

nal n'était en tout cas qu'un commencement de preuve, et que c'était au demandeur à la compléter (1). L'erreur du tribunal était évidente, il est inutile d'y insister.

Comment se fait la preuve? Peut-elle se faire par présomptions, comme l'implique l'arrêt que nous venons de citer? L'affirmative n'est pas douteuse. Aux termes de l'article 1353, les présomptions de l'homme sont admises dans les cas où la loi admet la preuve par témoins; et d'après l'article 1348, le demandeur peut prouver le fait litigieux par témoins, lorsqu'il a été dans l'impossibilité de se procurer une preuve littérale; or, telle est bien la position des cohéritiers du donataire, quand la donation est déguisée ou seulement indirecte; car ils sont des tiers étrangers à l'acte, et les tiers ne peuvent pas se procurer une preuve littérale des faits juridiques qui les intéressent; il y a un motif de plus en cas de simulation, puisque c'est une espèce de fraude à la loi, comme le dit l'article 853. La jurisprudence est en ce sens, et la question n'est pas douteuse (2). Cela s'applique au rapport des dettes comme au rapport des libéralités; les motifs de décider sont identiques (3).

§ VI. Rapport des donations.

593. Le rapport est dû, d'après l'article 843, de tout ce que l'héritier a reçu du défunt, par *donation entre vifs, directement ou indirectement*. On voit que la loi est conçue dans les termes les plus généraux; elle comprend tout avantage que le défunt fait à son successible: cette pensée du législateur résulte du mot *indirectement* dont il se sert. Les donations proprement dites sont directes: elles se font par acte authentique, et elles doivent être acceptées en termes exprès par le donataire. En ajoutant que l'héritier doit rapporter ce qu'il a reçu indirectement du défunt, l'article 843 étend l'obligation du rapport à tout

(1) Bruxelles, 20 avril 1868 (*Pasicrisie*, 1868, 2, 304).

(2) Cassation, 13 août 1866 (*Dalloz*, 1866, 1, 467).

(3) Orléans, 26 juillet 1849 (*Dalloz*, 1850, 2, 29) et 24 novembre 1855 (*Dalloz*, 1856, 2, 259).

avantage, dans quelque forme qu'il ait été fait. C'est une question très-douteuse, à notre avis, de savoir si les libéralités faites sous forme d'un contrat à titre onéreux sont valables; nous la discuterons au titre des *Donations*; mais, valables ou non, toujours est-il qu'elles sont soumises au rapport; les articles 853 et 854 le disent formellement. En matière de rapport, le mot donation est donc synonyme d'avantage: il ne s'agit pas de savoir s'il y a une donation faite dans les formes voulues par la loi: tout ce qu'il y a à examiner, c'est si le défunt a fait une libéralité à son héritier, en lui procurant un avantage quelconque. Cela est aussi fondé en raison. Qu'importe de quelle manière l'héritier a reçu une libéralité? Dès qu'il est avantagé, il doit être soumis au rapport, sinon il y aurait inégalité entre lui et ses cohéritiers; or, la loi veut l'égalité, et elle présume que le défunt la veut aussi.

NO I. DES DONATIONS DIRECTES.

I. *Donations par acte.*

594. Les donations directes les plus fréquentes sont celles qui se font par contrat de mariage. Elles sont sujettes à rapport; cela ne fait aucun doute. Le texte est général, et comprend *toutes* les donations: et d'après l'esprit de la loi, ce sont précisément celles que les père et mère font à leurs enfants lors de leur mariage qui constituent des avancements d'hoirie, et qui à ce titre doivent être rapportées. On objecte l'article 1090 qui déclare les donations faites par contrat de mariage sujettes à réduction; d'où l'on induit, par argument *a contrario*, qu'elles ne sont pas sujettes au rapport. Nous ne mentionnons l'objection que pour montrer combien il faut se défier des arguments tirés du silence de la loi. Dans l'espèce, l'argumentation n'a aucune valeur. Ce n'est pas l'article 1090 qui est le siège de la matière, c'est l'article 843, et cet article soumet toute donation au rapport, donc aussi les donations par contrat de mariage (1).

(1) Voyez les autorisés citées par Demolombe, t. XVI, p. 401, n° 32

595. Les donations rémunératoires et les donations onéreuses sont-elles sujettes à rapport? On appelle dons ou legs rémunératoires ceux qui se font pour récompenser des services rendus, et dons ou legs onéreux ceux auxquels le disposant a ajouté une charge. Il règne une grande incertitude dans la doctrine sur la question de savoir si ces libéralités sont rapportables. A notre avis, la difficulté est décidée par le principe formulé dans l'article 843. *Tout* ce qu'un héritier reçoit du défunt à titre gratuit est rapportable; mais aussi il n'y a de sujet au rapport que ce qui constitue une libéralité. Le don rémunératoire est-il une libéralité? Il n'y a aucun doute lorsque les services que le donateur veut récompenser ne sont pas sujets à salaire; on ne peut pas dire, dans ce cas, que le donateur acquitte une dette, puisqu'il n'y a pas de créance, le donataire n'ayant pas d'action contre lui. C'est donc une pure libéralité : qu'elle se fasse par reconnaissance ou par affection, peu importe. On est d'accord sur ce point; seulement il y a des auteurs qui soutiennent que les dons rémunératoires sont virtuellement dispensés du rapport, la reconnaissance que le donateur témoigne au donataire étant pour celui-ci un titre de préférence (1); mais n'en pourrait-on pas dire autant de l'affection, ainsi que de tous les mobiles qui inspirent les donations? Il faut s'en tenir au principe de la loi : elle ne connaît pas de dispense virtuelle; elle dit, au contraire, et elle répète que la dispense doit être *expresse*.

Si les services sont appréciables à prix d'argent, ils constituent une vraie créance, par conséquent le donateur acquitte une dette; et en tant qu'il paye ce qu'il doit, il ne fait certes pas de libéralité. Dans cette hypothèse, le don rémunératoire n'est réellement une libéralité que s'il excède la valeur des services rendus; et comme le dit très-bien Belost-Jolimont dans ses notes sur Chabot, on ne doit pas évaluer les services avec une rigueur mathématique, car il est permis de reconnaître les services que l'on nous rend avec une certaine générosité. S'il y a réellement un excé-

(1) Belost-Jolimont sur Chabot, t. II, p. 380.

dant, il y a libéralité, et partant le donataire doit le rapport. Revient la question de savoir si cette libéralité est virtuellement dispensée du rapport; nous croyons qu'elle doit être décidée négativement par les motifs que nous venons de rappeler.

Comment le rapport se fera-t-il? Dans l'ancien droit, la question était controversée; la jurisprudence admettait que le don rémunératoire devait être rapporté pour le tout, sauf à payer au donataire ce qui lui était dû pour les services rendus au donateur. Doit-on interpréter le code dans le même sens? Ce point aussi est controversé. On prétend que les auteurs du code ont consacré la jurisprudence ancienne par cela seul qu'ils n'y ont pas dérogé (1). Nous avons déjà dit bien des fois qu'il faut se garder de transporter dans notre droit moderne tout ce qui se pratiquait avant la publication du code civil. La difficulté n'a pas été prévue par le législateur; comment veut-on qu'il l'ait décidée? Il faut donc appliquer les principes généraux que la loi a établis. Elle soumet au rapport tout ce que le donataire a reçu du défunt à titre gratuit; or, le don rémunératoire n'est une libéralité que pour ce qui excède la valeur des services rendus, c'est donc seulement cet excédant qui doit être rapporté. Si l'excédant dépasse la moitié de la valeur des biens donnés, le rapport devra-t-il se faire en nature? On enseigne l'affirmative, en se fondant sur l'article 866 (2). La question est douteuse. Il est difficile de procéder par analogie en cette matière, car l'article 866 concerne un cas de réduction; et le rapport n'est pas régi par les principes qui régissent les donations réductibles; il n'y a donc pas même motif de décider. Notre conclusion est que le rapport se fera en moins prenant.

Pour les donations onéreuses, il faut faire les mêmes distinctions. D'ordinaire la charge est appréciable à prix d'argent; il n'y aura donc de libéralité que déduction faite du montant pécuniaire de la charge. Cette libéralité sera sujette à rapport.

(1) Chabot, t. II, p. 351, n° 13 de l'article 843.

(2) Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 450, note II, suivis par Demolombe, t. XVI, p. 399, n° 320.

II. Des dons manuels.

596. Les dons manuels sont des donations directes que le donataire reçoit de la main du donateur; ils sont donc rapportables d'après le texte et d'après l'esprit de la loi. On ne conteste pas que ce soient des libéralités, mais on prétend qu'elles sont virtuellement dispensées du rapport. Il y a des arrêts en ce sens (1). Ces décisions sont restées isolées. Les dons manuels ne diffèrent des donations ordinaires que par la forme; et qu'est-ce que la forme a de commun avec la dispense du rapport? où est le texte qui autorise cette distinction? Inutile d'insister. Il y a des auteurs qui font une distinction (2): ils admettent avec nous que les dons manuels sont rapportables; mais ils les dispensent du rapport lorsque le donateur a choisi cette forme afin de cacher sa libéralité: toute libéralité qui se cache, dit-on, est virtuellement dispensée du rapport, parce que telle est l'intention nécessaire du donateur. Cette présomption de dispense est en opposition avec le texte de la loi; le code ne connaît pas de dispense présumée; il exige une dispense expresse, ou, comme le dit l'article 919, une déclaration de volonté. Conçoit-on qu'en présence de dispositions aussi formelles, on écrive qu'il faut laisser de côté la rédaction plus ou moins claire de nos lois, pour s'en tenir aux simples lumières du bon sens? Le code décide implicitement la question. Il dispense du rapport les *présents d'usage* (art. 852). Voilà des dons manuels, qui d'ordinaire se font entre parents et amis, donc sans qu'on les étale; de même tout don manuel est plus ou moins secret. En dispensant du rapport certains dons manuels, les présents d'usage, l'article 852 suppose qu'en général les dons manuels sont rapportables; l'exception qu'il fait confirme la règle; donc tout don manuel, caché ou non, est sujet à rapport (3).

(1) Bordeaux, 2 mai 1831 (Daloz, au mot *Succession*, n° 1108). Comparez Poitiers, 3 décembre 1862 (Daloz, 1863, 2, 136).

(2) Vazeille, *Des successions*, t. I, p. 318, art. 843, n° 5. Belost-Jolimont sur Chabot, t. II, p. 384; Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 468 et suiv., et note 15.

(3) Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 405, note 15. Demolombe, t. XVI, p. 314, n° 255.

La cour de cassation admet que les dons manuels sont rapportables; mais elle permet aux juges du fait de rechercher quelle a été l'intention du donateur, et par suite de dispenser le donataire du rapport, s'il résulte des circonstances de la cause que telle a été la volonté du disposant (1). C'est le système que la jurisprudence a consacré pour les donations déguisées. Nous l'avons combattu (n° 582); nous rejetons aussi l'application que la cour de cassation en fait aux dons manuels. La loi ne se contente pas de l'intention du disposant, elle veut qu'il la manifeste par une déclaration expresse de volonté; donc les faits et circonstances de la cause ne suffisent point. Il y a cependant, sinon un motif de douter, du moins une difficulté qui est particulière aux dons manuels. Quand l'article 843 veut que les dons soient faits *expressément* par préciput, il suppose une donation faite par acte, dit-on. L'article 919 est conçu dans le même ordre d'idées: la déclaration de préciput peut être faite soit par l'acte qui contient la disposition, soit postérieurement dans la forme des dispositions entre vifs ou testamentaires. Or, quand il y a un don manuel, il n'y a point d'acte; donc on ne se trouve pas dans les termes de la loi. En définitive, le don manuel est un fait, c'est au juge d'apprécier ce fait et d'en déterminer la portée. Nous répondons que le texte ne dit pas ce qu'on lui fait dire. Sans doute, régulièrement la donation se fait par acte, et alors la dispense de rapport doit se trouver dans cet acte ou dans un acte postérieur. Mais la donation peut aussi se faire indirectement, donc sans acte (art. 843 et 853); ce qui n'empêche pas que la dispense doive être expresse d'après l'article 843. Comment le donateur devra-t-il exprimer, dans ce cas, sa volonté? L'article 919 le dit: il peut le faire par un acte de donation ou par testament. Telle est la solution légale de la question (2).

597. Il se présente encore une autre difficulté. On dé-

(1) Rejet, 12 août 1844 (Daloz, au mot *Succession*, n° 1105. 1°), 19 novembre 1861 (Daloz, 1862, 1, 140) et 3 mai 1864 (Daloz, 1864, 1, 173). Dans le même sens, Rouen, 12 mars 1845 (Daloz, 1845, 2, 159) et 24 juillet 1845 (Daloz, 1846, 2, 87); Lyon, 18 mars 1859 (Daloz, 1861, 5, 403).

(2) Il y a quelques arrêts en ce sens: Bastia, 26 décembre 1855 (Daloz, 1856, 2, 149); Liège, 9 février 1854 (*Pasicrisie*, 1857, 2, 24).

mande si ces principes s'appliquent aux dons manuels peu considérables. Un arrêt de la cour de Montpellier assimile les dons modiques aux présents d'usage que l'article 852 dispense du rapport. M. Demolombe approuve cette décision (1). Nous recommandons aux auteurs et aux tribunaux un arrêt de la chambre des requêtes qui décide que les dons manuels sont rapportables, parce que tel est le sens littéral de l'article 843, et le sens le plus raisonnable (2). Est-ce qu'en déclarant toute libéralité rapportable, la loi distingue si le don ou le legs a plus ou moins de valeur? Le texte absolu exclut, au contraire, toute distinction; et il n'y avait pas lieu de distinguer; la loi veut maintenir l'égalité, et l'égalité exige que l'héritier rapporte tout ce qu'il a reçu du défunt. Si l'article 852 dispense du rapport, c'est là une exception; et n'est-il pas de principe que les exceptions ne s'étendent pas?

Un arrêt de la cour de Caen admet une autre exception à la rigueur de l'article 843. Comment prouvera-t-on les dons manuels? On applique les règles générales sur les preuves, comme nous l'avons dit plus haut (n° 592). Si la preuve résulte de l'aveu du donataire, et si tout en reconnaissant qu'il a reçu une libéralité, il ajoute qu'elle lui a été faite avec dispense de rapport, le juge devra-t-il admettre la dispense? L'affirmative a été jugée; la cour invoque l'indivisibilité de l'aveu (3). Nous reviendrons sur ce principe au titre des *Obligations*; à notre avis, l'indivisibilité de l'aveu est hors de cause dans l'espèce; dès que le fait de la libéralité est constant, il y a lieu au rapport, à moins qu'il n'y ait dispense expresse.

III. Des frais d'établissement.

598. « Le rapport est dû, dit l'article 851, de ce qui a été employé pour l'établissement d'un des cohéritiers. » On entend d'ordinaire par *établissement* la dotation d'un enfant. En matière de rapport, la *dot* n'est pas considérée

(1) Montpellier, 11 juin 1846 (Demolombe, t. XVI, p. 449, n° 333).
 (2) Rejet, 30 décembre 1846 (Daloz, 1847, 4, 409).
 (3) Caen, 28 novembre 1861 (Daloz, 1862, 2, 103).

comme un établissement, puisqu'elle est déjà comprise dans les termes généraux de l'article 843 : c'est une donation directe, faite le plus souvent par contrat de mariage. Le mot *établissement* désigne tout ce qui a été donné par le défunt pour établir un héritier : tel serait l'achat d'un office de notaire, là où ces charges sont vénales : tel serait encore un fonds de commerce ou d'industrie. Il ne faut pas confondre les frais d'éducation avec les frais d'établissement : les premiers ne sont pas sujets à rapport (art. 852), nous en dirons plus loin la raison. L'éducation ne procure pas d'établissement; elle met seulement l'enfant à même d'exercer une profession libérale, industrielle ou commerciale. De plus, l'éducation ne blesse pas l'égalité; elle se donne à tous les enfants; leur condition est, sous ce rapport, égale. Si, de plus, l'un des enfants est établi, les frais assez considérables de cet établissement auraient pour conséquence d'avantager l'un des enfants au préjudice de l'autre; dès lors, il doit y avoir rapport pour rétablir l'égalité (1).

L'article 851, en déclarant rapportables les frais d'établissement, suppose que le défunt a agi par un sentiment de libéralité. Il se peut qu'il n'ait fait qu'une avance, avec l'intention de la répéter; dans ce cas, il y aura dette de la part de l'héritier, il en devra aussi le rapport (art. 829), mais le rapport des dettes est soumis à des règles spéciales. Il importe donc de distinguer à quel titre le défunt a payé les frais d'établissement (2).

599. L'aumône dotale que le père paye à la supérieure d'un couvent, lors de l'entrée en religion de sa fille, est-elle un établissement? Il y a un motif de douter; aux termes de l'article 852, le rapport n'est pas dû des frais de nourriture et d'entretien : ne peut-on pas dire que l'aumône dotale tient lieu des aliments que le père doit à sa fille? Cela a été jugé ainsi (3). La décision nous paraît trop

(1) Chabot, t. II, p. 461, n° 1 de l'article 851. Duranton, t. VII, p. 447, n° 311.

(2) Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 452, note 13.

(3) Jugement du tribunal de Figeac, du 30 décembre 1844 (Daloz, 1845, 3, 128).

absolue. Il faut voir avant tout si le père devait les aliments à sa fille; s'il ne les devait pas, il est certain que l'aumône ne peut pas être considérée comme pension alimentaire. Puis il faut considérer encore si la fille dotée rend un service au couvent où elle entre : la plupart des congrégations sont enseignantes, et la religieuse institutrice gagne certes au delà de sa dépense d'entretien. Dans ce cas, l'aumône est une vraie libéralité qui, dans l'intention du père, tient lieu de la part héréditaire de l'enfant; si la fille se présente à la succession, il est certain qu'elle devra le rapport de cette dot, qui est un véritable avancement d'hoirie. On voit qu'ici la question dépend des faits et des circonstances de la cause; le juge décidera s'il y a libéralité ou paiement d'une dette alimentaire.

IV. *Paiement des dettes de l'héritier.*

600. L'article 851 porte que le rapport est dû de ce qui a été employé pour le paiement des dettes d'un des cohéritiers. Cette disposition a donné lieu, au sein du conseil d'Etat, à une discussion assez longue et assez confuse (1). Les interprètes s'en sont emparés, et chacun y a cherché un appui pour son opinion. Il en est résulté qu'au lieu d'éclairer le débat, la discussion n'a fait que l'obscurcir. Mieux vaut, nous semble-t-il, laisser là les discours des membres du conseil, pour s'en tenir au texte et aux principes. Après tout, aucune proposition n'a été faite, aucune décision n'a été prise; tout ce qui a été dit se réduit à des avis individuels; or, peu importe ce que tels membres du conseil ont pensé; c'est le texte seul qui nous oblige; c'est donc toujours au texte qu'il en faut revenir, en l'interprétant d'après les principes qui régissent la matière.

Constatons d'abord que le texte est général; il parle du paiement des *dettes* de l'un des successibles. On distingue d'ordinaire si l'héritier était majeur ou mineur quand il a contracté la dette. Il y a une distinction plus générale à

(1) Séance du 23 nivôse an XI, n° II (Loché, t. V, p. 70).

faire. Il faut qu'une *dette* ait été payée, pour que le rapport soit dû de ce qui a été déboursé par le défunt. Or, il n'y a de dette que lorsque le créancier a une action contre le débiteur, sans que celui-ci ait une exception péremptoire qui anéantisse l'action. De là suit que si le défunt a acquitté une dette naturelle, il n'y a pas lieu au rapport de ce qu'il a payé. Telle serait une dette de jeu, peu importe qu'elle ait été contractée par un majeur ou par un mineur. C'est au débiteur seul à voir s'il lui convient de remplir des engagements que la loi ne reconnaît point. Si le défunt paye pour lui, il n'acquitte pas une dette, donc nous ne sommes pas dans les termes de la loi. Et l'esprit n'est pas plus douteux que le texte. C'est à titre d'avantage que l'héritier doit rapporter ce qui a été employé pour le paiement de ses dettes; or, peut-on dire qu'il a été avantagé quand le défunt a payé pour lui une somme de mille francs que lui n'aurait pas payée? Il en est de même si la dette est civile, mais si le débiteur a une exception péremptoire qui l'anéantit : telles sont les dettes annulables ou rescindables. La minorité, que l'on cite d'ordinaire, n'est qu'une application de ce principe. Il faut dire plus : il ne suffit pas que la dette ait été contractée en minorité pour qu'elle soit nulle; à moins que la dette ne résulte d'un acte pour lequel la loi exige certaines formes, le mineur n'est restitué que s'il prouve qu'il a été lésé. Ce n'est donc qu'en cas de lésion que le mineur peut opposer l'exception de minorité à l'action en rapport. S'il n'a pas été lésé, la dette est pleinement valable, et il n'y a aucune raison pour ne pas soumettre au rapport ce que le défunt aura payé pour la libération de l'héritier mineur (1).

601. L'héritier doit-il le rapport de ce que le défunt a payé pour son remplacement? Il faut répondre affirmativement et sans hésiter; en effet, le service militaire est une dette personnelle de celui qui est appelé à servir; ce que le père paye pour affranchir son fils du service est

(1) Voyez, en sens divers, les auteurs cités par Zachariæ, t. IV, p. 452, note 15. Il faut ajouter Demante, t. III, p. 282, n° 188 bis II. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, p. 489, nos 709 et 710; Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 157, note; Demolombe, t. XVI, p. 430, n° 346 et p. 432, n° 347.

donc employé par lui pour le paiement d'une dette d'un des cohéritiers; partant celui-ci en doit le rapport, d'après le texte de l'article 851. Peu importe que, dans le système de la conscription, l'obligation du service militaire se répartisse par le sort; ce n'en est pas moins une dette qui doit être acquittée par celui que le sort frappe. Le texte du code décide donc la question, et l'esprit de la loi ne laisse aucun doute. Comme le dit la cour de Caen, quand il y a plusieurs frères tenus à servir, il serait contraire à l'égalité que la loi veut entre les héritiers, que le plus jeune supportât tout ensemble la charge du service et une part dans la dette de son frère; chacun doit payer la dette qui lui incombe (1); et en supposant que les autres enfants soient des filles, il n'est pas juste que celles-ci contribuent à payer une dette qui leur est étrangère. Il n'y a qu'un cas dans lequel l'application de la loi a quelque chose d'inique. Quand l'un des frères est remplacé, l'autre est exempté, d'après la législation belge; l'aîné paye donc une dette commune en fournissant un remplaçant; cependant lui seul en devra le rapport. Mais le motif de décider subsiste, c'est que la dette est personnelle au remplacé, et que le remplacement lui procure un avantage personnel.

La doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur le principe, sauf quelques dissentiments dans l'application; ces hésitations et ces incertitudes témoignent que les principes mêmes font défaut. Ainsi on distingue si l'enfant est mineur ou majeur. Est-il mineur, on prétend qu'il n'a pas le droit de convertir en une prestation pécuniaire la dette personnelle qui lui incombe, puisqu'il n'a pas le droit de disposer de ses biens. On en conclut que le père n'a pas le pouvoir de grever son fils de cette dette, que partant il faut considérer le prix qu'il paye comme une libéralité précipitaire. Nous répondons, et la réponse nous semble péremptoire, que l'enfant, quoique mineur, est tenu d'acquitter la dette du service militaire, et que le code le considère même comme majeur à cet égard, puisqu'il lui per-

(1) Caen, 5 janvier 1811 (Daloz, au mot *Succession*, n° 1174). Comparez Chabot, t. II, p. 464 n° 4 de l'article 851; Zachariæ, t. IV, p. 452 et note 16; Demolombe, t. XVI, p. 437, n° 350.

met de s'enrôler volontairement à l'âge de dix-huit ans. Donc si le père fournit un remplaçant à son fils, c'est avec le consentement tacite de celui-ci, et ce consentement est valable, puisqu'il s'agit d'un mode d'acquitter une dette pour laquelle l'enfant mineur est réputé majeur. D'après les principes de droit, le remplacement est une dation en paiement; donc le père paye la dette du fils, et ce paiement est admis par la loi.

D'autres objections ont été produites devant les tribunaux, et le grand nombre de décisions intervenues sur cette matière prouvent que le débat se renouvelle sans cesse. Les contrats, dit-on, n'obligent que les parties qui y figurent; or, le remplacé reste étranger au contrat de remplacement. Cette objection confond la dette et le paiement de la dette; l'héritier doit être partie dans l'acte d'où résulte la dette, mais l'article 851 n'exige pas qu'il soit partie dans le paiement; il suppose plutôt le contraire. Or, dans l'espèce, la dette est imposée par la loi, le fils ne doit donc intervenir ni dans la dette, il est débiteur malgré lui, ni dans le contrat de remplacement, que le père est autorisé à faire en vertu de la loi et qu'il fait toujours pour son fils; il n'est pas même nécessaire qu'il contracte au nom de son fils (1).

On a objecté la prescription, le partage se faisant plus de trente ans après que le père a payé le prix du remplacement. L'objection confond le paiement ou l'action en répétition avec le rapport. Ce que le père paye au remplaçant est considéré par la loi comme un avancement d'hoirie; or, il ne peut être question de rapporter les avancements d'hoirie du vivant du père; l'obligation du rapport ne prend naissance qu'à l'ouverture de sa succession, et elle ne se prescrit qu'avec l'action en partage; c'est dire que la prescription ne peut jamais être opposée (2).

Il y a un arrêt qui considère le remplacement comme un accessoire des frais d'éducation, en ce sens que l'enfant remplacé eût été obligé d'interrompre ses études et en eût

(1) Riom, 19 août 1829 et Bourges, 22 juillet 1829 (Daloz, au mot *Succession*, n° 1175).

(2) Amiens, 17 mars 1853 (Daloz, 1853, 2, 239).

perdu le fruit peut-être pour toujours ; or, les frais d'éducation ne sont pas rapportables (art. 852) (1). On pourrait dire la même chose de tous ceux qui, à l'âge où ils sont appelés au service militaire, n'ont pas encore achevé leur éducation, c'est-à-dire de l'immense majorité des remplacés ; ce qui aboutirait à la conclusion que le prix du remplacement ne serait presque jamais sujet à rapport. Il nous semble que l'objection porte à faux. Les frais d'éducation sont ceux que l'on fait pour instruire et élever les enfants ; il est donc impossible d'y comprendre le rachat du service militaire. Sans doute ce service entrave l'éducation, au moins pour les classes lettrées, et même pour les artisans, mais c'est une entrave légale, c'est-à-dire une dette. La question rentre donc dans l'article 851, et non dans l'article 852.

602. Y a-t-il des cas dans lesquels le remplacé n'est pas tenu de rapporter ce qui a été payé par le défunt au remplaçant ? La loi ne parle ni de l'obligation du service militaire, ni du rapport auquel le remplacé est tenu, ni de la dispense de ce rapport ; il faut donc décider la difficulté d'après les principes généraux.

Le remplacé prétend qu'il avait une cause légale d'exemption que le père a négligé de faire valoir. Si la cause d'exemption était réelle, il est certain que le remplacé pourrait s'en prévaloir pour se dispenser du rapport ; car, dans ce cas, il n'était pas débiteur, le père n'a pas payé une dette de son fils, donc celui-ci ne peut être tenu à rapporter ce que le père a imprudemment payé (2).

Il y a une exception très-fréquente que la doctrine admet ainsi que la jurisprudence. Si le remplacement se fait dans l'intérêt du père ou de la famille, il n'y a plus lieu au rapport ; car le rapport implique un avantage que l'héritier a reçu du défunt, tandis que, dans l'espèce, c'est le défunt qui a reçu un avantage et cet avantage profite indirectement à ses héritiers ; c'est dire qu'il ne peut être question de rapport ; on ne se trouve ni dans le texte, ni dans

(1) Caen, 2 mai 1842 (Daloz, au mot *Succession*, n° 1180).

(2) Bourges, 22 juillet 1829 (Daloz, au mot *Succession*, n° 1175).

l'esprit de la loi (1). Il y a un grand nombre d'arrêts sur cette question ; quoique le principe soit incontestable, il y a toujours une question de fait à examiner : le remplacement s'est-il fait dans l'intérêt du père ou de la famille ? C'est naturellement au remplacé qui demande à être exempté du rapport de prouver le fait qui sert de fondement à son exception.

Y a-t-il d'autres exceptions ? On en allègue de toute espèce devant les tribunaux. Ainsi il a été jugé que lorsque le prix payé pour le remplacement est modique, il n'y a pas lieu d'en faire le rapport. La cour de cassation a eu tort d'admettre cette exception dans le considérant d'un de ses arrêts (2). La modicité de l'avantage n'est jamais une cause de dispense pour l'héritier avantage : *tout ce qu'il a reçu du défunt doit être rapporté*, dit l'article 843. Cette règle absolue prévient les contestations sans nombre qui s'élèveraient sur le point de savoir si, eu égard à la fortune du défunt, l'avantage est modique ou non.

Toullier a imaginé une autre cause de dispense. Le père traite à forfait avec un remplaçant ou une compagnie ; le remplacé est exempté du service par la chance du sort qui lui est favorable. Il ne devra pas, dit-on, la somme payée par le père, car, en réalité, il n'est pas débiteur, il n'y a donc pas eu de dette payée pour lui, dès lors la base du rapport fait défaut. Duvergier, l'annotateur de Toullier, répond qu'il n'est pas vrai de dire que la somme payée par le père est demeurée sans emploi utile. La chance a été favorable au fils, elle pouvait lui être défavorable, et, dans ce cas, il eût fallu payer un prix bien supérieur à celui qui a été donné à la compagnie. Quand il y a contrat aléatoire, on estime l'utilité de la dépense, non d'après ce qui arrive, mais d'après ce qui aurait pu arriver. Une prime

(1) Voyez les autorités citées par Zachariae, t. IV, p. 453, note 17 ; et les arrêts cités par Daloz, au mot *Succession*, n° 1177. Il faut ajouter Amiens, 17 mars 1853 (Daloz, 1853, 2, 239) ; Rejet du 21 décembre 1853 (Daloz, 1854, 1, 438) ; Bordeaux, 21 avril 1860 (Daloz, 1860, 2, 167). La jurisprudence des cours de Belgique est dans le même sens : Liège, 22 décembre 1853 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 152) ; Gand, 24 avril 1855 (*Pasicrisie*, 1855, 2, 210) ; Bruxelles, 31 janvier et 8 août 1855 (*Pasicrisie*, 1855, 2, 214 et 356).

(2) Grenoble, 2 février 1822 (Daloz, au mot *Succession*, n° 1176). Rejet, 21 décembre 1853 (Daloz, 1854, 1, 438).