancien droit, il ne pouvait pas y avoir de legs sans testament; au contraire, la donation *m. c.* ne présupposait pas l'existence d'un testament. Plus tard, lorsqu'on admit la validité des legs faits par codicilles, ce caractère distinct s'effaça; mais une autre différence continua de subsister. Dans le droit de Justinien, il peut y avoir legs sans qu'il y ait de testament, mais au moins faut-il qu'il y ait un héritier; au contraire, il peut y avoir donation *m. c.* lors même que le donateur ne laisserait aucun héritier.

Les donations *m. c.* sont complètement indépendantes du testament fait par le donateur, tandis que les legs tombent avec ce testament. C'est par application de cette règle, d'après laquelle la donation *m. c.* est indépendante du testament, qu'on décide qu'il ne saurait être question dans ces donations de la règle Catonienne. De même, la capacité du donataire est exigée au moment de la mort du donateur, même sous l'empire des lois caducaires, et non à l'époque de l'ouverture des tables du testament. Telle est la signification de la loi 44 *in fine*.

Le légataire qui mal à propos prétend que les dernières volontés du défunt ne doivent pas être exécutées, ce légataire perd le bénéfice de la disposition faite en sa faveur. Mais, comme le dit Paul : « *Qui mortis causa donationem accepit a testatore, non est similis in hac causa legitario.* » (Loi 5, § 17, *de his quæ ut indignis aufer.*)

Le donateur *m. c.* peut réaliser sa donation par l'intermédiaire de son fils ou de son esclave. Il ne pourrait donner à ces mêmes personnes l'ordre de tester ni par conséquent de faire des legs.

La donation *m. c.*, consistant en une stipulation d'annuités, est considérée comme une donation unique acquise toute entière au décès du donateur. Le legs d'annuité, au contraire, est censé comprendre autant de legs qu'il y a d'échéances. Par suite, la capacité du donataire sera appréciée à une seule époque, au lieu de l'être à chaque terme. (Loi 37, § 7.)

Enfin, et ceci est capital, nous avons vu que celui qui fait une donation à cause de mort peut dès à présent transférer la propriété au donataire, qu'il peut aussi renoncer au droit de demander la révocation. Au contraire, jamais la propriété ne peut être acquise *ex legato* avant la mort du testateur, et jamais le testateur ne peut renoncer valablement au droit de révoquer ses dispositions.

DROIT FRANÇAIS

Des Partages d'Ascendants

INTRODUCTION HISTORIQUE

Droit Romain

La législation primitive de Rome ne contenait pas de dispositions spéciales sur les partages d'ascendants. Mais la loi des XII tables reconnaissait à tout citoyen le droit de disposer de son patrimoine par testament comme il l'entendait : *Uti legassit paterfamilias super pecunia... ita jus esto*. Le *paterfamilias* pouvait donc assigner déterminément chacun de ses biens à celui de ses héritiers qu'il jugeait à propos d'en gratifier, et, partant, faire entre ses enfants une distribution soit totale, soit partielle, qui faisait loi. C'était là bien plutôt une disposition de dernière volonté qu'un partage proprement dit, et le testateur avait, quant aux portions qu'il lui plaisait d'assigner, la liberté la plus illimitée. Plus tard, il dut, sans doute, rester dans les limites tracées par la loi *falcidia*, à peine de réduction; mais la simple

inégalité entre les parts ne pouvait autoriser un héritier, qui avait moins reçu que les autres, à demander, soit la nullité de la distribution, soit le supplément nécessaire pour rendre sa part égale à celle des autres.

Ainsi, le droit commun fournissait au *paterfamilias* le moyen de distribuer par un testament régulier ses biens entre ses enfants. Ce que le père faisait ainsi pour ses descendants, il aurait pu le faire au profit de tous autres. Aucun privilège, aucun mode particulier, aucun effet spécial n'était attaché à ce fait que l'ascendant partageait ses biens entre ses descendants.

C'est à l'époque de la jurisprudence classique, au bel âge du droit romain, que le partage d'ascendant commence à se dégager, et à nous apparaître comme une institution spéciale. En effet, on admit que si un père avait, sans dresser aucun testament, opéré d'une façon quelconque, même sans écrit, le partage de ses biens entre les descendants placés sous sa puissance, la volonté du père n'en devait pas moins être respectée (Loi 20, § 3, *famil. eriscundæ*). On comprend, qu'en l'absence de toute disposition légale, un écrit informel ou une déclaration verbale, dépourvue de toute solennité, ne pouvait transférer aux enfants la propriété des lots qui leur étaient destinés; aussi, la distribution, faite sans testament, n'avait pas elle-même de force légale; mais le juge de l'action *familix eriscundæ* était tenu de s'y conformer dans la distribution qu'il faisait lui-même, et de lui donner ainsi la force exécutoire. — C'est le père qui s'immisce dans les fonctions de ce juge, et qui, par anticipation, lui indique, d'une façon obligatoire, comment il devra accomplir sa mission.

Cet usage, éminemment respectable, les empereurs chrétiens le confirmèrent et l'étendirent. Constantin, accorda

à la mère, et Théodose, à tous les ascendants indistinctement, le droit, réservé d'abord au père seul, d'indiquer la distribution qui lui semble la plus équitable (Loi 2, C. Théod., *fam. ercis.*).

Mais, tandis qu'on validait tout partage, fait par l'ascendant d'une façon quelconque, cette exemption des formalités exigées par le droit civil ne s'appliquait pas au cas où le partage était contenu dans un testament. D'après les principes ordinaires, un testament n'était valable que lorsqu'il réunissait toutes les conditions prescrites à cet effet; et s'il était imparfait, les dispositions qu'il renfermait étaient nulles, quelle qu'en fût la nature : legs, *fideicommiss*, nomination de tuteur, partage, etc. L'œuvre du testateur tombait toute entière, à moins qu'il n'eût expressément inséré dans son acte la clause codicillaire. Appliquée au partage d'ascendant, cette règle constituait donc une anomalie choquante. Constantin la fit disparaître. Il décida, que, si le testament du père de famille n'était point fait selon toutes les règles du droit civil, l'imperfection du testament n'entraînerait pas la nullité des dispositions qu'il contenait, et, par suite, que, s'il s'agissait d'un partage, les enfants devraient le respecter et se conformer aux volontés de leur père (Const. 1, cod. Théodos.). Le partage était seulement nul à l'égard des étrangers qui s'y trouvaient compris. — Constantin ne créa pas par là un testament particulier entre enfants, comme certains interprètes l'ont prétendu. Il suffit de lire le texte original de sa constitution, telle qu'elle est rapportée au code Théodosien, pour se convaincre que le partage, contenu dans un testament imparfait, laissait subsister la vocation *ab intestat* des descendants, sans la transformer en vocation testamentaire.

Avec Justinien la matière des partages d'ascendants reçoit

des innovations importantes. Il paraît, qu'on avait singulièrement abusé des franchises que les empereurs avaient accordées aux ascendants pour faire leur partage entre leurs enfants, en cherchant à faire valoir comme partages des écrits informes, rédigés en termes si peu intelligibles, qu'il fallait en deviner le sens plutôt que l'interpréter. Justinien, pour remédier à cet abus, établit dans sa novelle 18, ch. VII, une forme spéciale aux partages d'ascendants. Cette forme était d'ailleurs très-simple, et constituait encore un privilège, puisque l'empereur exigeait seulement un acte écrit, signé soit de l'ascendant soit des descendants et spécifiant, d'une manière précise, les biens attribués à chacun des copartagés.

L'œuvre de Justinien ne s'est pas bornée là ; il alla plus loin encore. Afin, sans doute, d'encourager les ascendants à faire le partage par testament, comme il leur en donnait le conseil dans la novelle 18, il créa, pour les dispositions de dernière volonté faites en faveur des enfants et descendants, une forme spéciale qui dispensait le testateur des formes ordinaires. (Nov. 107, ch. I.) Il exigea seulement que la date, les noms des enfants et la quotité pour laquelle ils étaient institués, fussent écrits de la main du disposant. C'est ce que les commentateurs ont appelé *testamentum inter liberos*. Justinien décida, en outre, dans la novelle 107, que le partage fait par un ascendant dans un testament *inter liberos* devrait être fait dans la forme de ce testament.

Donc en résumé :

Dans l'ancien droit romain, point d'institution spéciale pour les partages d'ascendants.

Plus tard, acte de dernière volonté, contenant partage

entre les descendants, et affranchi de toutes les formalités requises en matière de testament.

A partir de Constantin, assimilation à cet acte, des dispositions contenues dans un testament nul, mais faites en faveur des descendants du testateur.

A partir de Justinien, consécration du droit accordé aux ascendants de distribuer leurs biens entre leurs enfants, mais obligation pour eux de faire le partage par écrit, et avec certaines formalités, soit dans un testament *inter liberos*, soit dans un acte séparé.

Après cet exposé historique du partage d'ascendant en droit romain, nous devons indiquer sommairement les règles de fond qui le régissaient.

Le partage pouvait être fait par tous les ascendants qui laissaient une hérédité. Ne pouvaient y être compris que les descendants appelés à la succession *ab intestat*. Pour qu'un *extraneus* pût acquérir des droits héréditaires, il fallait qu'ils lui fussent conférés par un testament fait d'après les formes du droit commun; sinon son inscription était comme non-avenue. (Const. 21 *de testamentis*.) Quels résultats entraînait l'omission d'un des descendants? Aucun texte ne prévoit cette question. Mais les commentateurs ont admis que le partage n'était point nul à raison de cette omission, et que le descendant omis avait seulement le droit de réclamer sa légitime. (Voyez Furgole, chap. VII, sect. 1, n° 149, *Testaments*.)

L'ascendant pouvait faire un partage entre ses descendants soit par testament, soit *ab intestat* par un simple acte de distribution. Mais le partage n'était attributif de droit dans aucun des deux cas : c'était ou bien le testament ou

bien la loi qui déterminait les proportions pour lesquelles les descendants étaient appelés à la succession.

Le partage pouvait n'être que partiel. Les biens non partagés revenaient, après la mort de l'ascendant, à ses divers descendants en proportion de leurs droits héréditaires. — Il pouvait du reste porter sur le passif aussi bien que sur l'actif. Toutefois, la répartition des dettes ne produisait d'effet qu'entre les descendants; elle était sans influence sur les droits des créanciers, qui conservaient toujours leur action contre chacun des descendants en raison des parts héréditaires. Si l'ascendant ne s'était pas expliqué sur les dettes, chaque descendant devait les supporter en raison de sa vocation héréditaire, sans tenir compte de la valeur plus ou moins importante des biens par lui recueillis. (Loi 35, § 1, 28-5.)

L'ascendant pouvait impunément, à la différence du juge, faire des parts inégales, pourvu qu'il n'empiétât pas sur la légitime. Mais s'il avait franchi cette limite, quelle voie était ouverte aux descendants pour exercer leurs réclamations? On distinguait. Si l'ascendant est mort *intestat*, les descendants sont en principe et nonobstant le partage, héritiers légitimes pour la part que leur défère la loi des successions, et il peuvent retenir leur légitime lors de la délivrance des lots; en autres termes, ils n'exécutent le partage que dans les bornes de la quotité dont l'ascendant a pu les priver. Si l'ascendant a fait un testament, les descendants lésés ont la ressource de la *querela inofficiosi testamenti*; ils attaqueront le testament, et avec le testament, le partage tombera du même coup. Sous le Bas-Empire, la *querela inofficiosi testamenti* fut remplacée par une action en complément de la légitime.

Le partage engendrait la garantie entre les descendants

copartagés. Telle est la décision qui nous semble résulter des textes et des principes, bien qu'elle ait été vivement discutée entre les commentateurs. (Loi 77, § 8; et loi 20, § 3, *de legatis*.)

Le partage ne mettait aucun obstacle à l'application des règles générales sur la *collatio*, puisqu'il n'enlevait pas aux héritiers leur qualité d'héritiers *ab intestat*. Si donc l'ascendant avait laissé un testament, le rapport n'était pas dû, à moins que le testament n'imposât cette obligation. Si l'ascendant était mort *intestat*, le rapport était dû, à moins d'une volonté contraire. Ces principes furent plus tard modifiés par Justinien, et le rapport fut toujours obligatoire même dans le cas d'un testament, si le testament n'en contenait pas une dispense expresse.

Chez les Romains, le partage d'ascendant n'avait d'effet qu'à la mort du père; on le considérait comme un acte de dernière volonté. Sans doute il pouvait arriver que l'ascendant distribuât de son vivant ses biens entre ses enfants, mais il n'y avait là qu'une attribution provisoire, toujours subordonnée à sa volonté : *Non simplicem donationem, sed potius supremi iudicii divisionem*. (Loi 20, § 3, *fam. ercisc.*) De là cette conséquence nécessaire que le partage d'ascendant, quelle que fût sa forme, était toujours révocable *ad nutum*, car il était de principe que toute disposition à cause de mort était essentiellement ambulatorie.

Ancien Droit Français

Pays de droit écrit. — Dans notre ancienne France, les pays de droit écrit avaient naturellement adopté le partage

d'ascendant avec les règles qui le régissaient, à l'époque de Justinien. Mais, par suite d'une confusion fâcheuse, qui s'était introduite entre le partage *inter liberos* et le testament *inter liberos*, de grandes difficultés n'avaient pas tardé à s'élever sur les formes dans lesquelles ces partages pouvaient être faits. Les incertitudes ne cessèrent qu'avec l'ordonnance d'août 1735 sur les testaments. Les articles 15 et suivants portaient qu'à l'avenir tout partage devait être fait, à peine de nullité, dans la même forme que les testaments *inter liberos*, c'est-à-dire, dans un acte public, reçu par un notaire, en présence de deux témoins, ou par deux notaires, ou bien dans un acte sous seing-privé entièrement écrit, daté et signé de son auteur.

Ces formes constituaient un privilège en faveur des partages faits par les ascendants. Il en résultait, que ces partages ne pouvaient pas renfermer des dispositions au profit d'autres personnes que des descendants. L'art. 18 de l'ordonnance de 1735, conforme en cela au droit romain, déclarait, que, si l'acte de partage contenait des dispositions faites au profit de toute autre personne que les descendants, elles seraient regardées comme de nul effet.

Le partage d'ascendant dans les pays de droit écrit, différait à un point de vue du partage du droit romain, ce point de vue est important et mérite d'être signalé. Nous avons vu précédemment qu'en droit romain, les partages d'ascendants ne produisaient pas leur effet de plein droit; qu'ils ne se réalisaient que par l'intervention du juge de l'action *familiæ eriscundæ*, qui faisait à chaque descendant adjudication des biens dont l'ascendant avait composé son lot. Dans les pays de droit écrit, cette intervention du juge avait été supprimée, et dès la mort de l'ascendant, les copartagés

se trouvaient saisis de plein droit des biens qu'il leur avait attribués.

Pays coutumiers. — Dans les pays de coutumes, deux institutions distinctes offraient aux ascendants le moyen de faire le partage de leurs biens entre leurs descendants. C'étaient le partage d'ascendant, proprement dit, et la démission de biens. Occupons-nous successivement de chacune de ces institutions.

1^o Des Partages d'Ascendants dans les pays coutumiers.

Quelques coutumes admettaient expressément le partage d'ascendant. D'autres, et c'était le plus grand nombre, gardaient sur cette institution le plus complet silence. La pratique suppléait alors à l'absence des textes.

Les coutumes qui autorisaient le partage d'ascendant étaient les suivantes :

Bretagne, art. 560.

Bourbonnais, art. 216.

Bourgogne, tit. VII, art. 6.

Nivernais, chap. 32, art. 17.

Poitou, art. 219.

Amiens, art. 49.

Douai, chap. II, art. 39.

La Salle de Lille, tit. V, art. 58.

Péronne et Montdidier, art. 107.

Artois, tit. III, art. 2.

Acs, tit. III, art. 2.

Lorraine, tit. 1^{er}, art. 1.

Mais, si elles étaient d'accord sur le principe, il s'en fallait de beaucoup qu'elles l'appliquassent toutes d'une façon identique. Les unes permettaient le partage à tous les ascendants comme le droit romain, les autres le permettaient même aux collatéraux. (Nivernais, Amiens, Artois, Péronne,

et Montdidier). Les coutumes de Poitou, de Bourbonnais et de Bretagne, au contraire, l'interdisaient à tout autre qu'au père et à la mère. Enfin, d'après les unes, nobles et roturiers pouvaient indistinctement user du droit de partager leurs biens; d'après les autres, c'était le privilège de la noblesse.

Généralement, le partage tirait son autorité de la seule volonté de l'ascendant. Cependant, en Bretagne, on exigeait le concours de quatre parents, deux du côté paternel et deux du côté maternel, et dans les coutumes d'Artois et de Poitou, celui des descendants, du moins pour le partage des propres, parce que dans les pays coutumiers ces biens étaient hors de la disposition de l'homme.

Les deux coutumes de Bourgogne et de Bourbonnais mettaient cette condition à la validité du partage; la première, qu'un délai de quarante jours, la seconde, qu'un délai de vingt jours se fût écoulé entre le partage et le décès de l'ascendant. Dumoulin explique ainsi le double motif de cette règle : *Hoc non solum metus suggestionum, sed ne, dividens nimium, vicinus morti facile erret in æquali distributione*. Ainsi, c'est à la fois pour éviter la captation, et dans la crainte des erreurs que ferait naître l'affaiblissement d'intelligence qui précède souvent la mort. Comme conséquence de cette dernière considération, l'ascendant qui avait perdu la raison, était réputé mort à partir de ce moment. Une autre conséquence de la nécessité du délai était que l'acte de partage devait avoir date certaine par lui-même ou par une formalité postérieurement accomplie.

Les coutumes de Bourgogne et de Bourbonnais déterminaient seules les formes des partages d'ascendants. Ils devaient être faits, soit en justice, soit par un acte public passé

devant notaires, soit par un acte sous seing-privé, écrit, daté, et signé de l'ascendant. Dans ce dernier cas, à cause de la nécessité de survie, on devait donner date certaine à l'acte de partage en le présentant à deux notaires.

Ces règles, sur les formes des partages d'ascendants, étaient généralement adoptées par les autres coutumes. L'ordonnance d'août 1735 ne fit que les consacrer en les rendant obligatoires dans tous les pays où ces actes étaient reçus, sans dispenser, toutefois, des formalités plus amples que pouvaient exiger les coutumes locales (Voyez art. 15, 16 et 17, Ordonnance de 1835).

Ainsi dans notre ancien droit, comme en droit romain, le partage d'ascendant était un acte privilégié à raison de la simplicité des formes auxquelles il était soumis. Mais contrairement au droit romain, dans les pays coutumiers, le partage d'ascendant tirait son autorité de la seule volonté du défunt, et jamais l'intervention du juge n'était nécessaire pour assurer ses effets à cette volonté. Contrairement encore aux principes de la législation romaine, le partage, d'après les coutumes, devait comprendre tous les biens sous peine de nullité. Cette rigueur se justifiait par le but même du partage : Ce but, disait-on, étant d'assurer la paix de la famille, ne se trouverait pas atteint, s'il restait quelque chose à partager. Cependant il avait fallu admettre une exception : 1^o Pour les biens survenus à l'ascendant depuis le partage ; 2^o Pour les propres, au moins dans les coutumes qui subordonnaient le partage des propres au consentement des héritiers : autrement, ceux-ci, en refusant le consentement pour ces biens, auraient pu indirectement rendre impossible toute espèce de partage. Une autre dérogation à la loi romaine s'était introduite dans les coutumes ; c'était la nécessité de comprendre dans le partage tous les héritiers

présomptifs. Le partage était nul en cas d'émission de l'un d'eux. C'était là une innovation importante. Il en résultait que l'opération de l'ascendant était plutôt envisagée comme un véritable partage que comme un ensemble de legs particuliers. — Enfin, par une nouvelle dérogation aux principes du droit romain, on admettait que l'acte, dans certains cas, pouvait devenir irrévocable. Ainsi quand le partage avait été fait conjointement par le père et la mère, et comprenait les biens de l'un et de l'autre mêlés et confondus, il ne pouvait être révoqué que du consentement des deux époux et devenait, par suite, irrévocable à la mort de l'un d'eux. Le partage était encore irrévocable quand il avait été fait par contrat de mariage, et, selon quelques auteurs, lorsqu'il avait été exécuté du vivant de l'ascendant : « ... et est cette disposition réputée... révocable, sinon que la donation eust été effectuée et parfaite. » (Loysel, *Inst. cout.* II, 4, 8; *contra* Boullenois). Pour nous compléter sur ce point, disons que la révocation se faisait par un testament ou par une déclaration écrite.

A part ces divergences assez importantes, qu'il convenait de signaler, les pays coutumiers se rapprochaient en général des théories romaines sur les partages d'ascendants. De même qu'en droit romain, le partage, quelle qu'en fût la forme, ne se confondait nullement avec un testament; il était bien moins un acte d'attribution qu'un acte de simple distribution. Les copartagés recueillaient leurs lots en qualité d'héritiers légitimes. De là plusieurs conséquences. Ils avaient la saisine des parts et portions que leur père leur avait attribuées. L'enfant qui répudiait la succession, ne pouvait prendre à titre de légataire, les biens qui lui avaient été assignés : « chacun prendra en qualité d'héritier, disait Guy-Coquille (sur Nivernais), et s'il ne

prend en cette qualité, il n'aura rien. • L'enfant qui acceptait était, à moins d'une dérogation expresse de l'ascendant, tenu des dettes en raison de sa part héréditaire, quel que fût d'ailleurs son émolument. Les copartagés se devaient le rapport. Ils se devaient aussi la garantie, c'était du moins l'opinion la plus répandue. (Voyez Maillard, sur Artois, art. 85; Lebrun, *Successions*, liv. IV, chap. I, n° 69; Boullenois, *Démissions de biens*, p. 187 et suiv.; Furgole, *Testaments*, chap. VIII, n° 165.)

L'ascendant devait-il observer l'égalité entre ses descendants? La question pouvait s'envisager à trois points de vue :

Égalité dans la valeur des lots;

Égalité dans la composition des lots;

Égalité dans le partage des propres.

Égalité dans la valeur des lots. — Les coutumes de Bourgogne, Nivernais, Bourbonnais, Douai, Péronne et Montdidier, permettaient que les lots n'eussent pas une valeur égale, sauf au descendant plus maltraité que les autres par le partage, le droit de réclamer, le cas échéant, le complément de sa légitime, conformément au droit romain le plus récent. Seulement, c'était à l'intention de l'ascendant que l'on s'attachait surtout en autorisant un partage inégal. Si les différences dans les lots ne provenaient que d'une erreur de calcul ou d'appréciation de la part de l'ascendant, le partage était rescindable. (Pothier, *Introduction à la coutume d'Orléans*, t. XVII, appendice; Boullenois, quest. 5).

Dans les autres coutumes (coutumes d'égalité), le partage devait être fait par portions égales, à peine de rescision. Mais l'égalité exigée ne pouvait évidemment pas être absolue. On laissait donc un certain champ à l'incertitude et à l'erreur possible des estimations. La coutume de Bretagne,

exigeait que la lésion fût d'un sixième pour qu'elle pût donner lieu à la rescision. Quant aux autres coutumes, elles étaient muettes : Les juges avaient le pouvoir d'apprécier si la lésion était suffisante pour entraîner la rescision du partage.

On voit par ce qui précède, que, dans notre ancien droit, les partages d'ascendants n'étaient pas, comme aujourd'hui, soumis à la règle des partages ordinaires, toujours rescindables pour lésion du tiers au quart. La répartition du père de famille était, autant que possible, maintenue, dans les limites toutefois de la quotité dont la loi ou la coutume lui permettait de disposer librement.

Cette faculté de s'écarter dans un partage de la loi des successions, sans être obligé de recourir aux formalités des donations ou des legs, et sans changer la vocation héréditaire des copartagés, était un privilège accordé aux seuls ascendants. Aussi dans les coutumes où le partage en collatérale était autorisé, il devait toujours être égal, sous peine de rescision. (Boullenois, quest. 5.)

Égalité dans la composition des lots. — Dans la plupart des coutumes de préciput, on exigeait que chaque descendant, reçût sa légitime en biens héréditaires. Dans les coutumes d'égalité, au contraire, l'ascendant devait répartir les meubles et les immeubles aussi également que possible entre tous les lots. Il ne pouvait donner à l'un tout son argent comptant, et à l'autre des fonds. « Ma raison est, dit Boullenois, que je ne trouve pas que le père, dans son partage, ait observé l'égalité, étant certain que des deniers comptants n'ont pas la même stabilité que des fonds. »

Égalité dans le partage des propres. — Les coutumes défendaient en général d'avantager dans les propres un héritier

au préjudice des autres. Ce principe ne fut pas maintenu dans toute sa rigueur en matière de partage. On pensa, que l'héritier, qui recevait moins de propres, n'éprouverait aucun préjudice à être indemnisé en acquêts, et qu'il était inutile de scinder le patrimoine en deux parts, l'une composée de propres, et l'autre des acquêts et des meubles ; aussi, la coutume de Lorraine portait-elle ce qui suit : « S'il y a inégalité pour ce qui est des propres, laquelle fut réparé par les acquêts, celui qui serait ainsi récompensé en acquêts ne pourrait rien répéter sur les biens propres. »

Le partage d'ascendants devait-il être également reçu sous l'empire des coutumes muettes ? Plusieurs motifs semblaient devoir s'opposer à son admission. D'abord, ainsi que le dit Coquille en parlant de l'article de la coutume de Nivernais qui permettait le partage : « Cet article ne serait pas à propos es-provinces où les père et mère et autres ne peuvent avantager aucun de leurs enfants plus que les autres ; car un d'entre eux, plus hargneux, aurait occasion de dire l'un des lots être de plus grande valeur ou de plus grande incommodité que les autres. » (Coquille, *Inst. au droit français*, p. 126.) Ensuite, les coutumes défendaient de disposer des propres pour après la mort, en les réservant expressément aux héritiers du côté et ligne d'où ils venaient. (Boullenois, p. 78.) Enfin, les partages d'ascendants étaient dispensés des formalités spéciales auxquelles étaient assujettis les actes de dernière volonté. Malgré ces obstacles, le partage d'ascendant était reçu par la pratique des pays régis par ces coutumes. On décida que les ascendants pouvaient partager même leurs propres, sans observer toutes les formes des testaments. Dans les coutumes de préciput, on tolérait les inégalités qui n'entamaient pas la légitime des descendants. Dans les coutumes d'égalité, on respectait

le partage d'ascendants qui contenait quelque injustice, lorsqu'il était certain que ces injustices, peu importantes d'ailleurs, provenaient simplement d'une erreur. Mais l'ascendant avait-il eu l'intention de rompre l'égalité entre ses enfants, son partage était nul si les formes des testaments n'avaient pas été observées, et si elles l'avaient été, les dispositions contenues dans l'acte ne pouvaient toucher aux réserves coutumières, ni aux légitimes des descendants (Lebrun, *Successions*, liv. IV, ch. 1.)

2^o De la Démission des Biens.

Il existait, dans les provinces coutumières, à côté même des partages d'ascendants, un autre genre de disposition par lequel une personne pouvait partager ses biens entre ses futurs héritiers : c'était la démission de biens. Ce genre de disposition différait essentiellement du partage d'ascendant, en ce qu'il produisait des effets immédiats du vivant même du disposant, et en ce qu'il pouvait être employé par toute personne ayant des héritiers légitimes, et n'était pas comme le partage testamentaire restreint aux seuls ascendants.

La démission de biens n'avait pas comme le partage une origine romaine. C'était une institution nationale. On en trouve les premières traces dans les formules de Masculle et dans les capitulaires des Carlovingiens. Selon d'Argentré, elle aurait pris naissance en Bretagne, et aurait été longtemps inconnue des autres provinces. (Comm. sur l'art. 265.) Mais cette assertion est vivement contestée par Boullenois. Sans prendre parti dans la querelle, nous dirons que la coutume de Bretagne seule réglait les formes des démissions de biens (Ch. 233); ailleurs, l'institution était simplement reçue

dans l'usage et la pratique ; aussi les principes qui devaient la régir, nous apparaissent-ils souvent, dans les anciens auteurs et dans les monuments de la jurisprudence, livrés à l'incertitude et à l'arbitraire.

Pothier définit la démission de biens : « Un acte par lequel une personne, en anticipant le temps de sa succession, se dépouille de son vivant de l'universalité de ses biens, et en saisit d'avance ses héritiers présomptifs, en retenant néanmoins le droit d'y rentrer lorsqu'il le jugera à propos » (N° 1, appendice, introd. au tit. XVII de la cout. d'Orléans.)

La démission de biens n'était, en principe, qu'un abandon par *indivis* de ses biens fait par le démettant aux démissionnaires. Ceux-ci en opéraient le partage entre eux, soit du vivant de l'ascendant, soit à sa mort. Quelquefois aussi, le démettant, pour prévenir les difficultés, et les procès qui pourraient surgir entre les démissionnaires, partageait lui-même les biens qu'il leur abandonnait. C'est alors seulement que la démission de biens offrait quelque analogie avec le partage d'ascendant.

Il est assez difficile de déterminer la nature juridique de la démission de biens. Ce n'était pas une donation entre-vifs, car dans la plupart des provinces qui la pratiquaient, on la jugeait toujours révocable. Ce n'était pas une libéralité testamentaire, car elle avait un effet présent quoique révocable, d'ailleurs elle n'était pas sujette aux formalités des testaments. Le caractère de cet acte variait on peut dire, suivant les personnes relativement auxquelles on le considérait. A l'égard du démettant, c'était une espèce de donation à cause de mort, valable même sous l'empire des coutumes et ordonnances qui prohibaient cette donation : car, la prohibition était uniquement en faveur des héritiers, qui, dans l'espèce, avaient, au contraire, un intérêt à la

validité. Par rapport au démissionnaire, c'était une succession anticipée. Par rapport aux tiers, c'était un acte entre-vifs translatif de propriété.

La démission de biens étant une ouverture anticipée de succession, on lui appliquait, en général, les règles des successions. Ainsi, elle pouvait être faite par toute personne capable de transmettre une succession légitime. Elle ne pouvait avoir lieu qu'au profit des héritiers présomptifs du démettant, et dans l'ordre où ils étaient appelés à lui succéder; elle devait les comprendre tous, et avoir lieu en proportion de la part héréditaire de chacun.

La démission devait porter sur l'universalité des biens du démettant, absolument comme la succession dont elle était l'image. Elle devait en outre avoir lieu à titre universel. Cependant, on admettait la réserve d'un usufruit, d'une rente viagère, ou même du droit de disposer de quelques biens.

Les biens abandonnés devenaient propres en la personne des démissionnaires, et cela en ligne collatérale, aussi bien qu'en ligne directe; car, ils entraient dans leur patrimoine à titre de succession, et le titre de succession faisait toujours des propres.

Les démissionnaires n'étaient pas saisis par le seul fait de l'abandon : il fallait encore leur acceptation, « nul n'est démissionnaire qui ne veut. » D'ailleurs l'acceptation, de même que l'abandon, n'était soumise à aucunes formes, à aucunes solennités. Mais cette dispense de formalités n'existait qu'autant que la loi des successions était respectée; sinon, il fallait recourir aux formes des donations ordinaires.

Conformément aux principes généraux, la démission

n'était opposable aux tiers, que du jour où elle avait acquis date certaine; mais il n'était pas nécessaire, pour qu'elle pût être opposée à ceux qui avaient contracté avec le démettant postérieurement à la démission, qu'elle fût insinuée. D'après Lebrun, le caractère de succession anticipée devait l'emporter sur la considération de l'intérêt des tiers acquéreurs ou des créanciers.

Les démissionnaires avaient à payer les dettes dont était grevé le démettant au moment de l'abandon. Mais comme on ne pouvait pas véritablement les considérer comme héritiers, ils n'étaient tenus de ces dettes que jusqu'à concurrence de la valeur des biens à eux abandonnés. Il suffirait pour que cette obligation se trouvât ainsi restreinte au montant de leur émolument, qu'ils eussent dressé un inventaire des biens qu'ils recevaient. Souvent, on joignait à cet inventaire un état des dettes.

Le démettant était obligé, s'il voulait faire lui-même le partage de ses biens, de se conformer aux proportions établies par la coutume du lieu. Pouvait-il, cependant, établir l'inégalité entre les démissionnaires? On distinguait. Si le démettant était un ascendant, il pouvait avantager quelques-uns de ses héritiers dans la mesure où cela était permis à celui qui faisait un partage pour après la mort. Par conséquent dans les pays où l'inégalité était autorisée dans les partages d'ascendants, le démettant avait, lui aussi, le droit de répartir ses biens inégalement. Dans ceux, au contraire, où toute lésion entraînait la rescision du partage, le démettant était obligé d'observer l'égalité, à moins d'employer les formes requises pour les donations entre-vifs. Lorsque le démettant était un collatéral, il était toujours obligé de se conformer scrupuleusement aux proportions fixées par la loi des successions, à moins qu'il n'eût employé

les formes solennelles des donations entre-vifs ou testamentaires, ou qu'il se trouvât dans un pays où la coutume admettait le partage entre collatéraux et l'autorisait avec inégalités.

Le partage fait par le démettant emportait garantie, comme celui qui eût été fait par les démissionnaires eux-mêmes ou par la justice.

Ceux des démissionnaires auxquels, antérieurement à la démission, il avait été fait des donations en devaient le rapport, d'après les règles que la loi des successions établissait à l'égard des héritiers. Mais les auteurs n'étaient pas d'accord sur la question de savoir si le rapport devait se faire au moment de la donation, ou s'il pouvait être ajourné à l'époque du décès du démettant. Nous penchons avec Duparc-Poulain (sur Bretagne, art. 537), pour la première opinion. « La démission, dit cet auteur, produisant par anticipation les effets d'une succession ouverte, l'héritier présomptif qui l'accepte doit rapporter comme il rapporterait à une succession ouverte, afin que les choses qui lui ont été données soient partagées avec les biens compris dans la démission. Seulement, l'héritier présomptif qui a reçu un avancement d'hoirie peut refuser d'accepter la démission pour conserver ce qu'il a reçu et ne le rapporter qu'au décès du donateur. »

Malgré l'effet immédiat produit par la démission, elle était révocable à volonté, comme le partage. C'était, du moins, la solution la plus généralement adoptée, soit par la doctrine, soit par la jurisprudence. Cette solution s'appuyait surtout sur l'analogie extrême de la démission de biens et des donations pour cause de mort du droit romain, et sur ce principe que le démettant disposait de sa succession future, et que sa mort pouvant seule donner réellement ouverture à

sa succession, il devait être maître de revenir sur la démission, comme sur tout autre acte de dernière volonté.

Par exception, la démission de biens, lorsqu'elle était contenue dans un contrat de mariage, était irrévocable pour la part à laquelle avait droit celui dans le contrat de qui elle était insérée.

La révocation de la démission produisait les mêmes effets que l'accomplissement d'une condition résolutoire ; les droits acquis aux tiers sur les biens, du chef du démissionnaire prédécédé, se trouvaient complètement anéantis. Les formes de la révocation n'étaient pas déterminées. Lebrun exigeait que le démettant, pour révoquer, obtint des lettres de la chancellerie. Son opinion avait été rejetée, car ces lettres ne se prenaient que pour les actes qui de leur nature étaient irrévocables.

La démission de biens, faite à des ascendants, à des collatéraux était révoquée, comme le sont les donations, par la survenance d'un enfant légitime au démettant. Lorsqu'elle était faite à des descendants, l'enfant survenu postérieurement était seulement admis à prendre sa part héréditaire dans les biens abandonnés. Il ne pouvait, du reste, la réclamer qu'au décès du démettant.

La mort d'un démissionnaire, avant le démettant, résolvait ses droits sur les biens qu'il avait reçus par la démission, puisque la qualité d'héritier, qui seule lui donnait droit à ces biens, ne pouvait plus se réaliser en sa personne. Si le démissionnaire prédécédé laissait des enfants appelés à le représenter, ils prenaient sa part dans les biens compris dans la démission. S'il ne laissait pas de représentants, sa part accroissait à celle des autres démissionnaires, et, à leur défaut, elle revenait au démettant.

La succession du démettant ne s'ouvrait réellement que par son décès. Les démissionnaires n'étaient pas réputés héritiers, tant que vivait le démettant : *viventis nulla est hereditas*. Ce n'était qu'à l'époque de sa mort que se réalisait définitivement l'acquisition des biens abandonnés par lui, et il fallait jusque-là tenir compte des événements susceptibles de modifier la dévolution faite entre-vifs.

Les démissionnaires, pour avoir accepté la démission, n'en avaient pas moins, à la mort du démettant, le droit de répudier sa succession ou de ne l'accepter que sous bénéfice d'inventaire. S'ils l'acceptaient sans restriction ou sous bénéfice d'inventaire, ils confirmaient irrévocablement leur droit sur les biens compris dans la démission et s'assuraient de plus, la propriété de ceux qui avaient pu tomber entre les mains du démettant, postérieurement à la démission. Mais, par contre, en cas d'acceptation pure et simple, ils étaient tenus de toutes les dettes du défunt, et en cas d'acceptation sous bénéfice d'inventaire, ils en étaient tenus jusqu'à concurrence de leur émolument.

Nos anciens auteurs n'étaient pas d'accord sur les conséquences de la répudiation. Les démissionnaires renonçants ne pouvaient certainement pas prétendre aux biens que le démettant avait pu acquérir depuis la démission; mais avaient-ils, du moins, le droit de conserver les biens compris dans la démission, à la charge de supporter les dettes correspondant à la portion retenue par eux? Pothier adoptait la négative. Suivant lui, la démission n'était faite au démissionnaire qu'en tant qu'il devait être un jour héritier du démettant; elle renfermait, par sa nature, la condition qu'il serait héritier du démettant. D'où, notre auteur concluait, que lorsque le démissionnaire renonçait à la succession, il n'avait plus ni titre ni qualité pour retenir les

biens compris dans la démission (Contra Boullenois, question 11, *Traité des démiss. de biens.*)

De ce que la succession du démettant ne se déférait en réalité qu'à son décès, il en résultait, que si les biens abandonnés par lui étaient restés indivis jusque-là, il y avait lieu de les partager entre tous ceux qui à cette époque se trouvaient héritiers.

C'était encore au moment de la mort du démettant qu'il fallait s'attacher, pour savoir si le partage fait par le démettant était conforme à la loi. Boullenois justifie cette décision dans sa question VII, sur les démissions de biens. (Voyez p. 168 et suiv.)

Si le démettant avait acquis de nouveaux biens, on les répartissait entre les ayant-droit, sans pouvoir d'ailleurs se servir de ce prétexte pour revenir sur le premier partage.

Quelques coutumes avaient admis des principes particuliers sur les démissions de biens. Ainsi en Bretagne, la démission pouvait ne comprendre qu'une partie des biens du démettant. Elle était irrévocable, si elle avait été « hannie » par trois jours de dimanche consécutifs, issue des grandes messes, à la paroisse du domicile de celui qui se démet, et autres paroisses où il aura maison, « puis » certifiée « devant le juge, et, » enregistrée « au greffe. L'inobservation de ces formalités, aurait rendu la démission inopposable à ceux qui auraient contracté avec le démettant postérieurement à la démission.

En Normandie, comme en Bretagne, on admettait l'irrévocabilité des démissions de biens. En outre, les démissions n'étaient opposables aux tiers qui traitaient avec le démettant, qu'autant qu'elles avaient été insinuées.

La coutume de Clermont en Argonne admettait expressément l'irrévocabilité des démissions. (Tit. VI, art. 12).

Dans les pays de droit écrit, la démission, institution de droit nouveau, avait été introduite par l'usage. Mais là, elle ne constituait pas un mode distinct de disposition, elle était soumise aux règles établies pour les donations entre-vifs. « En un mot, dit Furgole (*Testament* n° 171), comme cette espèce de disposition vaut, dans les pays de droit écrit, comme une donation entre-vifs, elle est sujette aux lois qui règlent la forme et le fond des donations entre-vifs. »

Droit intermédiaire et Droit actuel.

La loi du 17 Nivôse an II, relative aux successions et aux donations, avait gardé le silence sur le partage d'ascendant. Que fallait-il en conclure? L'avait-elle maintenu ou l'avait-elle abrogé? Question semblable à celle qui s'élevait dans les coutumes d'égalité parfaite, qui avaient aussi gardé le silence sur le partage d'ascendant. En effet, la loi de Nivôse an II avait étendu à la France entière le système des coutumes d'égalité parfaite. Elle décidait que tous les avantages faits par le défunt à ses héritiers seraient soumis au rapport. Par conséquent, la même objection que nous avons vu s'élever sous l'empire de ces coutumes, s'élevait, sous l'empire de la loi de Nivôse, contre le partage d'ascendant, qui peut devenir, par fraude ou par erreur, une cause d'avantages indirects entre les héritiers.

Aussi, M. Genty pense-t-il, que l'exécution franche et complète de la loi de Nivôse an II, était incompatible avec le droit de faire un partage de ses biens. Concéder cette

faculté à l'ascendant, ce serait lui donner un moyen facile de violer la loi, et d'en éluder les prescriptions rigoureuses. (Genty, *Traité des Partages d'Ascendants*, n° 62). Mais cette interprétation nous semble tirer une conséquence exagérée de la loi de Nivôse. En effet, il nous sera permis de faire observer que, le partage d'ascendant avait fini par être admis, même dans les coutumes d'égalité parfaite qui ne s'en expliquaient pas, lorsqu'il ne portait pas une atteinte sensible à l'égalité. Notre avis est donc que, dans ces limites, la loi de Nivôse ne faisait pas obstacle au partage d'ascendant. (Cass. 11, décembre 1814).

Au reste la loi du 5 Germinal, an VIII, en abrogeant celle du 17 Nivôse, an II, et en permettant d'avantager certains héritiers avec dispense de rapport, devait nécessairement faire disparaître l'obstacle, que, d'après quelques-uns, la loi de Nivôse apportait aux partages d'ascendants.

Nous arrivons à la législation actuelle. Le Code civil (21 mars 1804), s'est occupé spécialement des partages d'ascendants, et leur a consacré six articles dans un chapitre distinct, au titre des donations et des testament. (Art. 1075, 1080, chap. VII). Sans vouloir analyser, dès maintenant, les principes qu'il adopte, nous ne pouvons, cependant, nous dispenser d'indiquer les principaux traits qui distinguent le système actuel de celui de notre ancienne législation.

Ainsi d'abord, les démissions de biens ont disparu de nos lois, et il résulte des travaux préparatoires du Code, que si le législateur ne les a pas mentionnées, c'est parce qu'il a entendu supprimer une institution qui, par sa révocabilité, pouvait prêter à toutes sortes d'abus. (Loce, *Leg.*, p. 480, n° 80, p. 512, n° 27, p. 416, n° 79). « C'était, dit Bigot de Préameneux,

dans l'exposé des motifs, c'était laisser dans les pactes de famille, une incertitude qui causait les plus graves inconvénients. Le démissionnaire qui avait la propriété sous la condition de la révocation, se flattait toujours qu'elle n'aurait pas lieu. Il traitait avec des tiers, il s'engageait, il dépensait, il aliénait, et la révocation n'avait presque jamais lieu, sans des procès qui empoisonnaient le reste de la vie de celui qui s'était démis, et qui rendaient sa condition pire que s'il eût laissé subsister sa démission. On a supprimé cette disposition; elle est devenue inutile... » Nous verrons, cependant, en y regardant de plus près, que cette suppression n'est pas aussi complète qu'il y paraît, puisque le Code civil admet deux espèces de partages, présentant, quant à leurs effets, de frappantes analogies l'un avec le partage pour après la mort, l'autre avec la démission de biens.

En second lieu, tandis que dans l'ancienne législation, ni la démission de biens, ni le partage pour après la mort, n'étaient astreints, nulle part, aux formes ordinaires des donations et des testaments, la législation actuelle n'admet, pour les partages d'ascendants, d'autres formes que celles des donations entre-vifs ou des testaments. (Art. 1076.) L'exemption des formes ordinaires, ce privilège, que la législation romaine n'avait pas consacré à son berceau, mais qui s'était introduit dans la pratique, par un de ces empiétement si ordinaires de la jurisprudence sur la loi, et qui avait passé du droit romain dans le droit français, ce privilège a disparu après tant de siècles d'existence.

Au point de vue de l'égalité des parts, le Code n'a suivi, ni le système des coutumes qui prohibaient tout avantage à peine de rescision, ni celui des coutumes qui toléraient les inégalités, pourvu que la légitime fût respectée. Il assimile le partage d'ascendant à celui que feraient soit les héritiers eux-

mêmes, soit la justice. Il en admet la rescision pour une lésion de plus du quart, alors même que cette lésion ne blesserait pas la légitime. De même qu'à l'inverse, une lésion qui n'excéderait pas le quart, pourrait blesser la légitime, sans autoriser pourtant une action quelconque au profit du légitimaire. Nous n'avons pu qu'effleurer ici ces matières. Elles seront traitées plus loin avec les développements qu'elles comportent.

Pour étudier les partages d'ascendants sous l'empire de notre droit actuel, nous examinerons successivement :

- 1° Quels sont les avantages et les inconvénients des partages d'ascendants; quelle est leur nature juridique;
- 2° Quelles conditions sont requises pour leur validité;
- 3° Quels sont leurs effets;
- 4° Quelles actions sont données pour les attaquer.

Des Partages d'Ascendants

D'APRÈS LE CODE CIVIL

CHAPITRE PREMIER

Avantages et Inconvénients des Partages d'Ascendants. — Leur nature juridique.

De nombreux avantages sont attachés à l'institution des partages d'ascendants, et l'ont, à toutes les époques, recommandée à la sollicitude des législateurs.

Par ces partages, — disait le tribun Jaubert, dans son rapport fait au tribunal, au nom de la section de législation, sur le projet de loi relative aux donations et aux testaments, séance du 9 Floréal an II. — Par ces partages, « les père et mère auront un moyen d'établir l'ordre dans la famille, et cette partie de la loi sera un grand bienfait. » Souvent, en effet, il reste au père et à la mère de grandes inquiétudes sur les dissensions qui peuvent s'élever, après leur mort, entre leurs enfants, à l'occasion du partage de leurs biens. Accorder aux ascendants le droit de faire eux-mêmes cette répartition, n'est-ce pas leur permettre de prévenir les haines et les discordes? Voilà une utilité importante que présente l'institution des partages d'ascendants.

L'exercice de cette magistrature domestique, devient encore plus avantageuse, lorsque parmi les descendants se

trouvent des interdits, des mineurs. Alors, en effet, l'esprit de concorde et de fraternité ne saurait les préserver de la nécessité d'un partage judiciaire, et de tous ses inconvénients. (Art. 838.)

Les partages d'ascendants permettent, en outre, de tenir compte dans la répartition des biens, des aptitudes et des convenances de chacun, et préviennent ainsi les distributions fâcheuses qui peuvent résulter d'un tirage au sort. Ils fournissent, de plus, aux ascendants le moyen d'éviter le morcellement de leurs biens; mais ces avantages sont considérablement diminués, et même presque annihilés, par l'obligation, dont est tenu l'ascendant, comme nous le verrons plus tard, de se conformer aux dispositions des articles 826, 832 du Code civil, sur le mode de composition des différents lots.

Le partage entre-vifs, en particulier, offre au père de famille fatigué d'une vie laborieuse, le moyen de trouver le repos, en remettant à ses enfants un patrimoine, dont la gestion exige des travaux qui l'épuisent, et une activité qu'il n'a plus. Quelquefois même, en présence d'un affaiblissement de sa raison, l'ascendant pourra, par un partage, éviter à lui-même et à sa famille, la douloureuse extrémité d'une demande en interdiction.

Mais les partages d'ascendants, comme, du reste, toutes les institutions humaines, ont leurs inconvénients.

Si le législateur a présumé que les pères de famille auraient une égale affection pour tous leurs enfants, il faut en convenir, il n'en est pas toujours ainsi en pratique; et alors, le partage d'ascendants se prête mieux que tout autre acte aux dispositions inégales, à ces faveurs occultes, qui pour ne pas blesser ouvertement la loi, n'en sont ni moins in-

justes ni moins nuisibles au repos et à la dignité des familles. « Le partage entre enfants, disait Berlier, lors de la discussion du projet du Code au conseil d'Etat, le partage est, sans doute, favorable, lorsque son origine n'est pas souillée par la circonstance qu'on examine. (Le dessein de la part de l'ascendant de s'en servir comme un moyen propre à mettre de l'inégalité entre les enfants.) Si donc il n'y a rien de plus louable quand le partage est équitable, il n'y a rien de plus dangereux, rien de plus odieux, quand il ne sert qu'à déguiser un outrage à la loi et à la nature. » Fenet, t. XII, p. 411.

Le partage entre-vifs a en outre un inconvénient qui lui est propre, et que présentait l'ancienne démission de biens; celui d'exposer l'ascendant qui s'est dépouillé de ses biens à l'ingratitude de ses enfants. Loysel disait : « Qui le sien donne avant mourir, bientôt s'apprête à moult souffrir. » Sans doute l'ascendant n'est pas tout à fait sans protection contre l'ingratitude de ses enfants, et la loi lui donne, dans ce cas, une action en révocation. Mais les faits constitutifs de l'ingratitude sont extrêmement graves, et les enfants peuvent manquer au devoir que leur impose la piété filiale, sans que leur conduite, répréhensible au point de vue moral, puisse tomber sous le coup de l'application de la loi.

Tels sont les avantages que présentent les partages d'ascendants, tels sont aussi les inconvénients qu'ils engendrent. Mais il faut le reconnaître si les inconvénients sont réels, les avantages sont loin d'avoir été complètement obtenus. Cette institution destinée à assurer la paix des familles et le respect des volontés paternelles, est devenue elle-même une des sources les plus fécondes de procès, soit que la loi n'ait pas suffisamment déterminé la portée qu'elle voulait donner à son œuvre, soit aussi que l'intérêt froissé de certains des-

cendants sache trouver partout des prétextes pour critiquer la volonté de ceux qui ne sont plus.

Quelle est, sous l'empire du Code civil, la nature juridique du partage d'ascendant ? Quelle est la différence caractéristique qui le sépare des dispositions ordinaires à titre gratuit ?

Cette différence caractéristique, la voici : Le partage d'ascendant a un double caractère légal. C'est un acte de *disposition* à titre gratuit, une donation ou un testament ; c'est aussi en même temps un acte de *distribution*.

C'est un acte de *disposition*. En effet, si l'ascendant était mort sans avoir fait de partage, quo serait-il arrivé ? Ses enfants auraient recueilli ses biens que la loi leur aurait attribués à tous en commun et par indivis. Mais en assignant à chacun des enfants des objets déterminés, l'ascendant modifie le sort et la condition de sa succession ; le droit des enfants ne porte plus sur toute une masse indivise de biens, il se trouve par l'opération de l'ascendant limité exclusivement aux objets compris dans les différents lots. Il est donc vrai de dire que l'ascendant qui fait un partage dispose dans une certaine mesure, que l'acte constitue de sa part une espèce particulière de disposition à titre gratuit. Ce caractère d'acte de disposition existe dans les partages testamentaires : il s'affirme surtout dans les partages entre-vifs, car, pendant tout le temps de sa vie, l'ascendant reste maître absolu de son patrimoine, et rien ne l'oblige à s'en dessaisir, avant sa mort, au profit de ses héritiers présomptifs. — C'est aussi un acte de *distribution*. Si l'ascendant dispose dans la mesure que nous venons de déterminer, il ne crée pas cependant les droits des descendants sur les biens partagés ; il fait tout simplement ce que les enfants, après

son décès, auraient fait eux-mêmes à l'amiable ou en justice. Leur droit préexistait au partage, et ce que chaque descendant reçoit, devait, dans tous les cas, lui revenir par l'ordre de la nature et de la loi. — Dans les rapports respectifs des descendants, l'opération de l'ascendant n'est pas considérée comme un ensemble de libéralités préciputaires. La loi lui reconnaît un tout autre caractère. Elle qualifie l'acte de l'ascendant du nom de partage ; elle lui applique les règles propres au partage. Ainsi les enfants sont tenus de l'obligation de garantie les uns envers les autres ; l'acte de l'ascendant est déclaré nul en cas d'omission d'un des enfants héritiers ; il est rescindable en cas de lésion de plus du quart au préjudice de l'un d'eux. — Ce caractère de distribution prédomine dans le partage testamentaire ; nous verrons, plus tard, que les copartagés ne peuvent recueillir leur lot qu'autant qu'ils acceptent la succession de l'ascendant.

Cette analyse va nous permettre d'indiquer comment le droit pour les ascendants de faire un partage de leurs biens est un droit distinct de celui de disposer par testament ou par donation, et comment, par suite, il constitue pour eux un privilège.

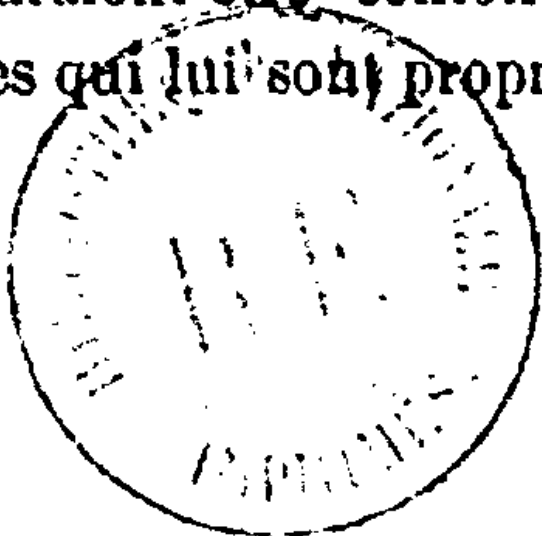
L'ascendant a la faculté de comprendre dans son partage, non-seulement la quotité disponible, mais encore la réserve de ses descendants. Evidemment, c'est là une dérogation aux principes généraux du droit sur la réserve. Il est, en effet, de règle que la réserve, cette portion de la succession *ab intestat* que la loi assure à certains héritiers contre les libéralités du défunt, ne peut être l'objet d'aucune disposition de l'homme. Elle doit arriver intacte aux héritiers réservataires ; elle ne peut être ni dénaturée ni transformée. Par suite du partage opéré par l'ascendant, elle n'arrive pas aux descendants dans l'état où la loi l'a établie à leur profit. L'opéra-

tion du partage a nécessairement modifié le caractère de la réserve et le droit des enfants. Ce droit portait sur une masse indivise de la succession, et l'ascendant l'a transformé en un droit exclusif limité aux biens qui composent les différents lots.

A un autre point de vue, le partage d'ascendant diffère encore des dispositions à titre gratuit ordinaires. Il peut avoir pour effet d'entamer la réserve des descendants. Cet acte produisant entre les descendants les effets d'un partage, le législateur n'y prend pas en considération les inégalités qui ne sont pas assez considérables pour faire éprouver à l'un des copartagés une lésion de plus du quart. Si la réserve d'un descendant est entamée par le partage, sans que cependant il éprouve une telle lésion, il n'a pas le droit de se plaindre. Nous savons, qu'au contraire, dans les dispositions par préciput, la moindre atteinte à la réserve donnerait lieu à une action en réduction.

Le partage d'ascendant entre-vifs a un caractère tout particulier. Par dérogation à l'art. 1130 C.-C., qui prohibe les stipulations sur successions futures, ce partage est autorisé, bien qu'il contienne une renonciation implicite à des droits qui ne s'ouvriront qu'à la mort de l'ascendant. Cette renonciation ne pourrait être contenue dans aucun autre acte de disposition.

Il résulte de ce qui précède que les ascendants peuvent disposer de leurs biens à titre gratuit au profit de leurs descendants de deux manières bien distinctes. Ils peuvent leur faire des libéralités sans dispense de rapport et par préciput, ou faire entre eux un partage. Ces deux modes de disposition ne sauraient être confondus, chacun d'eux est régi par les règles qui lui sont propres, le premier est régi



par les articles 843 et suivants du titre des successions et l'article 919; le second, par les articles de notre chapitre VII qui ont organisé les partages d'ascendants. L'ascendant a-t-il déclaré faire simplement un partage, on lui appliquera les règles des partages et non celles des dispositions par préciput. Et il en sera ainsi, remarquez-le bien, alors même qu'il serait établi que ce n'est pas par erreur, mais sciemment et à dessein que l'ascendant n'a pas traité un de ses descendants à l'égal des autres. Car la loi ne distingue pas plus dans l'art. 1079, qu'on ne distinguerait dans un partage ordinaire. On ne pourrait donc pas, en pareil cas, repousser la demande en nullité formée par le descendant lésé, sous le prétexte que l'ascendant a bien pu le réduire à sa réserve. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait que l'acte contint des termes de nature à constituer une disposition par préciput (919), parce qu'alors il renfermerait deux dispositions distinctes, l'une à titre de partage et l'autre à titre de préciput.

Cette démarcation profonde que le Code, établit entre l'acte par lequel l'ascendant fait un partage et celui par lequel il fait une disposition par préciput, entraîne des conséquences assez remarquables. Suivant les cas, suivant la qualification donnée à son opération, la quotité disponible augmente ou diminue, et les pouvoirs de l'ascendant sont tantôt plus étendus, tantôt moins grands dans un partage que dans une disposition par préciput. Ainsi toute lésion de plus du quart vicie le partage et le rend rescindable, et cependant, l'ascendant eût pu comprendre toute la quotité disponible dans une disposition préciputaire. A l'inverse, l'ascendant qui fait un partage a des pouvoirs qu'il n'aurait pas, s'il faisait une disposition par préciput. Il peut sans avouer ouverte-

ment ses préférences, sans le déclarer expressément, avantager certains héritiers, et même porter atteinte à la réserve des autres. Ce n'est pas là, il faut le reconnaître, un des cotés par lesquels se recommande notre institution.

Il importe donc beaucoup de distinguer nettement dans quel cas un ascendant a fait en faveur de ses descendants une disposition à titre gratuit ordinaire, et dans quel cas au contraire il a fait un partage. C'est une question d'interprétation souvent fort délicate à résoudre, et qui peut s'élever dans les partages testamentaires comme dans les partages entre-vifs. Nous savons, déjà, qu'une disposition ne peut être considérée comme faite par préciput, qu'autant que l'acte contient à cet égard une énonciation formelle (art. 919-843); voilà un premier caractère qui peut nous servir de guide. Il en est un autre qui distingue plus encore le partage d'avec les dispositions à titre gratuit ordinaires. Le partage est collectif; régulièrement, il doit comprendre tous les enfants et les apportionner d'après leur vocation héréditaire. Les dispositions à titre gratuit ordinaires sont individuelles; la libéralité ne s'adresse qu'à un seul enfant, sans que les autres y participent ou en profitent. On le conçoit toutefois, ces différences ne sont pas essentielles, et on comprend que des doutes puissent encore exister sur la nature de l'opération. C'est aux juges du fait qu'il appartient de les faire cesser. En règle générale, ils ne doivent pas s'attacher rigoureusement à la qualification que les parties contractantes ont donné à leur acte. Un acte peut constituer un partage d'ascendant, encore qu'il ait reçu une autre dénomination. Ainsi on a vu des partages d'ascendants qualifiés de règlement de compte, de transaction (Cass., 1837, 4 mai 1846). Mais c'est la substance même de l'acte que les juges ont à

envisager, pour en déterminer la nature. Ils ont à en étudier, en les rapprochant, les différentes clauses. Ils ont aussi à rechercher quelle a été la commune intention des parties, les motifs qui les ont fait agir, les circonstances, enfin, dans lesquelles s'est produite l'opération. — D'après la jurisprudence générale de la cour de cassation, un pourvoi en cassation pourrait être dirigé contre un arrêt des constatations duquel il résulterait que les juges ont attribué les effets du partage à un acte qui n'en avait aucun des caractères, ou, ont déclaré, au contraire, disposition à titre gratuit ordinaire, un acte réunissant toutes les conditions du partage.

Il est à remarquer que, la plupart des nombreux arrêts, qui permettent d'apprendre à quels actes la jurisprudence donne le nom de partage d'ascendant, sont intervenus à la suite de litiges soulevés entre l'administration de l'enregistrement et les particuliers : ceux-ci qualifiant de partages entre-vifs un acte que celle-là se refuse à admettre comme tel. Cet antagonisme, sur un point de doctrine, se conçoit aisément, si l'on se reporte à la loi fiscale de 1824, qui réduit d'une façon notable les droits de mutation en faveur de donations entre-vifs portant partage d'ascendant. Ainsi l'administration de l'enregistrement s'est longtemps refusée à admettre comme partage d'ascendant l'acte par lequel un ascendant se borne à abandonner collectivement ses biens à ses enfants, sans leur en faire la répartition, la distribution matérielle. Et nous pensons également, qu'un pareil abandon ne saurait être appelé partage, et jouir, à ce titre, de la réduction des droits proportionnels de mutation accordée par la loi de 1824. Il n'est que l'exercice du droit général de l'ascendant de disposer de ses biens à titre gratuit. Il doit être soumis aux règles des dispositions à titre gratuit ordinaires.

Les art. 1075 et suivants ne parlent que de *partages et distributions* de biens d'un ascendant, et la loi de 1824 se réfère expressément à ces articles. Comment, d'ailleurs, concevoir qu'on qualifie de partage un acte qui doit avoir pour effet de faire naître l'indivision entre les descendants? Le législateur a jugé les partages d'ascendants dignes de sa faveur, parce qu'ils évitent les contestations que les partages engendrent entre les cohéritiers. On ne peut étendre les dispositions de la loi à un acte qui a pour résultat de rendre un partage nécessaire (M. Genty, *Partages d'ascendants*, p. 118). — Malgré ces raisons de décider qui nous semblent péremptoires, la cour de cassation s'est prononcée en sens contraire. D'après elle, c'est l'abandon des biens autant que leur distribution qui est l'objet de la sollicitude de la loi. C'est cet abandon qui se rapproche le plus de la succession. Cela justifie suffisamment l'assimilation (Cass., 28 avril 1829, 26 avril 1836). La cour de cassation, toutefois, d'accord en cela avec les auteurs qui admettent en principe que la distribution matérielle des biens est nécessaire pour que l'acte constitue un partage d'ascendant, reconnaît que les articles 1075 et suivants, et la loi de 1824 sont sans application, lorsque l'ascendant a fait abandon de tous ses biens au profit d'un enfant unique (Cass. 20 janvier 1840). Mais nous trouvons peu logique la cour de cassation qui donne ici une solution différente de celle qu'elle admet, lorsque l'abandon est fait sans distribution en faveur de plusieurs descendants. Si, en effet, la distribution n'est pas nécessaire, dans ce dernier cas, pour qu'il y ait partage, comment peut-on dire que l'absence de distribution s'oppose à ce qu'on puisse considérer l'acte comme partage lorsque le disposant n'a qu'un seul enfant !

CHAPITRE II

Des conditions de validité des partages d'Ascendants

Les conditions de validité des partages d'ascendants sont relatives : Aux personnes qui peuvent faire ces partages ; — aux personnes entre lesquelles ils peuvent être faits ; — aux formes ; — aux conditions de capacité requises, soit dans la personne des ascendants, soit dans celle des descendants ; — aux biens qui peuvent y être compris ; — au mode de répartition de ces biens à raison de leur nature ; — enfin, aux modalités dont ces partages sont susceptibles.

L'art. 1075 s'exprime en ces termes : « les père et mère et autres ascendants pourront faire, entre leurs enfants et descendants, la distribution et le partage de leurs biens. » Comme l'indique notre article 1075, ce n'est qu'aux *père, mère et autres ascendants*, que la loi reconnaît la faculté de faire entre leurs enfants et descendants le partage de leurs biens, — nous disons le partage dans les conditions toutes de faveur et avec les effets spéciaux que la loi édicte en notre matière.

Ce n'est donc pas à dire qu'un autre parent qu'un ascendant, un parent collatéral, par exemple, ne puisse pas, sous le régime de droit commun, distribuer ses biens entre ses héritiers présomptifs ; mais il ne fera pas alors un partage de succession revêtant la forme d'une donation ou d'un legs : il fera un véritable legs, une véritable donation soumis aux règles ordinaires des donations et des testaments. En vain

le parent collatéral déclare-t-il qu'il entend faire un partage entre ses héritiers présomptifs, il n'y aura toujours que des donations ou des legs. Outre, en effet, que la qualification d'un acte ne peut jamais suffire pour en déterminer les effets, l'intention du collatéral de vouloir maintenir l'égalité entre ses co-héritiers ne résulte pas suffisamment de la qualification de partage qu'il a employée. Donc, tandis que le partage d'ascendant est nul s'il ne se trouve pas fait entre tous les héritiers existants au décès (art. 1078), la disposition du collatéral reste valable quoiqu'elle attribue tous les biens à quelques-uns seulement des héritiers ; et, tandis que le partage de l'art. 1075 peut être attaqué si l'un des enfants n'a pas les trois quarts de sa part héréditaire, art. 1079, la disposition du collatéral est inattaquable, quelle que soit l'inégalité des avantages faits aux divers donataires ou légataires.

Telle sera l'étendue de nos déductions, mais telle en sera aussi leur limite. Le collatéral peut attacher à sa libéralité quelques-uns des effets que produisent les partages, lorsqu'il en aura fait, en termes exprès, autant de conditions de sa donation entre-vifs ou de son legs. Ainsi, il a le droit d'imposer à ses héritiers présomptifs l'obligation de garantie réciproque ; il peut, afin d'assurer l'égalité entre eux, donner à chaque héritier le droit d'exiger le partage des biens dans le cas où la portion qui lui est assignée se trouverait inférieure aux trois quarts de ce qu'une répartition égale doit lui attribuer. Mais ces divers effets étant ici une modalité de la donation ou du legs, et procédant, comme la libéralité elle-même, de la volonté du disposant, il faut en conclure que l'obligation de garantie imposée aux donataires ou légataires ne donnera pas naissance au privilège de l'art. 2103. (M. Colmet de Santerre, t. IV, n° 242 bis.)

Si on admettait que ce privilège existe ici, on méconnaîtrait le principe selon lequel les privilèges sont établis par la loi, et ne peuvent l'être par la volonté de l'homme. Tout en refusant le privilège au collatéral évincé, les auteurs ne décident pas cependant qu'il sera dépourvu de toute garantie, en cas d'éviction. Les uns admettent que le disposant pourra constituer à chaque héritier une hypothèque sur les biens par lui partagés. D'autres enseignent que la créance de garantie, lorsqu'elle résulte d'une disposition testamentaire, n'est qu'un legs subsidiaire, ce qui met l'évincé en droit de se prévaloir de l'hypothèque légale donnée par l'art. 1017 du Code civil.

Le partage d'ascendant doit comprendre, à peine de nullité, tous les enfants ou descendants, qu'il soient nés ou simplement conçus ; non-seulement les enfants légitimes, mais encore les enfants adoptifs, qui, aux termes de l'art. 350, ont sur les biens de l'adoptant les mêmes droits que ceux qu'y auraient les enfants légitimes. (Art. 1078.)

L'ascendant doit-il également, et sous la même peine de nullité, comprendre dans son partage ses enfants naturels reconnus, s'il en a ? La jurisprudence et la majorité des auteurs, d'accord en cela avec l'humanité, ont depuis longtemps proclamé l'affirmative. Cette opinion se justifie par cette idée que le partage d'ascendant doit être fait entre tous ceux qui, à défaut d'un partage, se trouveraient admis à en provoquer un après le décès de l'ascendant. Or, l'enfant naturel comme copropriétaire avec ses cohéritiers de l'hérédité à laquelle il se trouve appelé, a, au décès de l'ascendant, le droit de provoquer un partage. Si, comme le portait l'art. 42 du projet, le Code civil n'eût accordé à l'enfant naturel qu'une créance sur les biens de ses père et mère, il aurait pu être exclu du partage, sauf à lui à exer-

cer sa créance contre les héritiers. Mais telle n'est pas la nature de son droit. L'art. 757 lui attribue une quote-part de la portion héréditaire qu'il aurait eue s'il eût été légitime. Or, puisqu'il a une portion héréditaire, il a droit de demander le partage de la succession, et par conséquent de figurer dans le partage que fait l'ascendant. Le seul moyen pour le père, d'empêcher un enfant naturel d'attaquer le partage où il serait omis, serait de lui ôter tout droit à la succession, en lui donnant entre-vifs, la moitié de ce qui doit lui revenir et en déclarant qu'il entend le réduire à cette part. (Article 761.)

Quiconque peut se trouver au décès de l'ascendant copropriétaire des biens partagés, doit encore être compris dans le partage. Ainsi, l'ascendant qui voudrait laisser un partage testamentaire entre ses enfants et un legs à titre universel au profit d'un tiers, devrait avoir soin, pour que son partage fût régulier, d'y comprendre ce légataire, puisque ce légataire se trouvera copropriétaire de tous les biens existants dans la succession.

Il peut arriver qu'un ascendant ait donné, par contrat de mariage, à un tiers, ou à son conjoint, une quote-part des biens qu'il laissera à son décès, art. 1082, 1083. Il est bien certain que l'ascendant ne pourra faire un partage qu'à la condition d'y comprendre ce donataire, qui, étant appelé à recueillir une quote-part de la succession, a irrévocablement acquis le droit de figurer au partage qui doit s'en faire. Mais certains auteurs, par interprétation rigoureuse de l'art. 1083, refusent à l'ascendant, qui a disposé par donation entre-vifs d'une quote-part des biens qu'il laissera à son décès, le droit de faire un partage entre ses enfants, même en y apportionnant le donataire. L'art. 1083, disent-ils, déclare que la donation de biens à venir est irrévocable,

et que le donateur ne pourra plus disposer à titre gratuit des objets compris dans la donation, si ce n'est pour sommes modiques, à titre de récompense ou autrement. Or, le partage d'ascendant constitue une disposition à titre gratuit; et la loi le considère bien comme tel, puisqu'elle l'assujettit aux formalités, conditions, et règles prescrites pour les donations et les testaments. Art. 1076. (M. Genty, p. 133.)

Il nous paraît impossible d'admettre cette interprétation. Le donateur, dit l'art. 1083, ne pourra pas disposer à titre gratuit des objets compris dans la donation. Cela signifie, d'après nous, que celui qui a donné par contrat de mariage une quote-part de ses biens, ne pourra faire un partage entre ses enfants sans y appeler le donataire; car, il est évident que sans cela, il disposerait des objets compris dans la donation; mais, si, dans le partage, l'ascendant assigne au donataire une part proportionnée à ses droits, nous ne voyons pas en quoi ce partage porterait atteinte à l'irrévocabilité de la donation. Loin de nuire en quoi que ce soit au droit du donataire, le partage est au contraire la réalisation de son droit, l'exécution de la donation. La jurisprudence a d'ailleurs consacré cette doctrine. (Caen, 21 mars 1838, S. 38-2-409, Cass. 26 mars 1847.) Elle permet au donateur de biens à venir de faire un partage d'ascendant dans lequel il comprend son donataire, pourvu qu'il observe scrupuleusement l'égalité à son égard; ce qui signifie que le donataire ne doit pas éprouver une lésion même de moins du quart. Mais s'il éprouve une lésion, elle décide qu'il a seulement le droit de demander le complément de la part à laquelle il a droit, en vertu de la donation, et non celui d'attaquer le partage.

L'ascendant pourrait-il distribuer ses biens entre les enfants de son fils unique, dans la prévision du prédécès de la

renonciation ou de l'indignité de leur père? Oui, sans aucun doute, par un partage testamentaire. Dans un partage entre-vifs, les petits-enfants recevront immédiatement les biens à titre de donation; puis au décès de l'ascendant, si la condition prévue se réalise, la donation deviendra partage; sinon, elle restera simple donation, et le père, comme l'héritier réservataire, pourra demander la réduction à la quotité disponible de la libéralité faite à ses enfants.

Le partage doit être fait entre les enfants en proportion des droits de chacun à la succession de l'ascendant. Lors donc que certains d'entre eux n'arrivent que par le secours de la représentation, l'ascendant devra faire le partage par souches et non par têtes.

Le partage d'ascendant n'est plus, comme il était en droit romain et dans notre ancien droit, une forme d'acte distincte et privilégiée. Tout en ayant un caractère et des effets spéciaux, il emprunte sa forme aux donations et aux testaments. Rien ne le distingue extérieurement, et c'est par la nature des dispositions qu'il contient qu'on peut reconnaître que l'acte est un partage d'ascendant. Les partages d'ascendants, dit l'art. 1076, pourront être faits par acte entre-vifs ou testamentaires avec les formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre-vifs et les testaments. Ainsi, assimilation absolue, quant à la forme, entre les partages d'ascendants et les dispositions à titre gratuit ordinaires.

On a critiqué cette assimilation. Le législateur, a-t-on dit, a entouré les dispositions à titre gratuit de formalités gênantes, dans le but, à la fois, de protéger le donateur contre les manœuvres qui tendraient à égarer sa volonté, et de sauvegarder les intérêts des héritiers. Mais dans un par-

tage, l'ascendant ne fait que la simple répartition de ses biens, conformément à l'attribution qu'en fait la loi. Pourquoi lui imposer des formalités et des entraves qui n'ont plus d'objet? — Ces critiques ne nous paraissent pas fondées. Le partage d'ascendant n'est pas seulement un acte de distribution, il constitue, dans une certaine mesure, un acte de disposition. Les conditions de formes auxquelles est soumise sa validité, garantissent que la volonté du disposant est libre et réfléchie. De plus, ce mode de disposition, parce qu'il peut renfermer des avantages indirects, au profit de quelques-uns d'entre les enfants, et même entamer la réserve des autres, est susceptible d'exciter autour de l'ascendant de grandes rivalités. L'exigence de la loi rend plus difficile les manœuvres de ceux des enfants qui entreprendraient d'égarer la volonté de l'ascendant.

L'art. 1076 n'avait pas à rappeler les règles de formes auxquelles les partages d'ascendants sont assujettis. Il renvoie à cet égard aux règles des donations et des testaments.

Le partage testamentaire peut être olographe, ou fait par acte public, ou dans la forme mystique. (Art. 969 et suiv.)

L'art. 968 prohibe en termes généraux les testaments conjonctifs ou faits dans un même acte par deux ou plusieurs personnes. L'ordonnance de 1735 qui contenait la même défense (art. 77), avait excepté de cette règle les actes de partage entre enfants, faits par père et mère dans le même testament. L'art. 1076 n'a pas reproduit l'exception de l'art. 77 de l'ordonnance. D'où il faut conclure que le Code civil a abrogé les partages testamentaires conjonctifs. On a blâmé les rédacteurs du Code de n'avoir pas maintenu la disposition de l'art. 77 de l'ordonnance, en ce qui concernait l'exemption, en faveur des partages d'ascendants, de la

règle prohibitive des testaments conjonctifs. Et il faut reconnaître que la défense générale met les père et mère dans l'impossibilité de partager les biens de leur communauté par testament. Ils ne peuvent, en effet, pas plus les partager par testaments séparés que par un testament conjonctif, car ils ignorent quels biens seront mis dans le lot de chacun d'eux, lors de la dissolution de la communauté.

Malgré cet inconvénient, il n'y a pas lieu de regretter ce mode de partage, car s'il était le seul moyen d'opérer entre les enfants le partage des biens communs, il soulevait dans la pratique une foule de difficultés. Ainsi, du vivant des deux époux, si l'un d'eux voulait révoquer, il fallait ou lui permettre de détruire à lui seul l'œuvre commune, ou permettre, au contraire, à son conjoint de maintenir, par sa seule volonté, ce qui avait été créé par leurs deux volontés. On décidait, généralement, que le concours des deux époux était nécessaire pour révoquer le partage testamentaire; il en résultait que le décès de l'un d'eux rendait l'acte irrévocable, et privait le survivant du droit de révocation. De même, après le décès, s'élevait la question de savoir si l'acte s'exécuterait sur les biens du prédécédé seulement, ce qui eût abouti, en général, à une répartition fort inégale, et n'ayant pas le caractère d'un partage; ou si, au contraire, il s'exécuterait sur tous les biens partagés, ce qui eût dépouillé le survivant pendant sa vie même; ou enfin, si le partage resterait suspendu jusqu'au décès du survivant. Cette dernière solution, la plus pratique, avait pour résultat de maintenir les héritiers du prédécédé dans l'indivision pendant un temps indéterminé. Ces difficultés étaient autant de sources de procès, dont la suppression est un bienfait du législateur.

Le partage fait par acte entre-vifs doit être passé devant notaire et en minute (art. 931). Il n'est valable qu'autant

qu'il a été accepté des descendants. Peu importe que l'acceptation soit contenue dans l'acte même de partage ou dans un autre acte, pourvu qu'elle soit expresse et authentique (art. 932). D'ailleurs la loi ne prescrit pas de termes sacramentels. La cour de Metz a jugé l'acceptation suffisante de la part d'héritiers qui avaient déclaré se soumettre à exécuter le partage selon sa forme et teneur. (Metz, 2 juillet 1824.)

Le partage entre-vifs n'est parfait qu'après que tous les enfants l'ont accepté. Jusqu'à ce moment, il n'est qu'un simple projet dont l'ascendant lui-même peut se désister. Le partage qui n'aurait pas été accepté par tous les enfants ne pourrait même pas valoir comme donation à l'égard des acceptants. Car ce que l'ascendant a voulu faire, ce n'est pas plusieurs donations individuelles, mais une donation collective, et à titre de partage. Or, ce résultat n'est atteint que lorsque tous les enfants ont accepté. Nous pensons, cependant, que le partage acquerrait toute sa perfection, si celui ou ceux des descendants qui n'avaient pas encore accepté, venaient à mourir avant que l'ascendant n'eût révoqué le partage. Désormais l'acte n'a plus besoin, pour être valable, que de l'intervention des descendants vivants, et cette intervention existe.

Le partage entre-vifs devra être transcrit s'il comprend des biens susceptibles d'hypothèque (Art. 939, art. 2, loi du 23 mars 1855). Mais cette transcription a rarement lieu, à cause de la confiance légitime des descendants qui n'ont guère à craindre, de la part de l'ascendant, la création postérieure d'aucun droit réel sur la chose donnée. La loi de 1824 a même, dans cette pensée, dispensé le partage d'ascendants de la nécessité imposée à tout acte sujet à transcription de payer préventivement le droit de transcription

en même temps que le droit d'enregistrement. Le partage des meubles doit être accompagné d'un état estimatif. (Art. 948.)

Les articles de notre chapitre VII n'ayant rien établi de spécial à la capacité, soit de l'ascendant, soit des descendants, il faut, d'après l'art. 1076, s'en référer à cet égard aux règles prescrites pour les testaments, s'il s'agit d'un partage testamentaire, et à celles prescrites pour les donations entre-vifs, s'il s'agit d'un partage entre-vifs.

L'ascendant qui veut faire un partage testamentaire doit avoir la capacité de tester.

Ainsi, la femme mariée pourra faire par testament son partage, sans être autorisée de son mari ou de justice (Art. 226, 905).

Le mineur parvenu à l'âge de seize ans peut tester, il pourra donc faire un partage testamentaire. Mais la loi, en accordant au mineur parvenu à l'âge de seize ans la faculté de faire un testament, ne lui permet de disposer que jusqu'à concurrence de la moitié de ce dont pourrait disposer un majeur (904). Cette restriction ne nous paraît pas applicable au partage. En effet, le majeur, incapable de disposer des biens qui composent la réserve de ses enfants, soit en faveur d'étrangers, soit par préciput, a le droit incontesté de comprendre ces biens dans un partage d'ascendant. Pourquoi le mineur, dont l'art. 904 limite sans doute, en général, la capacité, ne pourrait-il pas aussi disposer de tous ses biens en faveur de ses enfants, puisque c'est dans l'intérêt de ces derniers qu'est établie la restriction de la loi ?

Le prodigue et le faible d'esprit, qui ont été pourvus d'un conseil judiciaire, pourront faire un partage testamentaire sans l'assistance de leur conseil, puisqu'ils peuvent tester

seuls. (*Arg. a contrario* des articles 499 et 513 civ.)

Quant aux interdits, ils ne peuvent faire un partage testamentaire dans les intervalles lucides, qu'autant qu'on leur reconnaît la capacité de tester. — Le condamné à une peine afflictive perpétuelle est incapable de faire un partage testamentaire. Celui qu'il aurait fait, avant sa condamnation devenue définitive, serait nul. (Art. 3, loi du 31 mars 1854.)

Pour être compris dans un partage testamentaire, il faut être conçu à la mort de l'ascendant. (Art. 906, civ.)

Si le partage testamentaire était soumis aux formalités, conditions et règles prescrites pour les testaments, il devrait s'en suivre que pour être compris dans un partage testamentaire, il ne suffirait pas d'être conçu à la mort de l'ascendant, il faudrait encore avoir la capacité requise pour recevoir par testament. Mais cette décision serait en contradiction avec la nature de la vocation de l'enfant copartagé. Nous verrons, en effet, que c'est la loi qui défère la succession au copartagé, que le partage testamentaire ne modifie ni le caractère de la vocation des enfants, qui reste toujours légitime, ni leur titre, qui est toujours celui d'héritier. Il en résulte que, la capacité qui est requise dans la personne des enfants est celle de succéder *ab intestat*, et non celle de recevoir des legs. Cette observation n'offre pas, d'ailleurs, une très-grande importance; car, en général, les personnes capables de succéder *ab intestat*, le sont aussi de recueillir par testament. Elle peut, cependant, avoir une conséquence pratique, depuis la loi du 31 mai 1854. Aux termes de cette loi, le droit de succéder *ab intestat* est laissé à l'individu condamné à une peine afflictive perpétuelle, la capacité de recevoir par testament lui est seule enlevée. Cet

individu pourra donc être compris dans un partage testamentaire, quoiqu'il soit incapable de recevoir des legs.

Pour faire un partage entre-vifs, il faut être capable de donner entre-vifs ; pour pouvoir être compris dans ce partage, il faut être capable de recevoir par donation ; enfin, pour accepter ce partage, il faut avoir la capacité d'accepter une donation. (Arg., art. 1076.)

Ainsi la femme mariée, sans l'autorisation de son mari ou de justice, (art. 217, 219) ; le prodigue et le faible d'esprit, sans l'assistance de leur conseil (art. 499, 513), ne peuvent partager leurs biens entre-vifs. Un mineur, à quelque âge qu'il soit parvenu, ne le pourra pas non plus (art. 903). Il en est de même de l'interdit (art. 502). Toutefois, rien n'empêcherait le conseil de famille d'un interdit de faire, en son nom, le partage de ses biens entre ses enfants, dans les formes et pour le motif indiqués par l'art. 511. Le condamné à une peine afflictive perpétuelle ne peut pas non plus faire un partage entre-vifs, (art. 3, loi du 31 mars 1854). La personne placée dans un établissement d'aliénés, n'est point par ce seul fait frappée de l'incapacité de disposer à titre gratuit ; le partage qu'elle aurait fait pendant ce temps peut seulement être attaqué pour cause de démence, (art. 39, loi du 30 juin 1838).

Pour être compris dans un partage entre-vifs, il faut être conçu au moment du partage, et avoir la capacité de recevoir une donation.

Le condamné à une peine afflictive perpétuelle ne peut pas recevoir par donation, (art. 3, loi du 31 mai 1854). Il est donc incapable de figurer dans un partage entre-vifs. Mais il conserve son droit de succession, et à ce titre, il peut, au jour du décès de l'ascendant, demander la nullité du partage,

à cause de son omission. Il en résulte, qu'un ascendant, qui a parmi ses héritiers un condamné de cette catégorie, ne peut faire un partage entre-vifs. C'est là une conséquence malheureuse de l'incapacité de recevoir dont la loi de 1854 a frappé les condamnés à des peines afflictives perpétuelles. (M. Vallette, *Explication sommaire*, p. 24 et suiv.)

Le partage entre-vifs doit être accepté par les enfants, suivant les mêmes conditions d'après lesquelles une donation entre-vifs doit être acceptée. Si donc les enfants sont majeurs, et s'ils ont l'exercice de leurs droits, ils doivent accepter par eux-mêmes, ou par une personne fondée de leur procuration spéciale et authentique, aux termes de l'art. 933. Si parmi les enfants il se trouve des incapables, des femmes mariées, des mineurs non émancipés, des interdits, des sourds-muets, le partage devra être accepté soit par eux avec l'autorisation ou l'assistance des personnes chargées de les habiliter, soit par leurs mandataires légaux ou judiciaires, (art. 934, 935, 936, C.-C.)

Les mineurs jouissent d'ailleurs d'une faveur spéciale. Leurs père et mère, ou leurs autres ascendants, même du vivant du père et de la mère, et bien qu'ils ne soient ni tuteurs ni curateurs, peuvent accepter pour eux, sans l'intervention du conseil de famille (art. 935). Il est évident que cette règle doit s'appliquer au partage entre-vifs.

Lorsque l'ascendant qui fait le partage se trouve tuteur ou curateur de l'un de ses descendants mineurs, il ne peut accepter au nom de ce descendant, ni lui prêter assistance. Car, il remplirait en cela deux rôles contraires, il ferait l'acte comme donateur et l'accepterait comme représentant du donataire. On procédera donc autrement. Si le descendant mineur a d'autres ascendants, ils pourront toujours accepter pour lui. S'il n'a pas d'autres ascendants, ou si

ceux-ci ne veulent pas accepter, le subrogé-tuteur pourra agir au nom du mineur en tutelle, et accepter le partage après y avoir été autorisé par le conseil de famille. Dans l'hypothèse où l'ascendant serait le curateur du copartagé mineur émancipé, il y aurait lieu de nommer un curateur spécial pour assister ce mineur.

Lorsque plusieurs mineurs non émancipés sont parties dans un partage ordinaire, s'ils ont un même tuteur et des intérêts opposés, ils doivent recevoir chacun un tuteur spécial (art. 838). Cette disposition ne doit pas être appliquée aux partages d'ascendants. C'est, en effet, là, une règle spéciale aux partages, qu'on ne peut étendre à un acte qui, au point de vue des personnes qui ont qualité pour l'accepter, doit être assimilé à la donation.

L'absence d'un descendant mettant matériellement obstacle à ce qu'il accepte lui-même, il doit être suppléé, après la déclaration d'absence, par les envoyés en possession, ou par le conjoint administrateur légal de la communauté, et avant ce moment, par la personne déléguée par le tribunal à la requête de l'ascendant donateur.

Selon que le partage d'ascendant est entre-vifs ou testamentaire, il peut comprendre les biens dont l'ascendant pourrait disposer par donation entre-vifs ou par testament.

Ainsi, l'ascendant peut distribuer par testament ses biens présents et à venir. Il ne peut, par acte entre-vifs, distribuer que ses biens présents. Art. 1076 *in fine* : « Les partages faits par actes entre-vifs ne pourront avoir pour objet que les biens présents. » C'est ce que l'art. 943 édicte d'une façon générale pour toute donation ; mais il y a une différence fondamentale entre les deux dispositions : l'article 943 déclare que, si la donation entre-vifs comprend les biens

à venir, elle sera nulle à cet égard, donc valable pour les autres biens; tandis que l'art. 1076 dispose que, les partages faits par actes entre-vifs, ne peuvent avoir pour objet que les biens présents; d'où l'on conclut que s'ils ont eu même pour objet les biens à venir, ils sont nuls pour le tout. Le partage est, en effet, un tout, un ensemble, qui ne peut être valable seulement pour partie; c'est pour cela qu'a été édicté l'alinéa dernier de l'art. 1076, qui ferait double emploi avec l'art. 943, s'il n'avait une portée différente.

L'art. 1075 donne à l'ascendant, sans aucune distinction entre la quotité disponible et la réserve, le pouvoir de faire la distribution de ses biens à ses descendants. C'est là, comme nous l'avons déjà dit, une dérogation évidente aux principes généraux du droit sur la réserve.

L'ascendant ne peut faire entrer dans son partage les objets déterminés qu'il a déjà donnés par préciput, car ce serait disposer d'une chose dont il a déjà transmis au donataire la propriété définitive et incommutable. Mais, il est autorisé à faire entrer dans son partage les biens qu'il a donnés entre-vifs en avancement d'hoirie. En agissant ainsi, l'ascendant ne révoque point sa libéralité, il n'enlève rien au donataire. Il ne fait que régler d'avance et éventuellement les conséquences du rapport auquel la loi assujettit la donation. L'ascendant aurait même le droit d'attribuer les biens donnés en avancement d'hoirie à un autre qu'au donataire primitif. Observons, cependant, que l'ascendant agira prudemment en ne modifiant pas l'attribution qui résultait de l'avancement d'hoirie, et en laissant les biens donnés dans le lot de l'enfant donataire. Sinon, celui-ci pourrait en renonçant à la succession retenir ces biens, en priver l'héritier auquel ils auraient été attribués, et peut-être faire ainsi tomber le partage.

La femme dotale ne peut, en principe, comprendre dans un partage entre-vifs ses immeubles dotaux. Elle le pourrait, par exception, si l'aliénation de l'immeuble dotal avait été permise par le contrat de mariage, art. 1557, ou bien encore, si le partage avait pour but l'établissement des enfants, art. 1555-1556. La femme dotale peut faire par testament le partage de ses biens dotaux comme de ses autres biens.

Les biens d'une communauté entre époux peuvent-ils être partagés soit par testament, soit entre-vifs? Cette question est extrêmement importante. Nous avons deux cas à examiner : 1^o Des époux communs en biens, peuvent-ils conjointement faire le partage des biens de la communauté. 2^o Peuvent-ils faire séparément le partage de ces mêmes biens.

1^{er} cas. — Nous n'avons pas à nous occuper du partage conjonctif fait par testament; car ce genre de disposition, admis par l'art. 77 de l'ordonnance de 1735, est aujourd'hui interdit par le Code civil.

Les donations conjonctives, à la différence des testaments, ne sont pas prohibées. Le partage des biens de la communauté peut donc être fait entre-vifs conjointement par le mari et par la femme, car les époux réunis doivent avoir sur les biens de leur communauté les mêmes pouvoirs que tout copropriétaire. Le mari, par le fait même de ce concours, autorise sa femme, qui n'en conserve pas moins le droit d'accepter la communauté ou d'y renoncer, lorsque ce droit s'ouvrira. Alors, si elle accepte, le partage est valable comme fait par tous les propriétaires; si elle renonce, le partage est encore valable comme fait par le mari qui se trouve avoir été le seul propriétaire des biens partagés. On pré-

sume, qu'il a entendu donner à ses enfants tous les droits qu'il pouvait avoir sur ces biens : droit certain à la moitié si la femme accepte, droit éventuel à la totalité si elle renonce.

Cette solution très-simple, s'il n'y a que des enfants communs, se complique lorsqu'il existe des enfants de différents lits. Si la femme renonce, la part de ses enfants propres est caduque et donne lieu à un supplément de partage. Mais entre les enfants du mari et les enfants communs, — ces derniers ayant été apportionnés non-seulement du chef du père, mais aussi du chef de la mère, qui n'a plus de droit, — le partage doit être annulé, parce qu'il n'est plus fait en raison du droit de chacun.

2^{me} Cas. — L'art. 1422 permet au mari de disposer entre-vifs à titre gratuit des immeubles de la communauté, de l'universalité ou d'une quotité du mobilier, lorsqu'il s'agit de l'établissement des enfants communs. Il en résulte qu'un partage fait dans ces limites sera valable. A supposer même que le mari eût dépassé les limites de l'art. 1422, son œuvre n'en serait pas moins maintenue, si la femme renonçait plus tard à la communauté. En dehors des exceptions propres au mari, les deux époux ne peuvent, ni par donation entre-vifs ni par testament, disposer séparément de leur moitié dans les biens de la communauté. Tant que la communauté existe, les époux n'ont qu'un droit indivis sur les biens qui la composent, ils ne peuvent pas disposer de la portion qu'ils auront à prendre dans ces biens, avant que le partage ait désigné les objets dont elle sera formée.

Les père et mère ont cherché à mettre fin à cet état d'indivision de la communauté qui s'opposait à tout partage, en faisant d'abord entre eux, par acte authentique, le partage

provisionnel de la communauté, afin de pouvoir faire ensuite, chacun séparément, le partage de la moitié entre les enfants. Deux arrêts de la cour de Douai ont sanctionné ce mode de procéder (10 février 1828, 3 août 1846, D. 46-2-512). Ils ont admis que la loi, en conférant aux ascendants la faculté de faire le partage de leurs biens entre leurs descendants, avait entendu donner à ces ascendants tous les moyens propres à atteindre ce but ; qu'il ne serait rempli qu'imparfaitement, si une attribution provisionnelle des immeubles ne pouvait servir d'éléments à la répartition projetée de leurs biens entre leurs héritiers. Mais cette jurisprudence est évidemment contraire aux principes qui régissent l'association conjugale. En effet, il résulte des articles 1395, 1441, 1453, 1467 que la communauté ne peut, sauf le cas de séparation de corps ou de biens, se dissoudre ni se partager tant que dure le mariage. Sans doute, la loi a permis aux ascendants de faire la distribution de leurs biens entre leurs descendants. Mais on ne saurait induire de l'art. 1075, quelle que soit la généralité de ses termes, qu'il autorise le père et la mère à partager les biens mêmes dont ils n'ont pas la libre disposition. Or, parmi ces biens se trouvent ceux de la communauté. Il ne faut pas objecter que le partage de la communauté n'est que provisionnel, qu'il n'est fait qu'à la seule fin de parvenir à un partage d'ascendant. Cette objection repose sur une notion inexacte du partage provisionnel, qui suppose toujours la possibilité de procéder à un partage définitif, et qui ne diffère de ce dernier, qu'en ce qu'il porte sur la jouissance et non sur la propriété.

Le partage de la communauté étant nul, rien ne met obstacle à ce que les parties en provoquent un nouveau après sa dissolution. L'époux survivant ne pourrait pas, après la mort de son époux, ratifier le partage anticipé de la commu.

nauté et valider le partage qui a été fait par lui entre ses enfants de la moitié qui formait son lot. La communauté ne peut être partagée que par le concours simultané des consentements de ceux entre lesquels elle se trouve à l'état de masse partageable. Or, au moment où la communauté devient partageable, l'un des époux n'est plus là pour consentir au partage, qui ne peut exister que par le concours des deux parties contractantes. C'est donc un partage de communauté tout nouveau qu'il y a à faire entre l'époux survivant et les héritiers de l'époux prédécédé, le partage que les époux avaient fait entre eux n'ayant pas pu se former.

L'ascendant doit-il comprendre dans son partage l'universalité de ses biens ? En droit romain, l'ascendant pouvait ne distribuer qu'une partie de ses biens et laisser le surplus indivis entre ses enfants. En droit coutumier, au contraire, le partage partiel eût été nul. Notre Code ne contient à cet égard aucune disposition formelle. Mais il résulte, évidemment, de l'art. 1077, que ses auteurs ont rejeté la règle adoptée par les pays coutumiers, pour suivre les principes du droit romain. Cet article dit en effet, que si tous les biens que l'ascendant laissera au jour de son décès n'ont pas été compris dans le partage, ceux de ces biens qui n'y auront pas été compris seront partagés conformément à la loi. Les termes généraux, dans lesquels il a été rédigé, embrassent évidemment tous les cas où le partage ne comprend pas l'universalité des biens, soit parce que l'ascendant en aurait omis ou s'en serait réservé une partie, soit parce qu'il aurait fait depuis l'acte de nouvelles acquisitions.

De là, il résulte que l'ascendant pourra faire sa distribution par plusieurs actes de partage.

L'ascendant jouit-il d'un pouvoir absolu dans la répartition de ses biens ? Les art. 826, 832 sont-ils applicables aux

partages d'ascendants. L'ascendant doit-il, à peine de nullité, faire entrer dans chaque lot la même quantité de meubles, d'immeubles de même nature et valeur?

Cette question doit être résolue, ce nous semble, par une distinction entre le partage testamentaire et le partage entre-vifs.

Partage testamentaire. — L'ascendant est tenu de se conformer aux art. 826, 832. Le pouvoir, en effet, que la loi accorde par l'art. 1075 aux ascendants, c'est de faire le partage de leurs biens; par conséquent, elle leur impose virtuellement l'obligation de se soumettre aux règles qui tiennent à la nature de cette espèce d'acte. Or, de ce nombre est la règle qui prescrit de composer les lots des copartageants d'une même quantité de biens de même nature. La règle qui exige cette égale répartition, a pour fondement le droit de copropriété qui appartient à chacun des copartageants, et qui existe *in toto et in qualibet parte rerum communium*. A la rigueur, la conséquence en serait que, chacun d'eux devrait obtenir sa part dans chacun des objets partagés; conséquence, il est vrai, presque toujours impossible, et qui serait un obstacle à tous les partages; mais, ce qui est possible, c'est que chacun des copropriétaires obtienne dans son lot, une quantité de biens de même nature, égale à celle qui se trouve dans les autres lots. Voilà le partage tel seulement que les magistrats sont autorisés à le faire dans le cas où la loi leur confie cette mission; et c'est aussi le partage, tel seulement que la loi autorise l'ascendant à le faire; car il remplit en cela l'office du juge dans l'intérêt des enfants.

Un pouvoir arbitraire laissé aux ascendants pour la composition des lots aurait des inconvénients graves. D'abord, il leur fournirait le moyen de porter atteinte à la réserve des descendants qui leur est due en corps héréditaires; en-

suite, il leur permettrait de rompre, avec la plus grande facilité, l'égalité qui doit régner entre les enfants. Aussi Boullenois disait-il : « Je ne trouve pas que le père, qui a donné à l'un de ses enfants tout son argent comptant, et à l'autre tous ses fonds, ait observé l'égalité dans son partage, étant certain que les deniers comptant n'ont pas la même stabilité que les fonds. »

Les partisans du système contraire nous opposent cet argument : l'ascendant peut avantager par préciput dans la mesure de la quotité disponible, l'un de ses enfants ; comment dès lors ne pourrait-il pas composer le lot de ce dernier d'une façon plus avantageuse que celui des autres. Oui, sans doute, l'ascendant peut traiter inégalement ses enfants en prenant la voie d'une disposition par préciput. Mais, il ne peut, dans un partage qui laisse à chaque enfant sa qualité d'héritier, et par suite les droits qui en résultent, notamment le droit à l'égalité, porter atteinte à ces droits.

Le partage d'ascendant, ajoutent les partisans de l'opinion que nous combattons, doit être maintenu à moins que l'on ne se trouve dans l'un des cas où la loi autorise à en demander la nullité. Or, les art. 1075 et suivants ne s'expliquent pas sur le mode de répartition des meubles et des immeubles. Leur silence doit donc conduire à écarter l'application des art. 826, 832 aux partages d'ascendants. C'est là mal raisonner. L'argument tiré de ce que les articles de notre chapitre VII, ont prévu certaines causes de nullité, sans rien dire de l'inobservation des articles 826, 832, n'est qu'un de ces arguments *a contrario*, qui par eux-mêmes, et s'ils ne sont appuyés sur les principes, n'ont rien de concluant. Or, les principes, loin de l'appuyer, le repoussent, nous croyons déjà l'avoir établi. Pour qu'il eût de la force en tant que résultant des textes de notre chap. VII, il faudrait que

les art. 1078 et 1079, qui déterminent les causes de nullité des partages d'ascendants, s'énonçassent d'une manière restrictive, et c'est ce qu'ils ne font pas. Ils énoncent trois causes de nullité, mais ils ne disent pas qu'il n'y en a que trois. Le texte de la loi ne prouve donc pas. Quant à son esprit, il n'est pas d'accorder, en aucun cas, aux ascendants plus de pouvoirs qu'aux tribunaux, puisque des trois causes de nullité qu'énumèrent les art. 1078, 1079, la première et la seconde, (art. 1078, et 1079, 1^{er} alinéa), ne sont que la consécration du droit commun, tandis que la troisième, (art. 1079, 2^e alinéa), restreint les pouvoirs des ascendants, loin de les étendre.

Notre système ne doit pas être pris dans un sens trop absolu. L'égalité, quant à la répartition des biens suivant leur nature, est prescrite en principe. Mais, il n'est pas indispensable qu'elle soit observée rigoureusement. Il suffit qu'elle le soit à peu près. C'est en prévision de ces inégalités, peu importantes, que l'art. 833 dispose, que l'inégalité des lots en nature se compense par un retour soit en rente, soit en argent.

Partages entre-vifs. — Tout en admettant l'application générale des articles 826, 832 aux partages d'ascendants, nous trouvons, dans la nature du partage entre-vifs, une fin de non-recevoir spéciale contre l'application de ces articles. En effet, par le consentement que les descendants sont appelés à donner, le partage entre-vifs se rapproche beaucoup plus du partage amiable que du partage judiciaire, et l'art. 832 n'est relatif qu'au partage judiciaire. Si donc l'héritier qui a consenti dans un partage amiable, à recevoir des valeurs mobilières, tandis que son cohéritier recevait des immeubles, n'est pas admis plus tard à revenir sur son consentement pour critiquer cette distribution, de même le descendant

qui a accepté l'apportionnement proposé par le père, et qu'il était libre de refuser, ne devra pas pouvoir ni du vivant, ni après le décès du père, critiquer la répartition des diverses natures de biens. C'est précisément là ce qui distingue l'inégalité dans la valeur de l'inégalité dans la nature des biens. La première, la plus difficile à reconnaître, n'est point couverte par le consentement de l'héritier. La seconde inégalité, au contraire, facile à constater le premier jour, ne peut plus être invoquée par celui qui a consenti au partage.

Pourquoi donc la loi autoriserait-elle une telle violation de la foi donnée par l'enfant majeur et capable, à ses frères et sœurs, à son père ? Serait-ce parce que son consentement n'est pas présumé libre ? Mais la loi qui autorise les enfants à accepter, croit apparemment à la liberté de leur acceptation. Serait-ce parce que la crainte de mécontenter l'ascendant par un refus et de s'exposer aux suites de ce mécontentement a pu influencer l'acceptation ? Mais, en admettant que l'enfant ne se fût réellement décidé à donner son consentement que parce qu'il aurait calculé qu'il lui était plus avantageux d'accepter le mode de partage qui lui était proposé que de s'exposer à ce que son père le privât de toute la quotité disponible ; ce calcul fait par lui dans son propre intérêt, ne pourrait en rien invalider son acceptation. (Arrêt de la Cour de Caen, 27 mai 1843.)

On nous objecte encore que l'acceptation de l'enfant, fût-elle valable, ne porterait que sur la donation, sur l'attribution que l'ascendant fait entre-vifs, et qui n'est astreinte à aucune règle de quotité ni de répartition ; qu'elle ne saurait s'appliquer au partage sous peine d'être un pacte sur succession future ; qu'en conséquence, l'enfant reste libre de réclamer, au décès de l'ascendant, le partage conforme aux

règles ordinaires. Nous répondons que l'acceptation de l'enfant porte sur l'acte entier; il l'a accepté, aussi bien comme partage que comme donation. Ce qui prouve qu'il l'a accepté comme partage, c'est qu'à la mort de l'ascendant il ne peut pas provoquer un nouveau partage. Or, accepter un partage, c'est accepter toutes les clauses qu'il contient, et notamment le mode de composition des lots. Sans doute c'est là un pacte sur succession future, mais la loi l'autorise formellement par l'art. 1075. (Voyez Duranton, t. IX, n° 658, et MM. Colmet de Santerre, t. IV, n° 243 bis XVIII; Genty, p. 147 et suivantes.)

Cependant, la Cour de cassation, depuis 1826, s'est décidée invariablement dans le sens de l'application de l'art. 832 du Code civil aux partages entre-vifs comme aux partages testamentaires. (Arr. ch. civ., 16 août 1826, 11 mai 1847, 11 août 1856, 18 août 1859, 7 janvier 1863.) La jurisprudence des Cours d'appel est conforme. (Limoges, 5 août 1836; Bordeaux, 9 juin 1863.)

Une question, qui a également donné lieu à de nombreuses controverses, s'élève sur l'application de l'art. 827 au partage d'ascendant. L'ascendant peut-il attribuer à l'un de ses héritiers un bien partageable, à charge de compensation pécuniaire au profit des autres, ou bien est-il astreint à procéder, par voie de licitation, conformément à l'art. 827?

Si on admet avec nous que les art. 826, 832 sont applicables au partage d'ascendant, on doit admettre que l'art. 827 l'est également. L'art. 827 n'est que la déduction logique de la règle posée dans l'article précédent; on ne saurait les séparer; et la conséquence de l'application de l'un doit être l'application de l'autre. En effet, si les héritiers ont dans un partage d'ascendant le même droit que dans un partage

ordinaire, ce droit s'applique aussi bien à la licitation qu'à la répartition ; si chacun peut exiger sa part en nature, chacun peut aussi exiger, sinon sa part du bien impartageable, au moins, la faculté égale pour tous, d'acquérir le bien en enchérissant et d'en faire monter le prix en appelant les étrangers aux enchères. La dérogation à cette règle serait une violation de l'égalité, toute aussi grave que celle qui résulte de l'inobservation des art. 826, 832. — La doctrine contraire conduirait, d'ailleurs, à ce résultat exorbitant, qu'un des descendants pourrait se trouver contraint à acquérir un immeuble et à en payer le prix à ses cohéritiers quand ses ressources personnelles sont peut-être au-dessous d'une pareille obligation.

Cependant la Cour de cassation, et certains auteurs qui exigent si vivement l'application de l'art. 832, au partage d'ascendant, abandonnent ici leur principe sans aucun scrupule, et ils repoussent cet art. 827. On ne peut croire, disent-ils, que la voie du partage soit fermée à l'ascendant qui n'aura qu'un domaine, ou à l'ascendant qui, père de trois enfants, n'aurait que deux immeubles ; on ne peut croire que l'ascendant soit obligé de liciter lui-même ou de vendre à des étrangers les biens qu'il tient à transmettre à ses enfants. De tels résultats seraient trop contraires à l'intention du législateur. En accordant, par l'art. 1075, aux ascendants le droit de faire eux-mêmes le partage de leurs biens, il a dû leur donner les moyens nécessaires pour exercer ce droit par eux-mêmes, quelle que soit la nature de leurs biens. (Cass., 7 août 1860, Agen, 1^{er} juin 1864, 7 février 1865.) Cette objection n'a rien de concluant. La faculté accordée aux ascendants de partager leur succession, est renfermée dans la mesure du possible, et dans les limites de la légalité. Il arrive bien souvent que des obstacles de

fait s'opposent à l'exercice d'un droit; et pourtant cette circonstance n'a jamais été regardée comme autorisant la violation des règles. Le législateur exige la licitation des immeubles impartageables, parce qu'elle maintient l'égalité entre les descendants; l'attribution qu'on permettrait aux ascendants d'en faire n'aurait nullement cet avantage.

Dans le cas où le partage est fait par donation entre-vifs, nous admettons sans difficulté, que la licitation ne sera pas nécessaire. En acceptant le partage, les descendants ont renoncé au droit de l'exiger. Leur acceptation exclut l'application de l'art. 827, comme celle de l'art. 832. (Voyez MM. Colmet de Santerre, t. IV, n° 243 bis, XIX; Genty, p. 145.)

L'ascendant peut faire son partage sous toutes les modalités dont sont susceptibles les donations et les testaments. Ainsi il peut le faire purement et simplement, à terme ou sous condition, et en général, sous toutes les charges qu'un donateur ou un testateur ordinaire a le droit d'imposer à un donataire ou à un légataire.

Le terme inséré dans un partage entre-vifs a pour effet de retarder l'entrée en jouissance des descendants jusqu'à son arrivée. On ne comprendrait guère l'utilité d'un terme dans un partage testamentaire, où l'entrée en jouissance des descendants a toujours lieu à une époque fixe et invariable qui est l'ouverture de la succession.

Les conditions potestatives annulent le partage entre-vifs comme les donations (art. 944). Elles n'ont pas de raison d'être dans un partage testamentaire qui est révocable *ad nutum* jusqu'à la mort. Quant aux conditions impossibles, contraires aux lois et aux mœurs, elles sont réputées non

écrites dans les partages d'ascendants, comme dans les donations et les testaments.

Il arrive quelquefois qu'un ascendant pour assurer la stabilité de son partage, y insère une clause portant qu'il prive de la quotité disponible ceux de ses descendants qui attaqueront le partage. La validité de cette clause paraît bien certaine dans le cas où le partage n'étant entaché d'aucun vice, est attaqué par l'un des descendants. En pareil cas, il est tout-à-fait conforme à l'esprit de la loi, que la clause privative de la quotité disponible reçoive son exécution, car la crainte des descendants de se voir réduits à leur réserve, sera une précaution salutaire contre le mauvais vouloir et l'esprit de chicane qui trop souvent les porte à attaquer un partage sans motif sérieux. Mais on discute sur la validité de cette clause, lorsque le partage est vicieux. Il est bien certain qu'elle ne peut jamais avoir pour effet de priver les descendants du droit d'agir contre le partage. Le point controversé est celui de savoir, si la nullité du partage n'entraîne pas celle de la clause pénale, ou en d'autres termes, si un ascendant peut priver de la quotité disponible celui de ses descendants qui contestera, à bon droit, la validité du partage.

Dans une première opinion, on soutient que lorsque le partage est entaché d'une cause de nullité, la clause pénale est toujours nulle, et par suite ne peut être encourue par le descendant qui l'attaque. L'art. 900, dit-on, porte que dans toute disposition entre-vifs ou testamentaire, les conditions contraires aux lois ou aux mœurs sont réputées non écrites; or, la condition par laquelle l'ascendant essaie de contraindre ses descendants à respecter un partage qui n'est pas conforme aux prescriptions de la loi, est certainement une condition contraire aux lois. L'ascendant a donc commis un excès de

pouvoir. L'obligation principale qu'il a tenté d'imposer à ses enfants est nulle, et avec elle tombe du même coup la clause pénale accessoire qui était destinée à en assurer l'exécution (art. 1227). On ajoute que la clause pénale, si elle était valable, ne serait qu'un moyen pour l'ascendant d'éluder les prescriptions de la loi, et de sanctionner, en quelque sorte, les injustices flagrantes de son partage; que l'intérêt des enfants et le respect dû à la loi ne permettent pas que de tels résultats puissent impunément se produire (M. Genty, p. 170).

Cette interprétation nous paraît exagérée. On s'accorde généralement à considérer comme contraires aux lois et aux bonnes mœurs, les conditions qui tendent ou à prescrire une mauvaise action, ou à empêcher l'accomplissement d'un devoir, ou à gêner l'exercice d'une faculté d'ordre public. Ces caractères ne se rencontrent nullement dans l'obligation imposée à l'enfant de ne pas critiquer le partage sous peine d'être déchu de sa part dans la quotité disponible. L'exécution du partage est un fait parfaitement licite, même quand le partage est irrégulier; la disposition de la quotité disponible sur laquelle l'ascendant a un pouvoir absolu est un fait non moins licite. Loin d'avoir excédé ses pouvoirs, l'ascendant n'en a même pas usé complètement, car il pouvait priver purement et simplement ses enfants de la quotité disponible, et il s'est borné à les en priver conditionnellement, dans le cas où ils ne respecteraient pas sa volonté. C'est à l'enfant de choisir; il est placé dans cette alternative ou de se soumettre aux conditions du partage, ou de renoncer à la portion disponible. Cette alternative n'a rien de contraire à la loi, elle ne blesse que des intérêts privés, sur lesquels il est libre de transiger; elle doit recevoir son exécution.

Ajoutons que, la validité de la clause en question était admise sans contestation par nos anciens auteurs. Dumoulin conseille même d'employer cette voie pour opérer le partage des propres sans le consentement des descendants, dans les coutumes où ce consentement était exigé. Un arrêt du 23 août 1662, rapporté par Coquille, valide la disposition d'un frère qui donne à sa sœur la totalité de ses propres, quoique la coutume ne lui permette de disposer que du quart de ces biens, déclarant que, si ses autres héritiers attaquent sa disposition, il seront déchus de la totalité, au profit de cette même sœur. (Voyez en ce sens, Cass., 1^{er} mars 1830; 1^{er} mars 1831, 16 août 1843; — Poitiers, 20 février 1861, Dijon, 8 mars 1861.)

L'ascendant a le droit d'insérer dans son acte de partage, des dispositions étrangères, par exemple, des dons par préciput. Ces dispositions restent complètement indépendantes du partage, elles peuvent par conséquent sortir effet, lors même que le partage est annulé ou rescindé, et réciproquement être annulées, sans que le partage s'en trouve invalidé. Si un acte, contenant tout à la fois un partage entre-vifs, entre tous les descendants, et un préciput en faveur de l'un d'eux, n'est accepté que par l'enfant avantagé, la nullité résultant du défaut d'acceptation de la part des autres descendants, doit être restreinte au partage, et ne pas s'étendre au préciput.

Les dispositions insérées dans l'acte de partage, peuvent être de nature très-diverses, Ainsi un partage testamentaire peut contenir non-seulement des avantages préciputaires, mais encore des legs au profit des étrangers, la nomination d'un tuteur, à des enfants mineurs, ou d'un, ou de plusieurs exécuteurs testamentaires, etc. Le partage entre-vifs, qui est un acte entre-vifs, peut renfermer toutes les dispositions

dont sont susceptibles les actes de cette nature, par exemple, une donation à un étranger, une reconnaissance d'enfant naturel. (M. Genty, p. 183.)

CHAPITRE III

Effets des Partages d'Ascendants

Les effets des partages d'ascendants diffèrent, suivant qu'ils ont été faits par testament ou par donation entre-vifs. Nous les étudierons séparément dans chacune de ces deux hypothèses.

Effets du Partage testamentaire.

Le partage testamentaire participe nécessairement de la nature des dispositions de dernière volonté. Il ne produit aucun effet du vivant de son auteur. En conséquence, l'ascendant peut toujours le révoquer en tout ou en partie.

La révocation doit être faite suivant les règles prescrites aux art. 1035 et suivants. Elle peut être expresse ou tacite.

La révocation expresse résulte de la déclaration du changement de volonté, faite par le testateur, dans un nouveau testament, ou dans un acte notarié (art. 1035). Elle peut être totale ou partielle; mais on comprend qu'une révocation partielle puisse équivaloir à une révocation totale, lorsque les modifications portent sur des conditions essen-

tielles à la validité du partage. La révocation tacite pourra résulter d'un testament nouveau, qui, sans annuler expressément le partage, contiendrait des dispositions incompatibles avec son existence (Art. 1036).

Le partage d'ascendant serait aussi implicitement révoqué, par l'aliénation postérieure que ferait l'ascendant de tous les biens partagés. Mais on ne pourrait induire la révocation du partage de l'aliénation de quelques-uns des biens partagés; ce serait étendre la présomption de l'art. 1038, qui ne considère l'aliénation comme entraînant la révocation de la disposition testamentaire que relativement au bien aliéné.

Si les aliénations faites par l'ascendant de l'un ou de plusieurs des objets compris dans le partage ne le révoquent point, quel effet produiront ces aliénations, et en général, tout changement survenu dans l'état et la valeur des biens dont les différents lots sont formés, pendant l'intervalle qui s'est écoulé depuis la date du partage, jusqu'à la mort de l'ascendant? Il est évident que, si les changements survenus sont tels, qu'il en résulte, une cause de nullité ou de rescision du partage, les copartagés qui souffrent des changements, peuvent exercer les actions en nullité ou en rescision. Mais si malgré ces changements, le partage se trouve encore conforme aux règles prescrites par la loi, il doit être maintenu, sans aucun recours entre les copartagés. Il est, en effet, conforme aux principes de ne considérer la valeur des biens qu'au décès de l'ascendant, car ce n'est que pour cette époque qu'a été fait le partage. Cela amène l'application à notre matière de l'art. 1018. L'ascendant qui n'a pas rectifié ses dispositions, que les changements survenus dans la valeur respective des lots aient modifiées, a entendu les maintenir avec ces modifications. En accordant des

indemnités aux copartagés pour rétablir les proportions primitives, on ferait ce que l'ascendant n'a pas cru devoir faire lui-même, on rectifierait un partage, tandis que l'ascendant a jugé à propos de le laisser tel qu'il était; on agirait contrairement à la dernière volonté de l'ascendant.

Cette solution doit être appliquée aux changements qui proviennent du fait de l'ascendant, comme à ceux qui proviennent de cas fortuits. Le système contraire engendrerait des contradictions et des débats entre les copartagés, débats que le partage d'ascendant a pour but d'éviter. (Voir M. Requier, P. d'asc., n° 57.)

Quant aux acquisitions faites par l'ascendant depuis la confection du partage, elles tombent dans la masse indivise de la succession, et feront plus tard, entre les descendants, l'objet d'un partage supplémentaire, aux termes de l'article 1077. Cependant, si l'immeuble primitif, et les acquisitions postérieures, étaient enfermées dans un même enclos, cet indice suffirait pour faire présumer que l'ascendant a réellement entendu changer les proportions données par lui aux divers lots. (Argument de l'art. 1019.)

A la mort de l'ascendant, le partage testamentaire produit tous ses effets, et les biens partagés passent aux descendants auxquels ils sont attribués. Mais quels sont ces effets? Notre réponse, sur ce point, dépend entièrement du parti que nous prendrons sur la question de savoir, à quel titre les enfants recueillent leur apportionnement, et si leur vocation demeure légitime ou si elle devient testamentaire.

Le principe admis dans notre ancien droit, était que le partage testamentaire laissait aux descendants la qualité d'héritiers légitimes. « Les coutumes, dit Lebrun, ne laissent pas de considérer les enfants comme héritiers *ab intestato* ».

lot des parts et portions que leur père leur a léguées. • Le même principe doit être suivi aujourd'hui. • Il y a, dit Toullier, cette seule différence entre le cas d'un partage testamentaire et celui d'une succession *ab intestat*, que dans l'un le partage est fait avant, et dans l'autre après l'ouverture de la succession. • Cette théorie est en parfaite conformité avec la volonté de l'ascendant; celui-ci n'a entendu rien ajouter à la vocation de la loi, ni rien en retrancher; il a entendu la laisser subsister avec toutes ses conséquences, même en ce qui concerne les biens partagés, sauf qu'il a fait d'avance une opération qui n'aurait eu lieu qu'à sa mort, par le fait de ses descendants. Comment, d'ailleurs, expliquer que le partage soit nul pour omission d'un des héritiers, si ce n'est pas à titre héréditaire que les copartagés sont appelés? Si c'était comme légataire, l'héritier omis n'aurait qu'une action en réduction, tendant à se faire attribuer sa réserve; il n'aurait pas l'action en nullité de l'art. 1078.

De ce principe, que les descendants recueillent les biens composant leurs lots, non comme légataire, mais comme héritiers, résultent de nombreuses conséquences, que nous allons étudier.

Les descendants copartagés, au moment de l'ouverture de la succession, sont saisis de leurs lots; ils ne sont pas tenus de s'en demander respectivement la délivrance. Ils peuvent accepter purement et simplement ou sous bénéfice d'inventaire, ou enfin renoncer. (Art. 771-775.) Mais leur acceptation, ou leur renonciation portera sur le partage, en même temps que sur la succession, sans qu'ils puissent séparer l'un de l'autre. S'il en était autrement, les descendants auraient un moyen facile de rendre illusoire la faculté que la loi accorde à l'ascendant, de faire le partage de ses biens entre ses enfants. Les descendants ne peuvent pas non plus

répudier la succession, comme héritiers, et accepter comme légataires le lot qui leur a été fait par le testament de l'ascendant. Car, nous avons dit, que la vocation des enfants copartagés, n'était pas testamentaire. « Ainsi, disait Guy-Coquille, chacun prendra en qualité d'héritier, et s'il ne prend pas en cette qualité, il n'aura rien. »

Le partage testamentaire ne modifie, relativement aux dettes héréditaires, ni les obligations que le titre d'héritier impose aux descendants, ni les droits des créanciers.

Pour que les ascendants soient privés de leurs lots, il faut qu'ils se soient rendus coupables d'un des actes qui, aux termes de l'art. 727, entraînent l'exclusion pour indignité de la succession *ab intestat*. De simples faits d'ingratitude ne suffiraient pas (Art. 955-1046-1047). Le partage testamentaire n'est pas non plus révocable pour cause d'inexécution des charges, comme le serait une disposition testamentaire. L'inexécution des charges est une cause de révocation des legs (Art. 1046), mais ce n'est pas une cause qui puisse faire perdre la qualité d'héritier *ab intestat*.

Le partage testamentaire n'est pas considéré dans la personne des enfants, comme un juste titre susceptible de servir de fondement à la prescription (Art. 2255). Chacun des enfants continue, comme héritier, la même possession que son auteur.

Entre les enfants acceptants, le partage testamentaire produit les effets d'un partage fait après l'ouverture de la succession. Les copartagés sont tenus, en cas d'éviction, de l'obligation de garantir les uns envers les autres, comme en matière de partage ordinaire (Art. 884 et suivants). Ils ont, pour sûreté des actions en garantie et du paiement des soultes, le privilège que l'art. 2103 3^e accorde aux cohéritiers. Ce

privilège doit être inscrit dans les délais fixés par l'art. 2109 du C.-C., et par l'art. 6 (deuxième alinéa) de la loi du 23 mars 1855. Le point de départ de ce délai est le jour de l'ouverture de la succession, puisque c'est ce jour-là que le privilège prend naissance. Peu importe que les copartagés n'aient eu connaissance du testament contenant le partage que longtemps après la mort de l'ascendant (Cass. 7 août 1860).

L'art. 853 est applicable au partage d'ascendant comme à tout autre partage, chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession. On a dit que si le partage testamentaire était déclaratif, cela ne provenait pas d'une fiction, mais de la réalité des choses. Ce partage, a-t-on dit, empêche l'indivision de s'établir entre les descendants, ils n'ont donc jamais eu aucun droit sur la masse indivise de la succession ; celle-ci leur est échue toute partagée et chacun n'a pu avoir de droit que sur les biens compris dans son lot. Dès lors, en supposant que l'ascendant n'ait laissé que des immeubles, la soulté qu'il aurait attribuée, par son partage, à une femme commune en biens, ne peut lui rester propre et tombera comme acquêt dans la communauté. Cette doctrine ne nous paraît pas exacte. Si le partage testamentaire est considéré comme déclaratif, ce ne peut être qu'en vertu d'une fiction, comme pour le partage ordinaire. Le partage testamentaire est un acte de distribution qui suppose des droits préexistants, une indivision antérieure, et il faut bien que cette copropriété ait existé au moins un instant de raison ; comment pourrait-on expliquer, sans cela, l'obligation de garantie dont sont tenus les copartagés, leur privilège et leur action en rescision pour cause de lésion ?

Le partage testamentaire ne peut sortir les effets, que

nous venons d'indiquer, qu'à l'égard des descendants qui recueillent la succession. Ainsi, l'un des enfants est-il décédé avant l'ascendant sans laisser lui-même d'enfants, il est certain que ce lot deviendra caduque. Mais le partage sera-t-il maintenu à l'égard des survivants. Selon M. Troplong, t. IV, n° 2319, le partage tout entier est à refaire entre les enfants, car les éléments sur lesquels l'ascendant a opéré, n'étant pas ceux qui existent à l'époque de sa mort, le partage de la part caduque pourrait amener un morcellement fâcheux. Nous n'admettons pas cette doctrine. Si grave que puisse être le motif présenté par M. Troplong, nous ne pensons pas qu'il suffise à créer une cause de nullité non prévue par la loi. Il y aura simplement lieu, entre les enfants survivants, au partage des biens qui formaient le lot de l'enfant prédécédé, conformément à l'art. 1077.

L'enfant prédécédé a-t-il laissé une postérité, sa part loin de devenir caduque, se transmettra à ses enfants par la représentation. On nous objecte que la représentation n'est pas admise dans les dispositions testamentaires, et que l'art. 1039 est ici seul applicable. Cette objection serait fondée si la vocation des enfants était testamentaire. Mais nous avons vu que les copartagés n'étaient pas des légataires, qu'ils étaient des héritiers légitimes. Par suite, les descendants de l'enfant prédécédé doivent recueillir, par représentation, la part que l'enfant prédécédé aurait lui-même recueillie. L'art. 1039 est, d'ailleurs, spécial aux legs et n'a pas de raison d'être en matière de partage. Celui qui fait un legs est supposé avoir en vue uniquement la personne du légataire et non ses descendants; aussi, le légataire venant à prédécéder, le leg est caduc. Dans le partage, au contraire, l'ascendant a évidemment en vue, non-seulement ses enfants, mais encore leurs descendants, les uns comme les

autres faisant partie de la famille. Il est, dès lors, parfaitement légitime de supposer que son intention, en déterminant la part d'un de ses enfants, a été d'en gratifier les descendants de cet enfant, en cas de prédécès de celui-ci.

Les descendants qui renoncent à la succession, ne peuvent pas plus que les descendants prédécédés, recueillir la part qui leur est attribuée, car, ils n'y ont droit qu'en qualité d'héritiers, et ils perdent cette qualité par la renonciation. Il en est de même des descendants qui ont encouru une déclaration d'indignité. Les biens attribués aux renonçants et aux indignes restent dans la succession comme biens non partagés, lors même qu'ils laisseraient des enfants. Remarquons, en effet, qu'il ne peut être ici question de représentation, car on ne représente pas les personnes vivantes. (Art. 744.)

Lorsque les descendants, compris dans le partage testamentaire, sont tous prédécédés sans postérité, ou bien survivants, mais tous renonçants ou indignes, le partage est nécessairement caduc. Il en serait ainsi, même dans le cas où les renonçants et les indignes auraient des enfants. Ces derniers venant à la succession de leur aïeul, de leur chef et sans le secours de la représentation, le règlement fait par l'acte de partage leur serait complètement étranger.

Effets du Partage entre-vifs.

Le partage entre-vifs, à la différence du partage testamentaire, produit des effets du vivant même de l'ascendant. Cette circonstance exerce sur son caractère légal une in-

fluence que nous devons étudier. Nous distinguerons donc deux périodes dans les effets du partage entre-vifs, selon qu'ils se produisent du vivant de l'ascendant ou après son décès.

A. — DES EFFETS DU PARTAGE ENTRE-VIFS DU VIVANT DE L'ASCENDANT.

Les effets actuels du partage entre-vifs dépendent du caractère qu'on reconnaît à cet acte pendant la vie de l'ascendant. Nous devons donc prendre immédiatement parti sur ce point ; quel est, jusqu'à la mort de l'ascendant, le caractère du partage entre-vifs ? Sur cette question quatre systèmes ont été soutenus.

Le premier de ces systèmes considère le partage entre-vifs comme un partage de succession, dès l'instant même où il est fait. La succession est ouverte par anticipation, et les choses se passent, à ce moment, comme si l'ascendant était décédé. En conséquence, les actions en rescision ou nullité du partage s'ouvrent immédiatement. La quotité disponible et la réserve se déterminent d'après les biens compris au partage, et si, au jour du décès de l'ascendant, il existe d'autres biens à partager, ces biens composent une nouvelle succession qui donne lieu à une quotité disponible et à une réserve nouvelles. Ce système doit être rejeté. D'abord, il méconnaît le principe qu'il n'y a pas de succession pour un homme vivant. (*Nulla viventis hæreditas.*) De plus, il est inconciliable avec l'art. 1078, aux termes duquel le partage doit être fait entre tous les enfants, qui existeront à l'époque du décès. C'est donc à cette époque seulement que naît leur droit, et à cette époque seulement que

l'enfant omis pourra réclamer. Si la succession était considérée comme ouverte par le partage, ce serait le moment de cette ouverture qui devrait déterminer la capacité des héritiers, et permettre à l'héritier omis d'intenter l'action en nullité.

On dit dans un second système : sans doute un partage entre-vifs ne saurait être actuellement un partage de succession ; sans doute il constitue au moment de sa confection une libéralité, et en conséquence toute action qui impliquerait dans la personne des descendants la qualité d'héritier, telle que l'action en réduction, est ajournée jusqu'à l'époque où la succession s'ouvrira. Mais ce n'est pas tout, l'acte fait par l'ascendant est de son vivant, sinon un partage de succession, du moins un partage de choses communes. Par suite, les enfants, en qualité de donataires copartagés, peuvent, dès à présent, exercer les actions qui naissent de tout partage, telles que les actions en garantie et en rescision pour lésion. Cette théorie ne nous paraît pas admissible. Les donataires conjoints, n'ont sur les choses données, aucun droit antérieur, tout leur droit vient de la donation, et quand même, l'ascendant faisant son partage, aurait commencé par déclarer qu'il attribue collectivement ses biens à ses enfants, cette attribution collective, fut-elle expresse, se trouverait détruite par la distribution postérieure. Cette manière d'envisager l'acte, serait du reste tout-à-fait contraire à l'intention de l'ascendant, qui n'a voulu faire le partage de ses biens, qu'en vue de sa succession future. Les descendants ne peuvent donc être considérés comme copartagés qu'autant qu'ils sont héritiers.

Dans un troisième système on ne s'attache pas à déterminer d'une manière précise la nature du partage entre-vifs. On distingue seulement entre les actions qui tendent

à poursuivre l'exécution du partage, et celles qui tendent à en demander l'annulation. Les premières peuvent être exercées durant la vie de l'ascendant, tandis que les secondes ne peuvent l'être qu'après sa mort. Ainsi, l'action en garantie, serait donnée pendant la vie de l'ascendant, l'action en rescision pour lésion le serait seulement après son décès. Ces solutions nous paraissent contradictoires. Le partage entre-vifs a, du vivant de l'ascendant, le caractère de partage ou il ne l'a pas. Si c'est un partage, on doit à peine d'inconséquence, admettre qu'il engendre non-seulement l'obligation de garantie, mais aussi, qu'il est rescindable pour lésion. Si ce n'est pas un partage, il ne doit donner naissance, ni à l'action en rescision, ni à l'action en garantie. Mais il est difficile de concevoir qu'il puisse faire naître l'une et non pas l'autre.

Dans un quatrième système, qui est celui que nous adoptons, le partage entre-vifs a exclusivement pendant la vie de l'ascendant le caractère de donation; c'est seulement à la mort de l'ascendant, qu'il prend le caractère de partage de succession, à l'égard des enfants qui viennent à la succession, et qu'il ouvre, à leur profit, les actions attachées à la qualité, soit d'héritier, soit de copartagé. L'ascendant tant qu'il est vivant, est maître absolu de son patrimoine, il peut en disposer comme il l'entend; son droit n'a point de limites, et personne ne peut critiquer l'usage qu'il en fait. Par conséquent, s'il le distribue par acte entre-vifs entre ses enfants, l'acte ne peut être annulé, ou rescindé comme attentatoire aux droits des enfants, puisque ces droits n'existent pas encore. Mais à la mort de l'ascendant tout change; les enfants par l'ouverture de la succession, acquièrent des droits, en vertu de la loi, sur le patrimoine de l'ascendant, dès lors, ils peuvent se plaindre de ce que ces droits

ont été méconnus. En un mot, la donation entre-vifs, portant partage, offre un ensemble d'avancements d'hoirie ordinaires, et doit être régie par les principes qui gouvernent les donations ainsi faites. Or, les advancements d'hoirie ne constituent pas une hoirie présente et actuelle, ayant un effet immédiat à raison de ce caractère. Tant que vit le donateur, ils constituent une donation ordinaire, qui doit produire les mêmes effets que toute donation entre-vifs. Ce n'est que plus tard, si le donataire devient héritier, que les choses données en avancement d'hoirie entreront dans la liquidation de la succession, et devront être régies, entre les héritiers, comme choses héréditaires. Mais cette éventualité n'exerce actuellement aucune influence sur le caractère et les effets de la donation. Il doit en être de même dans l'hypothèse de la donation-partage. La circonstance que les choses sont données aux descendants qui sont éventuellement appelées à la succession, et à raison de leurs droits à cette succession, n'empêche pas qu'ils ne les acquièrent et ne les possèdent immédiatement à titre de donataires. C'est à ce quatrième système que se sont ralliées, depuis 1847, la Cour de cassation et la plupart des Cours d'appel. (Caen, 23 mars 1847, Lyon, 3 juin 1849, Bordeaux, 7 août 1854).

Le partage entre-vifs a donc, comme donation, du vivant de l'ascendant, un caractère d'actualité, indépendant de la valeur qu'il pourra avoir comme partage de succession. Il suffit qu'il soit valable, comme donation, pour qu'il puisse produire des effets à ce titre. Il nous reste, maintenant, à déduire les conséquences qui résultent de notre système.

1^o *Entre l'ascendant et ses descendants*, le partage constitue une donation entre-vifs soumise aux règles ordinaires. L'ascendant est, actuellement et irrévocablement, dépouillé de la propriété des biens par lui partagés; il doit en faire déli-

vranco immédiate aux enfants. Mais, à moins de clause contraire et sauf le cas exceptionnel, où l'attribution serait faite par contrat de mariage, il n'est tenu de l'obligation de garantie envers les descendants, qu'autant que les évictions proviendraient de son fait.

Les descendants, de leur côté, doivent exécuter les conditions de la libéralité, et s'abstenir de tout acte d'ingratitude, sous peine de révocation.

Le partage entre-vifs est révocable pour cause de survenance d'enfants. L'hypothèse d'un partage entre-vifs, révocable pour cause de survenance d'enfants, sera assez rare, puisque l'art. 960 n'accorde l'action en révocation, pour cette cause, qu'aux personnes qui n'avaient pas d'enfants, lors de la donation, et que le partage suppose l'existence d'enfants du disposant, au moment où il est fait. L'application, cependant, peut se présenter, quand un donateur, après avoir fait un partage entre plusieurs enfants adoptifs, devient père d'un enfant non adoptif. Dans cette hypothèse même, l'action en révocation ferait double emploi avec l'action en nullité du partage, pour omission d'un héritier existant au moment du décès (art. 1078); à moins qu'on ne suppose encore, que l'enfant né après le partage, est mort avant le décès de l'ascendant, espèce dans laquelle c'est l'art. 960, et non l'art. 1078, qui trouverait son application.

Les descendants sont-ils tenus de payer les dettes de l'ascendant? Il faut remarquer, d'abord, que les descendants donataires ne peuvent être tenus d'acquitter d'autres dettes que celles qui existaient au moment de la donation, ou qui seraient exprimées soit dans l'acte même, ou dans l'état qui y serait annexé (art. 945). La donation serait nulle, si l'ascendant imposait aux donataires l'obligation de payer ses

dettes présentes et futures, et sa nullité entraînerait celle du partage qui en a été la suite. Ce n'est là qu'une application de la maxime « *donner et retenir ne vaut*, » qui régit toutes les donations entre-vifs. Il est donc certain que l'ascendant a pu dans ces limites, et en vertu d'une clause du partage, imposer aux descendants l'obligation de payer ses dettes. Mais que faut-il décider lorsque l'acte ne fait aucune mention du passif? Les enfants seront-ils néanmoins tenus de plein droit des dettes, soit envers l'ascendant, soit envers les créanciers? Les rapports que le partage entre-vifs établit entre l'ascendant et les enfants sont, avons-nous dit, uniquement ceux que la donation entre-vifs établit entre le donateur et le donataire. Il s'agit donc de savoir si le donataire d'une quote-part des biens présents, ou de tous ces biens, est assujéti, de plein droit, au paiement des dettes du donateur. Il faut décider, en principe, qu'il n'y est pas assujéti. Les successeurs universels sont seuls tenus des dettes de leur auteur. Or, un donataire entre-vifs ne peut jamais être qu'un successeur à titre particulier. Pour succéder à titre universel, il faut recueillir, soit la totalité, soit la quote-part du patrimoine d'une personne, patrimoine qui comprend l'universalité des biens, tant présents qu'à venir (Art. 2092). Une transmission entre-vifs ne peut jamais être qu'un titre particulier, car elle n'a pour objet que les biens présents du donateur. Les descendants, successeurs à titre particulier, ne sauraient donc, en principe, être tenus du paiement des dettes, ni vis-à-vis des créanciers, ni vis-à-vis de l'ascendant donateur.

Nous pensons, cependant, que les descendants seraient tenus de dettes, vis-à-vis de l'ascendant, si celui-ci avait revêtu son partage d'une apparence d'universalité, ils en seraient tenus, dans ce cas, d'après la volonté présumée de

l'ascendant, comme en vertu d'une condition tacite de la donation. On doit raisonnablement conclure que, l'ascendant qui envisage la masse de ses biens présents, à un point de vue d'universalité, est censé par là même en déduire ses dettes actuelles. Il n'est pas à présumer, en effet, qu'il ait oublié ses créanciers, qu'il ait voulu rester seul obligé envers eux, en se privant des moyens de les payer, ou qu'en voulant les frauder, il se soit exposé à voir annuler son acte de partage; il a entendu que ses biens payassent ses dettes, au moins jusqu'à due concurrence. Ainsi donc, l'ascendant a-t-il partagé tous ses biens présents, son intention d'en déduire ses dettes actuelles peut être présumée. Cette présomption cesserait, si l'ascendant s'était réservé quelques biens, car il pourrait avoir eu l'intention de payer ses créanciers avec les biens réservés. Comment d'ailleurs, dans ce cas, déterminer la proportion dans laquelle les donataires devraient contribuer aux dettes, puisqu'il n'existe aucun moyen certain de connaître la valeur des biens ainsi conservés (M. Colmet de Santerre, n° 243 bis, V, et n° 87 bis, III).

2° *Entre l'ascendant et les tiers*, le partage entre-vifs est encore une donation. Mais à l'égard de ces derniers, le dessaisissement de l'ascendant n'a lieu que du jour où ont été accomplies les formalités prescrites par la loi pour la transmission des droits par donation. (Art. 939 et suivants; art. 1690 C. Civ.; art. 2, loi du 23 mars 1855.)

3° *Entre les enfants*, le partage entre-vifs produit les effets d'une donation. Avant l'ouverture de la succession, nous l'avons vu, les enfants sont à considérer comme des donataires. Jusqu'à-là, ils sont indépendants les uns des autres, ils n'ont ni droits ni obligations réciproques. Il n'y a donc lieu immédiatement à aucun rapport des avance-

ments d'hoirie que l'un des descendants aurait reçus antérieurement au partage, art. 857. Les actions en nullité ou en rescision ne sont pas encore ouvertes. L'action en garantie ne peut être exercée par le descendant évincé. La garantie est éventuelle, comme le caractère de partage de succession, réservé au partage entre-vifs. Il résulte de là que si, à la mort de l'ascendant, l'enfant, tenu de la garantie, renonce à la succession, le descendant évincé n'aura absolument rien. C'est, sans doute, là un grave inconvénient de notre système; mais cet inconvénient peut être facilement évité. Si la garantie réciproque n'est pas due avant le décès de l'ascendant, il n'en est pas moins loisible aux descendants de s'y engager par une clause expresse : c'est une convention qui n'a rien que de licite et qui lie les descendants en leur qualité seule de donataires, d'où il suit que, celui des descendants qui, plus tard, n'arriverait pas à la succession, resterait néanmoins tenu de l'obligation de garantie. Le privilège des copartageants n'appartient pas du vivant de l'ascendant aux descendants. Ces derniers ne sont pas encore des copartageants, et ne le deviendront peut-être jamais.

4^o *Entre les descendants et les tiers*, le partage entre-vifs ne produit translation de propriété que du jour où ont été accomplies les formalités prescrites par les art. 939, 1690, C. Civ. et art. 2, loi du 23 mars 1855. Les créanciers de l'ascendant, ont, contre le partage, l'action paulienne révocatoire de l'art. 1167, sans être obligés de prouver que les descendants ont été complices de la fraude. Le partage entre-vifs forme au profit des enfants la cause d'une possession nouvelle, distincte de la possession de l'ascendant, qui leur permet de prescrire par dix à vingt ans, s'ils sont de bonne foi, les biens compris dans le partage qui n'appartenaient

pas à l'ascendant, encore que celui-ci eût été possesseur de mauvaise foi.

Les descendants n'ont jamais eu de droit que sur les biens compris dans leurs lots. Ce résultat se produit naturellement, et sans le secours de la fiction de l'art. 883. Ces principes reçoivent notamment leur application à l'égard du conjoint du descendant. Les valeurs mobilières tombent dans la communauté, quelle que soit leur origine, même celles qui sont payées comme soultes de lots immobiliers. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait que ces valeurs fussent la représentation d'un droit préexistant et déjà ouvert sur les immeubles. Or, du vivant de l'ascendant, les descendants n'ont aucun droit de ce genre.

Le fisc est un tiers, mais un tiers dont les rapports avec les descendants sont régis par des lois spéciales.

Dans l'ancien droit, les démissions de biens et les donations entre-vifs en ligne directe étaient affranchies du droit de relief et traitées comme mutations après décès. Les lois fiscales du 22 Frimaire an VII (art. 69) et du 27 Ventôse an IX (art. 10) ne contenaient aucune disposition particulière sur la quotité du droit de mutation à percevoir sur les partages d'ascendants ; mais elles soumettaient les donations entre-vifs en ligne directe au droit de 1,25 0/0 pour les meubles, et au droit de 2,50 0/0 pour les immeubles, et on avait conclu du silence de la loi que, les partages d'ascendants entre-vifs, ayant le caractère d'une véritable donation, devaient donner lieu aux mêmes droits de mutation.

C'est seulement en 1824, qu'on s'occupa de créer, pour les partages d'ascendants, un tarif spécial. La commission chargée de l'examen du budget fit observer qu'une grande différence existait dans la loi entre les droits de mutation

par décès et ceux des donations entre-vifs en ligne directe, différence qui était une anomalie entre des mutations qui s'appliquaient aux mêmes biens et aux mêmes personnes. Il y a d'ailleurs intérêt à favoriser ce genre de disposition entre-vifs, qui, sans altérer l'ordre de succession, fait passer les biens dans des mains plus jeunes, facilite les établissements de mariage et de commerce, et tend à rendre l'aisance plus générale. Aussi, la commission proposait de réduire les droits de mutation, par donation entre-vifs en ligne directe, au taux fixé pour les mutations après décès (1 0/0). Mais, les besoins du Trésor s'opposaient à une réduction aussi importante. Tout en reconnaissant la justesse du principe, on en restreignit l'application aux dispositions qui, par leur généralité, se rapprochent le plus des mutations par décès, c'est-à-dire à celles qui sont comprises dans notre chapitre VII. L'art. 3 de la loi du 16 juin 1824 est ainsi conçu : « Le droit d'enregistrement, fixé, par les §§ 4 et 6 de la loi du 22 Frimaire an VII, pour les donations entre-vifs en ligne directe, à 1 fr. 25 pour 100 sur les biens meubles et à 2 fr. 50 sur les immeubles, est réduit, en ce qui concerne les donations, portant partage, faites par acte entre-vifs, conformément aux art. 1075 et 1076 du Code civil, par les père, mère et autres ascendants, entre leurs enfants et descendants, au droit de 25 c. par 100 sur les meubles et 1 fr. par 100 sur les immeubles, ainsi qu'il est réglé pour les successions. »

Il résulte de l'art. 3 de la loi de 1824, que les donations portant partage sont plus favorablement traitées que les donations entre-vifs ordinaires, qui restent soumises aux droits établis par la loi de l'an VII. Il résulte, du même article de la loi précitée, que les donations portant partage sont aussi mieux traitées que les successions *ab intestat*,

puisque celles-ci sont assujetties à un droit de 1 fr. sans distinguer entre les meubles et les immeubles. Mais la loi du 18 mai 1850 ayant décidé que, les transmissions de biens meubles à titre gratuit entre-vifs sont assujetties aux diverses quotités de droits établies pour les transmissions d'immeubles de la même espèce (Art. 10), les partages entre-vifs se trouvent aujourd'hui soumis aux mêmes droits de mutation que les successions *ab intestat*, 1 fr. par 100 fr. sur les meubles comme sur les immeubles.

Outre cette réduction du droit, la loi de 1824 accorde encore une autre faveur au partage d'ascendant fait par acte entre-vifs. La loi du 28 avril 1816 (Art. 54) exigeait que le droit de transcription, pour tous les actes soumis à cette formalité, fût perçu lors de l'enregistrement, et alors même que les parties ne feraient pas transcrire. L'art. 3, *in fine*, de la loi de 1824, décide que : « Le droit de 1 1/2 pour 100, ajouté au droit d'enregistrement par l'art. 54 de la loi du 28 avril 1816, ne sera perçu, pour lesdites donations, que lorsque la transcription en sera requise au bureau des hypothèques, » cette disposition équivaut souvent à la dispense de transcription. Par suite de la confiance que l'ascendant inspire à ses descendants, ceux-ci évitent les formalités et les frais de la transcription.

La loi de 1824 est une loi d'exception. Ses dispositions, toutes de faveur, ne doivent s'appliquer qu'aux actes qui réunissent exactement toutes les conditions indiquées par l'art. 3 de cette loi. Or, d'après l'art. 3, les dispositions que le législateur a entendu favoriser sont : « Les donations, contenant partage, faites par actes entre-vifs conformément aux articles 1075 et 1076 du Code civil. » Le droit ordinaire des donations entre-vifs devra donc être perçu, sur le préciput constitué à l'un des enfants dans le partage; sur les avan-

cements d'hoirie constitués en faveur de quelques-uns des enfants seulement, dispositions qui n'ont pas le caractère de généralité du partage. La loi de 1824 est encore sans application à l'abandon, même de tous les biens, au profit d'un fils unique. (Instr. de la régie, 10 décembre 1824; cass. 13 août 1838.) La même solution doit être donnée, lorsque l'abandon est fait sans distribution, en faveur de tous les héritiers. La jurisprudence cependant s'est prononcée dans ce dernier cas, en sens contraire; cass. 26 avril 1836. (Cet arrêt a été rendu à l'occasion de la donation du 7 août 1830, faite par le duc d'Orléans à ses enfants.) Le partage anticipé fait par un aïeul entre ses petits-enfants, du vivant de leur père et mère, ne jouit pas non plus de la réduction des droits accordée par la loi de 1824, car le partage d'ascendant doit être fait entre les enfants héritiers présomptifs. (Cass. 12 mars 1849.)

Lorsque le partage contient une cause de nullité ou de rescision, il n'appartient pas à la régie d'exciper de ce vice pour contester le caractère de l'acte et réclamer les droits ordinaires de donations. Ces causes de nullité ne sont instituées que dans l'intérêt des héritiers. (Cass. 26 avril 1836.)

La perception du droit de soulte, dans les partages d'ascendants, donnait lieu, avant la loi du 18 mai 1850, à de vives discussions. La loi du 22 Frimaire an VII admet le principe du Code civil que le partage est déclaratif, art. 883, lorsque le partage est fait sans soulte, mais elle abandonne ce principe du moment où il y a soulte. Ainsi, tandis que l'art. 68, § 3, n. 2, de la loi de Frimaire, établit un droit fixe de 5 fr. sur le partage en nature, l'art. 69 de la même loi, prévoyant le cas d'un partage avec soulte, frappe les biens qui en sont grevés d'un droit proportionnel égal à celui que ce même article a établi sur les ventes (2 % sur les meubles,

4 % sur les immeubles, art. 69, § 5, n^{os} 6 et 7, § 7, n^{os} 4 et 5.) La question qui s'agitait, avant la loi de 1850, était celle de savoir, si les soultes établies par les partages d'ascendants devaient donner lieu aussi au droit proportionnel. Il semble, avec raison, que le droit proportionnel de vente ne devrait pas être appliqué aux soultes des partages d'ascendants. En effet, il n'y a pas de mutation du créancier de la soultte au débiteur. Les descendants reçoivent directement tous les biens placés dans leurs lots de l'ascendant. Cette doctrine avait été consacrée par la jurisprudence, lorsque la loi du 18 mai 1850 est venu trancher la question dans le sens de la perception du droit proportionnel. L'art. 5 de cette loi est ainsi conçu : « Conformément à l'art. 3 de la loi du 16 juin 1824 ; les donations portant partage, faites par acte entre-vifs par les père et mère ou autres ascendants, ne donneront ouverture qu'aux droits établis pour les successions en ligne directe ; mais les règles de perception, concernant les soultes de partage, leur seront applicables, ainsi qu'aux partages testamentaires également autorisés par les art. 1075 et 1076 du C. civ. »

**B. DES EFFETS DU PARTAGE ENTRE-VIFS APRÈS LE DÉCÈS
DE L'ASCENDANT**

Au moment du décès de l'ascendant, le partage entre-vifs change de caractère et se transforme en partage de succession. Les descendants ne sont plus seulement des donataires, ils deviennent des héritiers copartagés. Toutefois, ce résultat n'est pas absolu et nécessaire, et ici encore il importe de distinguer les différents effets du partage, d'après les différentes situations des parties intéressées.

Entre les enfants qui viennent à la succession, le partage

entre-vifs produit, à la mort de l'ascendant, les effets d'un partage de succession. Dès lors, s'ouvrent entre eux tous les droits et actions attachés à l'acte comme partage, nullités, rescissions, garantie, privilège. Les enfants sont obligés de payer les dettes de l'ascendant, non en vertu du partage, mais uniquement en leur qualité d'héritiers ; aussi en sont-ils tenus en proportion de leurs parts héréditaires, et non de la valeur des biens composant leurs lots.

Toutefois, si entre les enfants le partage entre-vifs produit à la mort de l'ascendant les effets du partage, ce n'est pas à dire pour cela que leur titre de donataires disparaisse complètement. Ainsi, les actions en nullité ou en révocation de la donation, qui appartenaient à l'ascendant en sa qualité de donateur contre un de ses enfants, pourront être exercées, de son chef, par les autres enfants. Ainsi, encore, les enfants ne sont pas soumis au rapport des biens compris dans leurs lots. Le partage d'ascendant contient une dispense de rapport, puisque, s'il en était autrement, on devrait procéder à un nouveau partage des biens rapportés, et que par ce fait, l'opération de l'ascendant serait détruite.

Il est donc certain que les biens partagés ne sont pas assujettis au rapport réel. Mais ne doivent-ils pas au moins être réunis fictivement à la masse pour le calcul de la quotité disponible ? Cette proposition a été contestée. On a prétendu qu'il fallait calculer la quotité disponible exclusivement sur les biens laissés indivis dans la succession. Cette doctrine aurait de singulières conséquences. Supposons, en effet, qu'un père, ayant trois enfants, fasse entre eux le partage de ses immeubles évalués 30,000 fr. Plus tard, il donne à son fils aîné, une somme de 5,000 fr. par préciput, et à son décès, il laisse une autre somme de 5,000 fr. en argent ou créances. Si les biens compris dans le partage ne

doivent pas être comptés pour le calcul de la quotité disponible, on réunira fictivement les 5,000 fr. du préciput, aux 5,000 fr. laissés par l'ascendant. La quotité disponible sera, en conséquence, le quart de 10,000 fr., c'est-à-dire, 2,500 fr., et c'est à ce dernier chiffre que le préciput devra être réduit. Voilà donc un père qui laisse, en réalité, une fortune de 40,000 fr., et qui n'a pu cependant disposer par préciput que d'une somme de 2,500 fr.; voilà des enfants qui, après avoir reçu de leur père, chacun 10,000 fr., par conséquent, leur réserve entière, trouvent encore dans la succession, 5,000 fr. à partager entre eux, et qui pourront, cependant, demander la réduction de la donation faite à leur frère, bien que cette libéralité ne dépasse pas le huitième de la fortune paternelle. Ces conséquences suffiraient pour démontrer le vice de cette doctrine. Elle a été néanmoins accueillie par plusieurs arrêts (Req. rej., 4 février 1845, Rouen, 25 avril 1853). Le partage entre-vifs, a-t-on dit, ouvre par anticipation la succession de l'ascendant, les biens partagés forment une succession tout à fait distincte de celle qui s'ouvrira à la mort de l'ascendant. A chacune de ces successions, correspond une quotité disponible distincte. Obliger les copartagés au rapport fictif, ce serait porter atteinte au principe de l'irrévocabilité du partage entre-vifs. D'ailleurs l'art. 922, qui prescrit le rapport fictif des biens donnés, ne parle pas des biens partagés entre-vifs, et rien ne prouve que le législateur ait entendu assimiler ces derniers aux premiers.

Nous avons déjà répondu à la première partie de cette argumentation, lorsque nous avons essayé de démontrer le caractère du partage entre-vifs. Il ne peut être question d'ouverture anticipée de la succession de l'ascendant, car il n'y a pas de succession pour un homme vivant, art. 718.

Argumentera-t-on de l'irrévocabilité du partage entre-vifs? Sans doute, le partage entre-vifs est irrévocable, mais il ne l'est ni plus ni moins qu'une donation ordinaire. Le seul et unique effet de cette irrévocabilité, c'est que l'ascendant n'a pas plus la faculté de reprendre les biens dont il s'est dessaisi par voie de partage, qu'il n'aurait celle de reprendre à son caprice les biens donnés isolément. Mais, la réunion fictive dont parle l'art. 922, n'a aucun rapport avec une révocation. C'est là tout simplement une opération arithmétique, qui laisse le donataire propriétaire paisible de ce qu'il a reçu. On ne peut pas non plus tirer un argument de ce que l'art. 922, parle expressément des biens donnés, entre-vifs, et ne mentionne pas les biens partagés. Le silence de l'art. 922, à l'égard de ces derniers biens, s'explique facilement. Les biens partagés étant certainement des biens donnés entre-vifs, l'art. 922 n'avait pas à les mentionner spécialement pour qu'ils fussent soumis au rapport fictif.

La Cour de cassation, après d'assez longues hésitations, s'est prononcée pour le rapport fictif des biens partagés. (Cass. req. rej., 13 févr. 1860, 31 déc. 1862.) La plupart de nos Cours d'appel se sont ralliées à cette jurisprudence. (Bordeaux, 7 juillet 1863; Douai, 12 février 1857.)

Nous avons dit que le partage entre-vifs produisait à la mort de l'ascendant, les effets d'un partage de succession, entre les enfants qui venaient à la succession. Nous devons maintenant examiner les effets que peut entraîner soit le prédécès, soit la renonciation, soit l'indignité des enfants.

Lorsqu'un descendant prédécède sans postérité, le partage entre-vifs n'a pu prendre à son égard le caractère de partage de succession. Le descendant prédécédé n'a jamais été qu'un simple donataire, et comme tel, il a transmis à son

décès les biens qui lui avaient été attribués, à ses héritiers. Le plus souvent, ces biens sont rentrés dans le patrimoine de l'ascendant, en vertu de son droit de retour successoral. (Art. 747.)

Quand l'enfant prédécédé laisse lui-même des descendants, ces derniers ne peuvent pas prétendre que le partage est nul, parce qu'ils n'y ont pas été compris. Ils ont, en effet, reçu un lot dans la personne de leur père, qu'ils représentent (Art. 739). Par conséquent, ils prennent, dans leurs rapports avec les autres copartagés survivants, la place qu'eût occupé leur père, ils succèdent à tous ses droits et à toutes ses obligations. Ces solutions vont d'elles-mêmes, lorsque les représentants ont accepté la succession du représenté; mais elles doivent être données même dans l'hypothèse où les représentants, après avoir renoncé à la succession du représenté, acceptent celle de l'ascendant, leur aïeul, comme l'art. 744 leur en donne le droit. Cette situation, on ne peut s'empêcher de le reconnaître, amène de singuliers résultats. Ainsi, les représentants, qui ont répudié la succession du représenté, pourront exercer une action en garantie pour l'éviction soufferte par cette succession, dont ils n'ont pas voulu, et obtenir une indemnité pour la perte d'un bien auquel ils n'ont jamais eu droit. Réciproquement, les représentants pourront être tenus d'indemniser leurs cohéritiers à raison de troubles et évictions survenus dans les objets partagés, et de supporter les charges d'un partage auquel ils sont complètement étrangers et dont ils ne peuvent recueillir le bénéfice. Ces résultats, toutefois, quelque singuliers qu'ils puissent paraître, sont inévitables. En effet, les représentants, étant héritiers, doivent, pour la liquidation de succession, être traités activement et passivement dans leurs rapports avec leurs cohéritiers comme l'eût été le repré-

senté. Or, le représenté, s'il était devenu héritier, aurait eu les droits, et se serait trouvé soumis aux obligations attachées à cette qualité, et notamment, il aurait eu le droit de se faire indemniser des troubles et évictions survenues dans son lot, de même qu'il aurait été tenu de l'obligation réciproque d'indemniser ses cohéritiers à raison des mêmes causes. Donc, les représentants doivent également avoir ces droits et ces obligations ; autrement la condition des représentants serait, vis-à-vis de leurs cohéritiers, différente de celle qu'aurait eue le représenté ; ce que ne permettent pas les principes de la représentation.

Pour les descendants qui renoncent à la succession, le partage entre-vifs conserve exclusivement le caractère de donation. Aussi ne sont-ils pas soumis aux actions, résultant du partage, mais aux charges et conditions imposées à la donation, qui peut être réduite, si elle excède la quotité disponible.

L'exclusion des enfants pour indignité produit les mêmes effets que la renonciation. L'indigne conserve sa qualité de donataire entre-vifs, et peut retenir jusqu'à concurrence de la quotité disponible, les biens qui lui ont été attribués. Mais, comme les faits qui constituent l'indignité, constituent à plus forte raison l'ingratitude, il arrivera généralement que l'indigne perdra même son titre de donataire, à moins que l'action d'ingratitude ne puisse plus être intentée dans les délais utiles (Art. 957).

Si l'un des enfants, avait été déclaré déchu de la donation pour ingratitude, il ne serait pas admis comme héritier à exciper de cette déchéance, pour demander la nullité du partage, dans lequel il se trouverait, parce fait même, n'avoir plus de part ; *nemo auditur turpitudinem suam allegans*.

Mais les cohéritiers de l'ingrat ne pourraient scinder l'effet de l'acte contre lui. C'est à eux de choisir : il faut ou qu'ils acceptent le partage en respectant la part de l'ingrat, ou qu'ils admettent la nullité du partage, et dès lors la nécessité d'un second partage où l'ingrat soit apportonné comme héritier.

Entre les descendants et les tiers, le partage entre-vifs conserve le caractère qu'il avait pendant la vie de l'ascendant, il est toujours considéré comme donation. En conséquence : les biens partagés ne forment pas le gage des créanciers de l'ascendant, si les enfants se portent héritiers bénéficiaires : les descendants continuent de prescrire en vertu de l'acte de donation, les biens partagés qui n'appartiendraient pas à l'ascendant : les legs qui auraient été faits par l'ascendant ne peuvent s'exécuter sur les biens partagés, même dans les limites de la quotité disponible. Le légataire a seulement, le droit d'exiger que les biens partagés soient fictivement réunis aux biens de la succession, pour le calcul de la quotité disponible et de la réserve (Art. 922).

CHAPITRE IV

Des différentes actions qui sont ouvertes contre les Partages d'Ascendants.

Parmi les causes qui peuvent vicier les partages d'ascendants, les unes sont de droit commun, les autres sont spéciales à ce genre de partage.

D'après le droit commun, un partage d'ascendant peut

être annulé, soit pour incapacité, soit pour vice du consentement des parties ou de l'une d'elles, soit pour vice de formes de l'acte par lequel il aurait été fait. Il suffit sur ce point de se référer aux règles générales du Code. Observons cependant que tout en appliquant au partage d'ascendant les causes de nullité des donations et des testaments, il faut encore distinguer entre celles qui ne portent que sur l'apportionnement isolé de l'un des héritiers, et celles qui frappent l'acte dans son ensemble. Ces dernières seules doivent être rangées parmi les nullités du partage.

Les règles que la loi semble désigner comme spéciales aux partages d'ascendants, sont expressément mentionnées dans le chapitre où elle traite de ces partages. Elles sont au nombre de trois : 1^o l'art. 1078 porte que, si le partage n'est pas fait entre tous les enfants qui existeront à l'époque du décès de l'ascendant et les descendants de ceux précédés, le partage sera nul pour le tout; 2^o l'art. 1079 porte que, le partage fait par l'ascendant pourra être attaqué, pour cause de lésion de plus du quart; 3^o qu'il pourra l'être aussi, dans le cas où il résulterait du partage et des dispositions faites par préciput, que l'un des copartagés aurait un avantage plus grand que la loi ne le permet. Parmi ces règles, les deux premières, la nullité pour omission, et la rescision pour lésion, sont communes à tous les partages, la troisième seule, est réellement spéciale aux partages d'ascendants. Mais elles ont entre elles ce caractère commun, qu'elles sont instituées exclusivement dans l'intérêt des enfants, et que l'ascendant ne serait pas admis à s'en prévaloir pour attaquer son propre partage.

Nous étudierons la nature et le fondement des actions auxquelles les art. 1078 et 1079 donnent naissance; le point de départ de ces actions, leur durée, les fins de non-recevoir

qu'on peut leur opposer, les effets qu'elles entraînent, enfin, les conditions d'exercice auxquelles elles sont soumises.

Nullité pour omission, art. 1078. • Si le partage n'est pas fait entre tous les enfants qui existeront à l'époque du décès et les descendants de ceux prédécédés, le partage sera nul pour le tout. Il en pourra être provoqué un nouveau dans la forme légale, soit par les enfants ou descendants qui n'y auront reçu aucune part, soit même par ceux entre qui le partage aurait été fait. • Cette cause de nullité du partage d'ascendant est fondée sur le principe qu'un partage n'est pas valable, s'il n'est fait entre tous les ayant-droit. Aussi ne peut-elle être invoquée qu'après le décès de l'ascendant, parce que jusque-là aucun des copartagés n'a un droit acquis à la succession.

Pour apprécier si un partage d'ascendant comprend tous les enfants, c'est au moment du décès de l'ascendant qu'on doit se placer. • Le partage, dit l'art. 1078, sera nul, s'il n'a été fait entre tous les enfants qui existeront à l'époque du décès. • Peu importe, en effet, que l'un des enfants ait été omis, s'il est décédé sans postérité avant l'auteur du partage. Cet enfant n'a jamais eu aucun droit à la succession de l'ascendant, son omission ne peut donc pas vicier le partage. La loi s'en explique formellement à l'égard de l'enfant prédécédé, mais il y a identité de raison en ce qui concerne le renonçant ou l'indigne. Le renonçant n'a jamais été héritier, l'indigne a cessé de l'être; si un partage était à faire, ni l'un ni l'autre n'y seraient appelés. Comment, dès lors, leur omission pourrait-elle vicier celui qu'a fait l'ascendant? Ces mots de l'art. 1078, • entre tous les enfants qui existe-

ront au décès, » doivent être entendus en ce sens, que le partage sera nul s'il n'a pas été fait entre tous les enfants qui doivent prendre part à la succession.

Nous pensons qu'à l'omission équivaut un apportionnement erroné et non conforme aux droits héréditaires de l'un ou de plusieurs des descendants. Ainsi, il y aurait nullité, si des descendants qui doivent venir par tête étaient apportionnés par souche, ou *vice versa*. L'art. 1078 n'est que l'application des principes généraux, et il est de règle dans les partages de succession que la division des biens soit faite en raison des droits héréditaires de chacun.

Le partage, dans lequel un des enfants est omis, est nul pour le tout et pour tous. Ce n'est pas seulement l'héritier omis qui peut provoquer un nouveau partage, mais chacun des héritiers apportionnés. Ce droit de provoquer un nouveau partage peut être exercé sans qu'il soit besoin de demander préalablement la nullité du premier, puisque celui-ci n'existe réellement pas. Il n'y a pas même lieu de distinguer entre l'héritier omis qui, tout le monde le reconnaît, peut *de plano* demander un nouveau partage, et l'héritier apportionné qui, suivant MM. Duranton, Aubry et Rau, serait astreint préalablement à faire prononcer la nullité. L'art. 1078 place tous les enfants sur la même ligne, et, à l'égard des uns et des autres, décide que le partage sera nul pour le tout.

Rescision pour lésion, art. 1079 : « Le partage fait par l'ascendant pourra être attaqué pour cause de lésion de plus du quart... » Notre article ne qualifie pas l'action par laquelle un partage d'ascendant peut être attaqué pour cause de lésion de plus du quart. Mais cette action est la même que celle

dont la nature et les effets sont précisés par les art. 887 et suivants, elle est une action en rescision.

Cette action est fondée sur le principe d'égalité qui doit dominer les partages d'ascendants comme les autres partages. Le législateur, en laissant à l'ascendant cette latitude du quart, n'a pas eu pour but de lui ouvrir une voie détournée pour avantager un de ses enfants, car cette latitude est la même pour le partage amiable ou judiciaire dans lequel la pensée d'un avantage ne peut se présenter; il a entendu imposer une limitation aux inégalités que rendent à peu près inévitables, dans un partage, les erreurs d'appréciation.

L'action en rescision pour lésion est purement relative; elle n'appartient qu'à celui qui a subi une lésion de plus du quart. Tout autre descendant n'y a aucun droit.

L'estimation de la lésion porte uniquement sur les biens distribués entre ceux des descendants qui sont héritiers. Il faut donc en exclure et les biens donnés à des étrangers, et les biens donnés à un descendant qui n'est pas héritier au jour du décès. Il résulte de ce principe, qu'un descendant peut ne pas avoir sa réserve, et n'avoir pourtant pas le droit d'attaquer le partage pour cause de lésion. A l'inverse, un descendant peut obtenir sa réserve et plus, et avoir cependant le droit d'attaquer le partage pour cause de lésion. Ainsi, un ascendant, ayant une fortune de 60,000 fr., laisse deux enfants. Après avoir donné à un étranger sa quotité disponible qui est de 20,000 fr., il partage ses biens entre ses enfants; à l'un, il attribue un lot d'une valeur de 21,000 francs, à l'autre, un lot d'une valeur de 19,000 fr. Ce dernier n'a pas sa réserve (20,000), et cependant, comme il n'éprouve qu'une lésion d'un vingtième, il n'a pas le droit d'attaquer le partage. Supposons maintenant que l'ascen-

dant, partageant sa fortune de 60,000 fr. entre ses enfants, ait attribué à l'un, un lot de 38,000 fr., et à l'autre un lot de 22,000 fr. Ce dernier a plus que sa réserve, mais il n'a pas les trois quarts de sa part dans les biens partagés, soit 22,500 fr. : il pourra attaquer le partage.

Le même mode de calcul, pour estimer la lésion, devrait encore être suivi, si la quotité disponible au lieu d'avoir été donnée à un étranger, avait été donnée à l'un des enfants par préciput. C'est, en effet, comme partagés que les enfants peuvent demander la rescision pour cause de lésion. Par suite, il est naturel que, pour apprécier s'ils ont été lésés et quelle est l'étendue de leur lésion, on ne tienne compte que des biens qu'ils ont reçus en cette qualité. Ainsi, par exemple, un père ayant deux enfants et 24,000 fr. de fortune, donne à l'un d'eux, par préciput, la quotité disponible, 8 sur 24; ensuite, dans son partage, il attribue un lot d'une valeur de 11,000 fr. à l'enfant qui n'a rien reçu, et un lot de 5,000 fr. à l'autre. En réalité, ce dernier a 13,000 fr., et cependant il pourra se plaindre, parce que sur la masse à partager, qui était de 16,000 fr., il n'a pas reçu les trois quarts de ce qui devait lui revenir, soit 6,000 fr.

Dans la solution qui précède, nous avons supposé que la donation précipitaire, de la quotité disponible, avait été faite antérieurement au partage, par un acte irrévocable, à l'enfant qui se plaignait d'avoir été lésé de plus du quart. Mais, la même solution devrait-elle être maintenue, dans le cas où la donation précipitaire aurait été faite par le même acte que le partage ou par un acte postérieur? Cette seconde hypothèse est certainement plus délicate que la première. On peut dire que si l'ascendant a donné par préciput la quotité disponible à l'enfant qui se trouve lésé de plus du quart par le partage, c'est qu'il a voulu rétablir l'équilibre dans

ses dispositions, et faire disparaître l'action en rescision. Aussi, nous pensons que les tribunaux resteraient, dans cette hypothèse, maîtres d'apprécier les circonstances, et de refuser la rescision, s'il résultait des termes de la libéralité faite par préciput à l'enfant lésé dans le partage, que l'ascendant s'est précisément proposé de réparer une injustice ou une erreur.

L'enfant naturel peut et doit être compris dans un partage d'ascendant. Ses copartagés n'ont-ils le droit d'agir contre lui qu'autant qu'ils ont éprouvé une lésion de plus du quart; ou bien, peuvent-ils demander la réduction du lot attribué à l'enfant naturel, en soutenant que la valeur reçue par cet enfant est supérieure à ses droits dans la succession de ses parents? Certains auteurs ont soutenu que l'acte ne peut avoir à l'égard de l'enfant naturel, que le caractère simple d'une donation à titre gratuit, qu'en lui attribuant le caractère et les effets du partage, on donnerait ainsi aux père et mère naturels un moyen facile d'avantager indirectement leurs enfants et d'enfreindre la prohibition formelle de la loi. D'où ces auteurs ont conclu que la disposition faite au profit de l'enfant naturel sera réductible, si elle excède les droits que la loi lui accorde. — Cette opinion est inadmissible. Si les enfants naturels peuvent et doivent être compris dans le partage fait par leurs père et mère, c'est en vertu des art. 1075 et suiv., dès lors il faut leur appliquer les dispositions de ces articles. Or, d'après l'art. 1079, toute inégalité qui n'a pas pour effet de léser un descendant de plus du quart, n'est pas prise en considération, elle est considérée comme un accident de l'opération de l'ascendant, et non comme une libéralité préciputaire ordinaire.

Au contraire, si le partage d'ascendant comprend un légataire universel ou à titre universel, il ne peut être considéré, quant à ce légataire, dans ses rapports avec les enfants, que comme un simple legs, auquel ne s'appliquent

pas les principes du partage. Par conséquent, le légataire ne serait pas fondé à demander la rescision du partage pour lésion ; et de leur côté, les enfants n'auraient contre lui que l'action en réduction pour atteinte à leur réserve, et non l'action en rescision pour lésion.

Dans le cas, où l'ascendant a fait de ses biens plusieurs partages partiels et successifs, l'action en rescision pour lésion pourrait-elle être formée contre un de ces actes séparément, ou ne serait-elle admise qu'en contre tous ces actes réunis, et sous la condition, par conséquent, que le demandeur aurait éprouvé une lésion de plus du quart sur l'ensemble des biens partagés ? Nous pensons que la lésion doit s'apprécier sur l'ensemble des biens qui ont été l'objet de ces opérations successives. Autrement, on arriverait, dans certains cas, à prononcer des rescisions de partages pour des lésions qui n'auraient rien de réel. Le préjudice qu'un premier partage a causé à l'un des enfants a peut-être été compensé par un avantage qu'il aurait recueilli dans les autres. Cette solution se justifie d'elle-même lorsqu'il s'agit de partages testamentaires, parce qu'ils produisent tous effet au même moment, au décès de l'ascendant. La même solution doit être appliquée aux partages entre-vifs. Sans doute, d'après la doctrine qui considère le partage entre-vifs, comme formant, relativement aux biens qui s'y trouvent compris, une succession déjà ouverte, indépendante de celle qui s'ouvrira au décès, le partage partiel devrait être apprécié isolément, sous le rapport de la lésion, comme sous les autres rapports ; mais nous avons admis que ce n'est qu'au décès de l'ascendant que le partage entre-vifs prend le caractère d'un partage de succession. Nous sommes, dès lors, naturellement amenés à décider, que c'est eu égard à la valeur totale des biens compris dans les différents partages partiels, que doit s'apprécier la lésion.

Réduction pour avantage excessif — Art. 1079. « Le partage fait par l'ascendant pourra être attaqué... aussi dans le cas où il résulterait du partage et des dispositions faites par préciput, que l'un des copartagés aurait un avantage plus grand que la loi ne permet. »

L'avantage plus grand que la loi ne le permet, est celui, dont le chiffre dépasserait le total de la portion disponible, jointe à la part héréditaire de l'enfant avantagé. Ainsi, un ascendant ayant quatre enfants, et une fortune de 80,000 fr., donne d'abord à l'un d'eux par préciput, la quotité disponible 20,000 fr., puis dans le partage des 60,000 fr. qui lui restent, il attribue un lot de 16,000 fr. au donataire par préciput. Ce partage est vicieux, d'après l'art. 1079, quoique la plus-value du lot attribué au donataire de la quotité disponible, soit inférieure au quart. Il devrait en être autrement, d'après les principes; car les inégalités du partage inférieures au quart, ne sont pas considérées comme des avantages indirects, mais plutôt comme le résultat d'une erreur d'appréciation de la valeur des biens. Mais le législateur a été frappé de cette double circonstance que le même enfant qui avait été avantagé directement de la quotité disponible par préciput, se trouvait aussi avantagé indirectement par le résultat du partage; il a vu dans ce rapprochement non pas tant une erreur d'estimation, qu'une combinaison méditée, qui témoignait la partialité de l'ascendant, et par laquelle, il avait voulu avantager au delà des limites de la quotité disponible, son enfant de prédilection. L'art. 1079 2^e a pour objet d'empêcher une pareille atteinte à la réserve des autres enfants.

Pour que le partage puisse être attaqué en vertu de la disposition finale de l'art. 1079, il faut, que l'avantage qui porte atteinte à la réserve, ait été fait à l'enfant donataire

par préciput. Si celui-ci n'avait reçu dans le partage que la part qui devait lui revenir, les autres enfants ne pourraient se plaindre qu'autant qu'ils auraient éprouvé une lésion de plus du quart. Supposons qu'un père ayant 80,000 fr. de fortune, a donné à l'aîné la quotité disponible (20,000 fr.), et qu'il fasse plus tard le partage des biens qui lui restent. S'il attribue à l'un des puînés, 18,000, et à chacun des autres, ainsi qu'à l'aîné, un lot de 14,000, au lieu de 15,000 qui leur étaient dus, le partage ne pourra pas être attaqué en vertu du 2^e alinéa de l'art. 1079, puisque le préciputaire, loin d'être avantagé, n'a pas même reçu sa part toute entière dans la réserve. Il ne pourra non plus être attaqué en vertu du 1^{er} alinéa, puisqu'aucun des copartagés n'a été lésé de plus du quart. C'est seulement l'avantage fait à l'enfant donataire par préciput de la quotité disponible, que la loi a frappé d'une suspicion légale.

L'art. 1079, dans sa seconde disposition comme dans la première, permet d'attaquer le partage sans qualifier l'action, sans en déterminer la nature. Est-ce une action en rescision, est-ce une action en réduction? Cette question n'est pas moins importante que controversée. En effet, si c'est une action en rescision, analogue à l'action en rescision pour lésion de plus du quart, il faut en conclure : 1^o qu'elle a pour objet de faire rescinder le partage ; 2^o qu'elle doit être dirigée contre tous les enfants copartagés, et non pas seulement contre l'enfant qui est avantagé au delà de la quotité disponible ; 3^o que les défendeurs à l'action, peuvent en arrêter le cours en invoquant l'application de l'art. 891 ; 4^o enfin, que cette action ne dure que dix ans, par application de l'art. 1304, lorsque le partage a été fait par acte entre-vifs. Si, au contraire, c'est une action en réduction, il faut admettre : 1^o que cette action ne tend pas à faire res-

cinder le partage, mais à faire accorder au demandeur le complément de sa réserve; 2° qu'elle doit être dirigée exclusivement contre l'enfant avantagé au delà de la quotité disponible, sans qu'il y ait lieu de mettre en cause les autres copartagés; 3° que le demandeur ne peut arrêter le cours de l'action en offrant au demandeur une indemnité pécuniaire, parce que la réserve doit toujours être fournie en corps héréditaires; 4° enfin que cette action dure trente ans, sans que l'art. 1304, puisse être appliqué.

Dans un premier système, l'action dont il est actuellement question, est une action en rescision. L'art. 1079, observent les partisans de ce système, réunit dans une même disposition le droit d'attaquer le partage pour lésion, et le droit de l'attaquer pour avantage excessif. L'un et l'autre ont une cause identique; par suite, ils doivent avoir même nature et les mêmes effets; ils doivent entraîner la rescision complète du partage. Le texte de l'art. 1079 est explicite, c'est contre le partage que l'action est accordée. S'il s'agissait d'une action en réduction, elle ne serait pas dirigée contre le partage, mais seulement contre la disposition excessive faite au profit de l'un des enfants. Cet enfant serait attaqué comme donataire et non comme copartagé. C'est donc dans le deuxième cas, comme dans le premier, la lésion résultant du partage que le législateur a eu en vue; c'est aussi dans l'un et l'autre cas une action en rescision qu'il a ouverte contre le partage. Sans doute, si la donation par préciput faite dans l'acte de partage ou dans un acte antérieur, excédait la quotité disponible, les réservataires pourraient en demander la réduction sans attaquer l'acte de partage. Mais tel n'est pas le cas prévu par l'art. 1079; cet article suppose, non pas que le don par préciput excède la quotité disponible, mais que le lot attribué au préciputaire, comme coparta-

geant, excède sa part héréditaire : et dès lors c'est le partage qu'il faut attaquer, c'est de cet acte qu'il faut demander la rescision. (MM. Demolombe, p. 198; Genty, p. 310.)

Nous préférons adopter la doctrine d'après laquelle il s'agit, dans le deuxième alinéa de l'art. 1079, d'une action en réduction pour atteinte à la réserve. Bien que le législateur, disent MM. Aubry et Rau, ait réuni dans un même article les deux actions au moyen desquelles un partage d'ascendant peut être attaqué, on ne saurait, cependant, conclure de là, qu'il a voulu les assimiler l'une à l'autre. Il y a plutôt dans cette juxtaposition un accident de rédaction qu'une intention bien arrêtée. En se servant du mot générique attaquer, qui peut s'appliquer à toutes les actions dirigées contre un acte, le législateur s'est abstenu de les qualifier. Il faut donc, pour en déterminer la nature et les effets, recourir aux principes du droit commun. Si la première constitue, d'après ces principes, une action en rescision pour cause de lésion, la seconde présente, au contraire, tous les caractères d'une action en réduction pour atteinte à la réserve. En effet, l'action donnée, dans le cas d'avantage excessif, a pour but de protéger le droit de réserve des descendants. Or, l'action destinée à protéger ce droit est une action en réduction (Art. 920). Décider autrement, ce serait rendre le partage impossible toutes les fois que l'ascendant aurait donné par préciput la quotité disponible, puisque la plus petite lésion suffirait pour le faire annuler. Il eût été bien plus simple alors, comme le disait M. Berlioz au conseil d'Etat, de maintenir l'art. 156 du projet, qui prononçait la nullité du partage lorsque l'ascendant aurait fait en même temps un don par préciput et un partage. (MM. Aubry et Rau, t. VI, p. 238. Regnier, *Revue pratique de droit français*, t. 21.)

Point de départ des différentes actions prévues par les articles 1078 et 1079. — L'action accordée en cas d'omission d'un descendant, étant une véritable action en partage de succession, ne peut prendre naissance et être exercée qu'à la mort de l'ascendant. (Art. 1078.)

L'action en rescision pour cause de lésion ne peut s'ouvrir qu'au décès de l'ascendant, lorsqu'il s'agit d'un partage testamentaire, puisque c'est à cette époque que le partage produit ses effets. Mais les auteurs sont divisés sur le point de savoir, à quelle époque l'action en rescision peut être intentée contre un partage entre-vifs. Ceux qui voient dans le partage entre-vifs un acte produisant immédiatement les effets d'un partage soit de succession, soit de choses communes, admettent que l'action en rescision prend naissance au jour même du partage, et par suite qu'elle peut être exercée du vivant même de l'ascendant. Nous avons déjà prouvé que ces systèmes ne devaient pas être admis. Nous avons établi que du vivant de l'ascendant le partage entre-vifs, constitue un ensemble de donations ordinaires, que les descendants sont de simples donataires. Or, comme donataires, ils n'ont aucune prétention à faire valoir sur les biens du donateur, ils ne peuvent se plaindre de ce que ce dernier a jugé à propos de répartir inégalement ses libéralités. L'action en rescision du partage entre-vifs ne peut donc prendre naissance avant le décès de l'ascendant, c'est-à-dire avant l'époque où les droits éventuels des descendants à sa succession se seront réalisés. Le rapprochement des deux articles 1078, 1079 prouve, d'ailleurs, que c'est seulement au décès de l'ascendant que les procès entre ses descendants doivent se vider. D'après l'art. 1078, l'enfant omis par l'ascendant doit se taire jusqu'au décès de ce dernier. Comment dès lors admettre que l'enfant en faveur duquel le père s'est dépouillé,

pourrait agir pour lui reprocher de n'avoir pas été assez libéral envers lui? La jurisprudence est aujourd'hui bien fixée en ce sens. (Cass., 20 août 1864; Bordeaux, 3 mai 1855.)

Dans le cas où deux ascendants (ordinairement le père et la mère), auront confondu leurs deux masses de biens avant de les partager, l'action en rescision ne pourra être intentée avant le décès du dernier d'entre eux. Le partage conjonctif est indivisible; il ne saurait être rescindé par rapport à l'ascendant prédécédé, sans l'être, du même coup, par rapport à l'ascendant survivant. Or, nous venons de voir que l'action en rescision pour lésion ne saurait être exercée du vivant d'un ascendant (Orléans, 27 déc. 1856, Cass., 19 déc. 1859).

Pour apprécier si un descendant a été lésé de plus du quart, faut-il estimer les biens d'après leur valeur au moment du partage, ou d'après leur valeur au moment de la mort de l'ascendant? — Cette question ne peut faire de difficulté lorsque le partage a été fait par testament. La véritable date du partage testamentaire est celle du décès de l'ascendant. C'est à ce moment que l'acte produit son effet; c'est aussi à ce moment qu'il doit être conforme à la règle de l'égalité, et que l'estimation des biens partagés doit être faite.

On discute, au contraire, vivement la question de savoir si c'est aussi au décès de l'ascendant que doivent être estimés les biens partagés entre-vifs, ou si c'est au moment du partage. La solution de cette question découle de celle que nous avons admise sur le moment de la naissance de l'action en rescision pour cause de lésion. En règle générale, c'est au moment où une action prend naissance, qu'il faut examiner si les conditions requises, pour qu'elle existe, sont réunies. Nous admettons donc, que c'est au décès que doivent

être estimés les biens partagés entre-vifs. Cette doctrine ne viole pas la règle de l'art. 890. D'après cet article, pour juger s'il y a lésion, on estime les objets suivant leur valeur à l'époque du partage. Or, l'époque du partage, l'époque où la donation revêt le caractère de partage de succession, c'est précisément celle du décès de l'ascendant. En vain on nous objecterait que pour déterminer, s'il y a lésion, on ne doit tenir aucun compte des événements casuels et imprévus (art. 1306); et qu'en estimant les biens d'après leur valeur lors du décès de l'ascendant, on tient compte de ces événements. Notre réponse sera la même. Sans doute une personne qui n'est pas lésée par un acte, au moment de sa confection, ne peut pas demander la rescision, par suite de lésions que lui font éprouver des événements casuels postérieurs à cet acte. Mais les événements qui se sont accomplis entre la confection du partage et la mort de l'ascendant ne sont pas des événements postérieurs à l'acte, puisque le partage entre-vifs ne constitue un partage qu'au décès de l'ascendant, et ne peut exister qu'à ce moment comme acte rescindable. Il ne faut pas méconnaître que cette doctrine a des conséquences fâcheuses. Un ascendant n'est plus assuré de faire un partage qui échappe à l'action en rescision pour cause de lésion; ses dispositions les plus équitables, les plus conformes aux intérêts de ses enfants, peuvent être détruites par des événements qu'il ne peut ni prévoir ni arrêter. Rien de stable dans son œuvre; tout est livré au hasard. (MM. Labbé, *Journal du Palais*, 1864. Requier. t. 21.) Toutefois, nous ferons remarquer, qu'en pratique ces inconvénients se trouvent beaucoup diminués. Les ascendants ne font d'ordinaire le partage entre-vifs de leurs biens qu'à un âge assez avancé pour que l'intervalle qui s'écoule entre la donation et la mort ne soit pas très-considérable. Par suite,

ils ont pu prévoir les changements de valeur qui seraient assez considérables pour rendre le partage lésif.

Nous admettons que l'estimation des biens partagés entre-vifs doit être faite d'après leur valeur à l'époque du partage, sans distinguer, comme le propose M. Genty, entre les meubles et les immeubles. Quant aux mobiliers, M. Genty pense qu'on doit l'estimer suivant sa valeur au temps de l'acte, comme la loi le prescrit en matière de rapport (art. 868). Cette distinction ne saurait être admise. On ne peut pas appliquer au partage entre-vifs qui entraîne une dispense de rapport, les règles spéciales à la matière du rapport. (Cass. ch. civ., 4 juin 1862. — 28 janvier 1864. — 29 août 1864.)

L'action en réduction intentée en vertu du deuxième alinéa de l'art. 1079, ne naît qu'au décès de l'ascendant. Cette action a pour but de protéger la réserve des enfants. Or, la réserve est un droit héréditaire, qui ne peut s'ouvrir, comme tous les droits de cette nature qu'au décès. Par suite, pour déterminer, s'il y a avantage excessif, même en cas de partage entre-vifs, les biens partagés et les biens donnés par préciput doivent être estimés, d'après leur valeur au moment de la mort de l'ascendant.

Durée des actions prévues par nos art. 1078-1070. — Lorsque le partage est nul pour omission d'un enfant, art. 1078, l'action en partage qui est donnée à l'enfant omis, et par voie de conséquence aux autres enfants, est toujours recevable en elle-même. Il n'y a donc pas à vrai dire de prescription contre cette action. Cette action peut cependant se trouver indirectement paralysée par la prescription acquiescive des biens de la succession, possédés divisément par les cohéritiers de l'héritier omis.

L'action en rescision contre un partage rescindable doit

être intentée dans le délai de dix années, lorsque le partage est entre-vifs. Ce partage est une véritable convention, et dès lors, l'art. 1304, qui limite à dix années la durée de l'action en rescision d'une convention, doit lui être applicable. En sera-t-il de même pour le partage testamentaire? M. Genty pense que oui. Le partage testamentaire, dit-il, est un véritable partage de succession, tel que les descendants auraient pu le faire eux-mêmes. Or, s'ils l'avaient fait eux-mêmes, l'action en rescision ne durerait que dix ans, il doit en être de même ici. Cette opinion ne peut guère être admise. Le partage testamentaire ne constitue pas une convention. L'action en rescision de ce partage ne rentre donc pas dans la classe des actions dont la durée est fixée par l'art. 1304; elle est donc soumise à la prescription du droit commun (Art. 2262).

L'action en réduction, dure trente ans, contre les partages testamentaires et entre-vifs. Cette action est régie par les principes de l'action en réduction ordinaire. (Contra, Cass. req. rej., 1^{er} mai 1861).

Fin de non-recevoir contre les actions en nullité, en rescision et en réduction; ratification. — Le partage d'ascendant où l'un des enfants a été omis est entaché d'une nullité absolue, (art. 1078). L'action qui compète à l'enfant omis, ne peut être directement détruite par la prescription. Mais, il peut arriver que cette action s'éteigne, par suite de la prescription acquisitive, accomplie au profit des descendants apportionnés, sous les conditions déterminées par l'article 816, C. civ.

Les actions en rescision ou réduction ne pourront plus être intentées après l'expiration des délais accordées par la loi, pour attaquer le partage (Art. 1304, 2262).

L'art. 891 dispose que le défendeur à l'action en rescision pour cause de lésion, peut en arrêter le cours, et empêcher un nouveau partage, en offrant et en fournissant au demandeur le supplément de sa portion héréditaire, soit en numéraire, soit en nature. Nul doute, que cette faculté ne soit applicable au partage d'ascendant comme au partage ordinaire. L'art. 1079, ne crée aucune distinction, et l'on n'entrevoit aucun motif pour refuser aux descendants l'exception si équitable, que la loi accorde aux cohéritiers. L'offre de supplément enlève à l'action tout intérêt légitime. Enfin, le maintien du partage d'ascendant est tout particulièrement favorable. Rappelons que dans le cas où le partage est attaqué pour avantage excessif, l'action n'est point arrêtée par l'offre d'un supplément faite par le défendeur, à l'enfant dont la réserve est entamée. Les héritiers réservataires peuvent exiger leur réserve en nature. (Req. rej., 17 août 1863.)

Un partage d'ascendant nul ne saurait être ratifié, parce qu'il n'a pas d'existence légale. Un partage d'ascendant rescindable est au contraire susceptible de ratification. La ratification, peut être expresse ou tacite. Elle ne peut dans l'un et l'autre cas être efficace et couvrir le vice, dont le partage entaché, qu'autant qu'elle a lieu à une époque où l'action en rescision a déjà pris naissance, c'est-à-dire, au décès de l'ascendant. Il en résulte que l'acceptation, du partage entre-vifs, et son exécution du vivant de l'ascendant ne peuvent être un obstacle à la demande en rescision (Cass., 11 mai 1847). Après la mort de l'ascendant l'action est ouverte, la renonciation à cette action devient dès lors possible; mais elle doit réunir les conditions exigées par la loi. La ratification expresse ne sera valable que, si on trouve dans l'acte la substance du partage, la mention du motif de l'action en rescision, et l'intention de réparer le vice sur lequel cette

action est fondée. A défaut de ratification expresse, l'exécution volontaire du partage, à l'époque où ce partage peut être valablement ratifié, emportera renonciation aux moyens et exceptions, qu'on pouvait y opposer. (Art. 1338.)

Pour déterminer les actes d'exécution qui entraînent ratification des partages d'ascendants, il faut se référer aux principes admis en matière de ratification tacite des partages ordinaires. Ainsi, l'aliénation par l'enfant lésé, des objets compris dans son lot, ne doit être considérée comme une ratification du partage d'ascendant rescindable pour lésion, qu'autant qu'on admet que cet acte entraîne ratification des partages ordinaires rescindables pour la même cause. (Art. 892.)

Remarquons, que la confirmation expresse ou tacite du partage par l'enfant, dont la réserve est entamée, n'emporte pas nécessairement, de sa part, renonciation à l'action en réduction pour avantage excessif. Cette action, en effet, n'a pas pour objet de faire rescinder le partage, mais de faire obtenir au demandeur le complément de sa réserve.

Effets des différentes actions en nullité, rescision et réduction.

— Les effets de la nullité et de la rescision se règlent facilement, lorsque le partage d'ascendant n'a pas encore été exécuté. Dans ce cas, il n'y a pas lieu de tenir compte du partage; tout se passe entre les enfants comme si l'ascendant n'avait rien fait.

Si l'exécution du partage a déjà eu lieu, chacun des enfants doit restituer ce qu'il a reçu à la succession de l'ascendant, afin de reconstituer la masse partageable. De quelle façon cette restitution doit-elle s'opérer? Telle est la question que nous avons à examiner.

Le partage nul ou annulé, est-il un partage entre-vifs? La restitution doit avoir lieu, d'après les règles établies par la loi en matière de rapport. Le partage entre-vifs constitue en effet, un ensemble d'avancements d'hoirie; il est vrai, qu'il implique virtuellement la dispense de rapport, quand il est maintenu comme partage; mais nous supposons qu'il est rescindé; dès lors, il ne reste plus qu'un ensemble d'avancements d'hoirie rapportables, et qu'il est logique de soumettre aux règles du rapport. En conséquence, le rapport du mobilier se fera en moins prenant art. 868; les immeubles devront être rapportés en nature, sauf le cas prévu par l'art. 859. Lorsque le partage nul ou annulé, a été fait par testament, on ne saurait appliquer les règles du rapport aux restitutions des héritiers, car la nullité du partage anéantit, *ab initio*, le seul titre en vertu duquel les demandeurs avaient été mis en possession des biens composant leurs lots. C'est donc une restitution en nature, de tous les biens, meubles et immeubles, qu'ils sont toujours obligés de faire.

Les enfants doivent aussi restituer les fruits des objets compris dans leurs lots. A partir de quelle époque sont-ils tenus de cette restitution? Lorsque le partage est nul en vertu de l'art. 1078, les fruits sont dus à partir de l'ouverture de la succession, si déjà, à cette époque, les enfants avaient connaissance de la cause de nullité, et dans le cas contraire, à partir de l'époque où ils en auront eu connaissance. Le partage nul n'ayant aucune existence aux yeux de la loi, les enfants ne sont pas propriétaires des biens qui leur ont été attribués, il n'en sont que simples possesseurs, et comme tels, ils ne peuvent acquérir les fruits qu'autant qu'ils sont de bonne foi. Mais dans le cas où le partage est rescindé en vertu de l'art. 1079, les fruits ne sont dus qu'à dater de la

demande en rescision. L'acte rescindable existe aux yeux de la loi, il est efficace jusqu'à ce que la rescision en ait été prononcée. Chaque descendant était donc propriétaire de son lot, et avait, par conséquent, droit aux fruits.

L'action en réduction de l'art. 1079 2° a pour effet d'obliger le défendeur à fournir au demandeur le supplément de sa réserve en corps héréditaires.

Nous savons qu'un partage d'ascendant peut contenir des dispositions tout à fait distinctes, un partage et des donations. Le sort de chacune de ces dispositions n'est pas toujours indivisible. Si l'acte est annulé pour vice de forme ou pour défaut de consentement, il est anéanti entièrement, il n'existe ni comme partage ni comme donation. Mais si le vice est relatif au partage seulement, si par exemple le partage est nul pour omission d'un enfant, ou rescindé pour lésion, on comprend facilement que les donations subsistent et soient maintenues.

Condition d'exercice de l'action en rescision pour lésion et de l'action en réduction (art. 1080 : « L'enfant qui pour une des causes exprimées en l'article précédent attaquera le partage fait par l'ascendant, devra faire l'avance des frais de l'estimation, et il les supportera en définitive ainsi que les dépens de la contestation si la réclamation n'est pas fondée. »

Cette disposition a été introduite dans la loi « pour mettre un frein aux demandes indiscreètes de partage. » Locré, t. XI, p. 268. Dans ce but, elle impose deux obligations au demandeur : d'abord, de faire l'avance des frais d'estimation que la demande rend nécessaire ; ensuite, de supporter la généralité des dépens si la demande est reconnue injuste.

L'obligation d'avancer le montant des frais d'estimation

est une espèce de *cautio judicatum solvi* destinée à assurer aux cohéritiers défendeurs le paiement facile et immédiat des frais. L'obligation de supporter la généralité des dépens est imposée au demandeur qui succombe par dérogation à l'art. 131. Cod. pro. civ., qui autorise la compensation des dépens, en tout ou en partie, entre frères et sœurs ou alliés au même degré. Cette obligation ne doit pas être étendue au cas où la contestation serait fondée. Si donc les cohéritiers du demandeur succombent, ils peuvent invoquer l'art. 131 C. P., quoique le demandeur, dans le cas inverse, n'eût pas pu obtenir la compensation des dépens.

Il résulte du texte formel de l'art. 1080 qu'il doit être restreint aux deux hypothèses prévues par l'article précédent (l'action en rescision pour lésion, l'action en réduction pour avantage excessif, art. 1079), on ne saurait donc l'étendre à toute autre demande formée contre le partage, par exemple, pour vice du consentement ou pour omission d'un descendant.

POSITIONS

DROIT ROMAIN

I. Dans les donations à cause de mort, la translation de propriété n'est pas opérée par le simple échange des consentements sans tradition.

II. La constitution 4, *de donationibus mortis causa*, de Justinien, a complètement supprimé, pour les donations à cause de mort, la formalité de l'insinuation.

III. La constitution 35, § 5, *de donationibus*, de Justinien, qui attache au simple pacte les mêmes effets qu'à la stipulation en matière de donation, ne s'applique pas aux donations à cause de mort.

IV. La constitution 3, *de in integrum restitutione*, des empereurs Dioclétien et Maximien, ne s'oppose pas à ce que le mineur de vingt-cinq ans, pourvu d'un curateur, puisse faire seul, et par aliénation des donations à cause de mort.

V. Le droit de révocation est de la nature et non de l'essence des donations à cause de mort. Le donateur peut renoncer à ce droit, sans que la libéralité perde le caractère de donation à cause de mort.

VI. Entre époux, le droit de révocation est de l'essence de la donation à cause de mort.

VII. La constitution de Septime Sévère qui appliqua le système de la quarte Falcidie aux donations à cause de mort, concernait non-seulement les donations à cause de mort faites par les donateurs qui mouraient en laissant des héritiers testamentaires, mais encore celles faites par des donateurs qui mouraient *intestat*.

DROIT CIVIL FRANÇAIS

I. Les enfants naturels simples, légalement reconnus, doivent à peine de nullité, être compris dans un partage d'ascendant fait par leur père et mère.

II. Le partage dans lequel sont compris des enfants naturels, produit à leur égard les mêmes effets qu'à l'égard des enfants légitimes. En conséquence, les copartagés non lésés de plus du quart, ne peuvent attaquer le partage dans lequel un enfant naturel recouvrerait un lot d'une valeur supérieure aux droits que lui accorde la loi des successions.

III. L'individu condamné à une peine afflictive perpétuelle, est, malgré l'art. 3 de la loi du 31 mai 1854, capable d'être compris dans un partage d'ascendant testamentaire.

IV. Un ascendant, qui a, d'abord, donné à un tiers une portion de ses biens à venir par contrat de mariage, peut en vertu de l'art. 1075 faire ensuite un partage entre ses enfants et y comprendre le donataire.

V. Le mineur âgé de plus de seize ans qui fait, par testament, le partage de sa succession, n'est pas limité dans sa capacité par la disposition de l'art. 904, qui ne permet au mineur de léguer que la moitié de ses biens dont pourrait disposer un majeur.

VI. Les art. 826, 832 ne sont pas applicables aux partages d'ascendants testamentaires.

VII. Dans les partages entre-vifs, l'acceptation des copartagés, les rend non-recevables à se prévaloir de la cause de nullité résultant de l'inapplication des art. 826, 832.

VIII. La représentation doit être admise en matière de partage testamentaire.

IX. Durant la vie de l'ascendant, le partage entre-vifs, a exclusivement le caractère de donation; c'est à la mort de l'ascendant que le partage entre-vifs se transforme en partage de succession.

X. Les biens compris dans un partage d'ascendant, fait par acte entre-vifs, doivent être réunis fictivement à la masse de la succession pour le calcul de la quotité disponible.

XI. Dans le cas où il résulte, du partage d'ascendant, et des dispositions faites par préciput, un avantage plus grand que la loi ne le permet, l'art. 1079 donne une action en réduction, et non une action en rescision.

XII. L'hypothèque légale de la femme mariée en communauté, ne frappe pas les conquêts aliénés par le mari, durant la communauté.

DROIT ADMINISTRATIF

I. L'avancement d'hoirie collectif qui n'est pas suivi de distribution, ne profite pas de la réduction du droit de mutation établi par l'art. 3, de la loi du 16 juin 1824.

II. Le droit de mutation à percevoir sur un partage entre-vifs, dans lequel a été omis un descendant, est le droit de 1 0/0, et non le droit de mutation des donations entre-vifs en ligne directe.

DROIT CRIMINEL

I. L'article 365 du Code d'instruction criminelle, qui prohibe le cumul des peines, n'est pas applicable aux contraventions de police.

II. Un individu condamné déjà pour un délit, à une peine qui n'atteint pas le maximum fixé par la loi, peut être poursuivi de nouveau, et voir sa peine aggravée, pour un délit de même nature et antérieur à l'arrêt.

III. Du principe que tous les crimes et tous les délits sont expiés par l'application de la peine la plus forte, on ne doit pas conclure que, pour les délits d'une moindre gravité, antérieurs au jugement et découverts après la condamnation, l'action publique est éteinte.

DROIT COUTUMIER ET HISTOIRE DU DROIT

I. La démission de biens est révocable à la volonté du donateur.

II. La démission de biens ne forme pas pour le démissionnaire un titre indépendant de la qualité d'héritier. Le démissionnaire qui ne devient pas héritier, n'a plus aucun titre pour retenir les biens.

III. Dans le cas où la coutume du lieu donnait des profits au seigneur, à raison de la transmission par succession, ces droits s'ouvraient immédiatement par la démission. En cas de révocation, la restitution du profit était due.

DROIT INTERNATIONAL

I. Les ministres étrangers peuvent, sans l'autorisation de leurs souverains, intenter une action devant les tribunaux civils de la nation, près de laquelle ils remplissent leurs fonctions. Mais en ce cas, ceux qui obtiennent contre eux une condamnation, ne peuvent l'exécuter sur les biens qu'ils possèdent en qualité d'agents diplomatiques.

II. L'exterritorialité accordée à l'hôtel d'un ministre

étranger ne va pas jusqu'à autoriser ce ministre à arrêter
le cours de la justice criminelle, en donnant asile à des
personnes prévenues d'un crime contre l'État.

TICMI 001 001000000 001000000 TICMI

Vu par le Président,

COLMET DE SANTERRE.



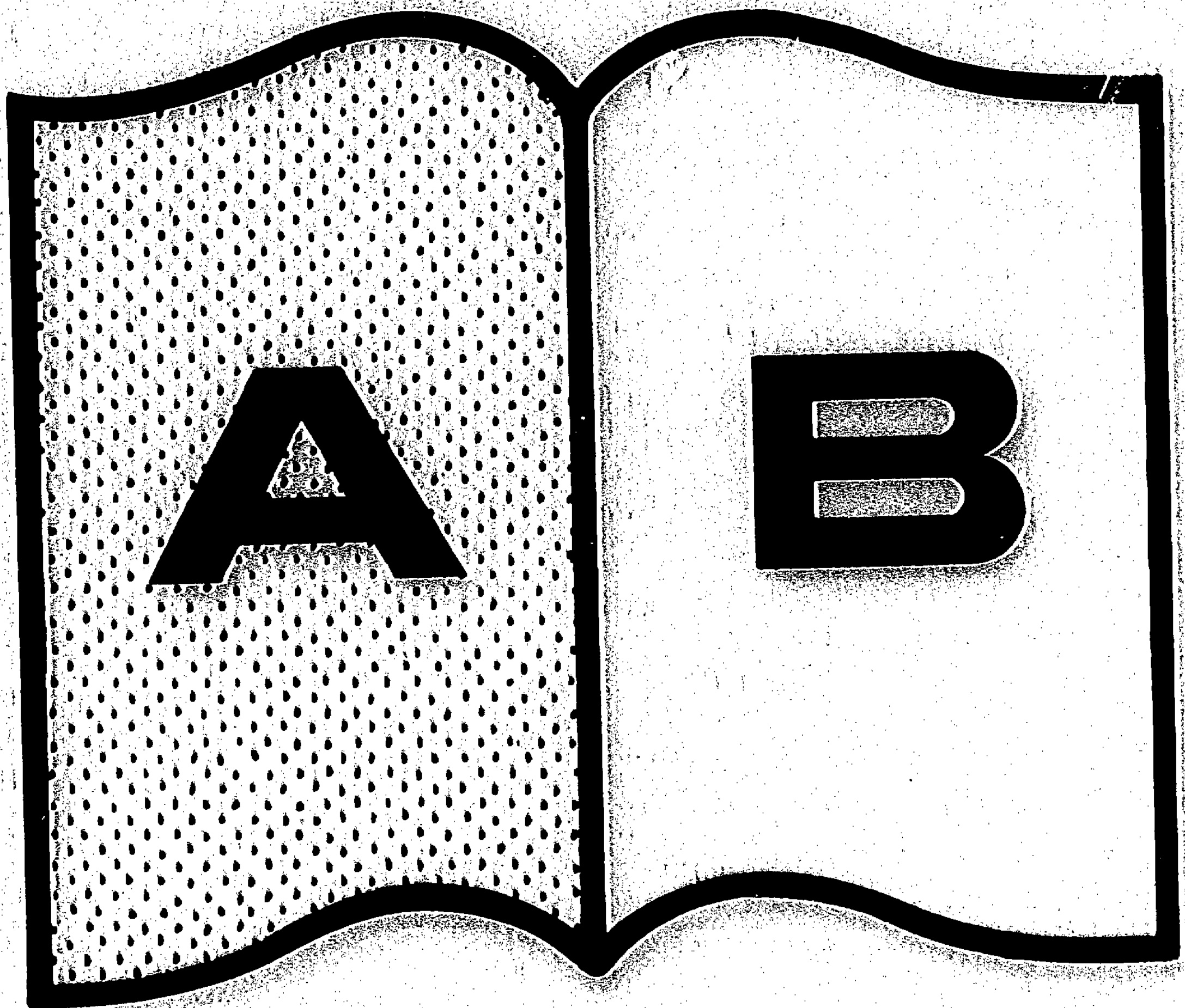
Vu par le Doyen,

G. COLMET-DAAGE.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

A. MOURIER.



Contraste insuffisant

NF Z 43-120-14