

KM 19
F8
L3
1887
V. 15

TITRE III

DES DONATIONS ENTRE-VIFS ET DES TESTAMENTS.

(Suite.)

CHAPITRE VIII.

DU PARTAGE D'ASCENDANT (1).

SECTION I. — Conditions requises pour qu'il y ait partage d'ascendant.

§ 1^{er}. *Notions générales.*

1. L'article 1075 porte : « Les père et mère et autres ascendants pourront faire, entre leurs enfants et descendants, la distribution et le partage de leurs biens. » Régulièrement le partage se fait par les parties intéressées. Pourquoi la loi permet-elle aux ascendants de partager eux-mêmes leurs biens entre leurs descendants? L'orateur du gouvernement répond, dans l'exposé des motifs, que le but de ce partage exceptionnel est de prévenir les dissensions qui s'élèvent entre les enfants, et qui trop souvent déchirent les familles à l'occasion des partages. Bigot-Préameneu ajoute que personne mieux que les pères et mères ne connaît la valeur, les avantages, les inconvénients que présentent les biens qu'ils délaissent ; mieux que tout autre ils pourront composer les lots, en

(1) Genty, *Des partages d'ascendants*, 1 vol. in-8°. Paris, 1850. Réquier, *Traité des partages d'ascendants*, 1 vol. in-8°. Paris, 1868. Bertauld, *Du partage d'ascendant* (questions de code Napoléon, t. II, Paris, 1869). De Folleville, *Du partage d'ascendant* (Programme, 2^e examen, tome I, p. 322, Appendice).

tenant compte des besoins et même des prédilections de leurs enfants. Le partage d'ascendant a encore un avantage, c'est d'empêcher les partages judiciaires, qui deviennent une nécessité lorsque les enfants ne s'entendent pas, et qui, malheureusement, absorbent une grande partie de l'hérédité. Ces dernières considérations ne sont que secondaires. Quant au but principal que le législateur a eu en vue, il est rarement atteint; les ascendants ne font pas toujours les partages avec l'esprit d'équité que le législateur leur suppose; ils abusent de la faculté que le code leur donne pour avantager indirectement un enfant chéri aux dépens de ses frères et sœurs; de sorte que des actes destinés à maintenir la concorde entre les enfants deviennent une source de discordes et de haines. Autant valait, nous semble-t-il, maintenir l'ordre régulier des choses (1).

2. Le partage d'ascendant fait par testament est d'origine romaine. Quant au partage fait par donation, il a sa source dans l'ancienne jurisprudence, où il était connu sous le nom de démission de biens (2). Toutefois le partage consacré par le code diffère en un point important de la démission usitée jadis. La donation étant essentiellement irrévocable, le partage fait sous cette forme participe de l'irrévocabilité qui caractérise les libéralités entre-vifs. Tandis que la démission de biens, tout en dessaisissant le père qui partageait ses biens, lui permettait de révoquer le partage. Chose remarquable: c'est la jurisprudence qui introduisit le principe de la révocabilité, et elle le fit sous l'influence d'une triste expérience. Un de nos vieux proverbes dit:

Qui le sien donne avant mourir
Bientôt s'apprête à moult souffrir (3).

Cet adage ne témoigne pas en faveur des partages d'ascendant. Les auteurs en sont réduits à conseiller aux officiers publics qui rédigent les partages d'y insérer des clauses qui permettent aux ascendants de se mettre à

(1) Bigot-Prémeneu, Exposé des motifs, n° 76 (Loché, t. V, p. 335). Duranton, t. IX, p. 600, n° 614. Demolombe, t. XXII, p. 628, nos 655 667.

(2) Voyez les détails dans de Folleville, p. 323, nos 1038 et suiv.

(3) Loysel, *Institutes coutumières*, n° 668. Genty, p. 44, 56.

l'abri de l'ingratitude de leurs enfants. En vérité, mieux valait les laisser se quereller entre eux s'ils en ont envie. Là où les frères et sœurs s'aiment, le partage d'ascendant est inutile; là où, au lieu de l'amour fraternel, règnent la jalousie, l'envie, l'égoïsme, le père aura beau partager les biens, il n'établira pas la concorde quand la discorde est dans les âmes.

3. Le partage d'ascendant a un caractère tout singulier, il renferme des principes contradictoires. Par son objet, c'est un acte qui distribue les biens du père entre les enfants; l'article 1075 le dit; mais l'article 1076 ajoute que les partages se font par donation entre-vifs ou par testament, en observant les formes, les conditions et les règles prescrites pour les donations et les testaments. Or, les donations et les testaments sont des actes translatifs de propriété. Ainsi un seul et même acte est tout ensemble un partage, c'est-à-dire un acte distributif, déclaratif de propriété, et une donation entre-vifs ou testamentaire, c'est-à-dire un acte qui transfère la propriété de la tête du donateur sur celle du donataire. Il y a là deux éléments contraires, l'un ne doit pas absorber l'autre; ce serait se mettre en dehors de la loi. Il faut donc faire à chacun sa part: œuvre très-difficile et qui donne lieu à des controverses sans fin. On dit que l'élément de libéralité domine dans le partage fait par donation, tandis que, dans les partages testamentaires, la distribution des biens est l'élément dominant. Cela est vrai en un certain sens. Le père qui partage ses biens par testament ne donne rien à ses enfants, puisque, au moment où le partage produira ses effets, les biens que le père laisse appartiennent aux enfants en vertu de la nature et de la loi. S'il les partage entre-vifs, il fait une véritable libéralité, au moins pour la jouissance; il donne ce qu'il pouvait garder et dépenser. Est-ce à dire que le partage entre-vifs soit en tout une donation? Non; entre les enfants le partage est un acte distributif, puisqu'il tient lieu du partage que les descendants auraient dû faire à la mort du donateur. Nous allons voir les conséquences qui résultent de ce conflit de principes.

§ II. *Qui peut faire un partage d'ascendant.*

4. Le mot même de *partage d'ascendant* semble répondre à la question, et la loi paraît tout aussi formelle en disant que les *père et mère et autres ascendants* pourront faire, entre leurs *enfants et descendants*, le partage de leurs biens. C'est donc un droit que la loi donne aux ascendants et qu'elle ne donne qu'à eux ; ce qui implique que d'autres que les ascendants ne l'ont pas. Telle est, en effet, l'opinion généralement suivie. Cependant l'opinion contraire professée par Delvincourt a été consacrée par un arrêt, et elle a trouvé faveur chez des auteurs modernes. Ce qui complique la question, c'est que les partisans de l'opinion générale, qui est aussi la nôtre, ne paraissent pas bien sûrs des principes sur lesquels ils fondent leur doctrine, pour mieux dire, ils n'en ont pas ; aussi leur embarras est-il grand quand ils veulent justifier l'espèce de faveur que la loi accorde aux ascendants et refuse à tout autre parent. Cette incertitude vient de ce que l'on n'est pas d'accord sur les droits que l'homme a en ce qui concerne la disposition de ses biens.

Nous avons essayé d'établir les vrais principes en traitant des exécuteurs testamentaires (1). A notre avis, le droit du propriétaire sur ses biens cesse à sa mort pour faire place au droit de ses héritiers ; nommer ces héritiers, voilà le seul droit que la loi lui reconnaisse ; il les institue pour le moment où il n'existera plus. Ici son droit s'arrête. Il a légué ses biens, il meurt. Après sa mort, il ne peut plus faire aucun acte de volonté ; il a fallu une disposition expresse de la loi pour lui permettre de nommer un exécuteur testamentaire chargé de veiller à l'exécution de ses dernières volontés. Si l'on admet ce principe, la conséquence est incontestable : celui qui lègue ses biens ne peut pas en faire le partage. Partager est un droit de ceux qui sont copropriétaires par indivis, l'indivision commence au décès du testateur ; et à ce mo-

(1) Voyez le tome XIV de mes *Principes*, p. 348, n° 323 et p. 359, n° 332 et suivants.

ment le droit du défunt sur ses biens cesse. Les héritiers sont les seuls ayants droit, eux seuls peuvent procéder à la distribution des biens, qui leur appartiennent exclusivement. Il suit de là que le droit que la loi accorde aux ascendants est un droit exceptionnel, donc il ne peut être étendu à d'autres parents. Vainement dirait-on qu'il y a même raison ; les motifs d'analogie ne sont pas admissibles quand il s'agit d'exceptions ; et d'ailleurs il n'y a pas identité de motifs. La loi veut maintenir l'harmonie entre les enfants d'un même père ; l'ordre moral est troublé lorsque la discorde envahit le foyer domestique, c'est la dissolution de la famille, et la famille est la base de la société. Sans doute, les dissensions entre parents sont toujours un mal, et même les contestations entre étrangers qui seraient appelés à une hérédité. Mais on ne niera pas que le mal est bien plus grave quand la haine divise les enfants d'un même père.

Tels sont, à notre avis, les motifs d'ordre public qui ont engagé le législateur à permettre au père d'interposer son autorité après son décès, en imposant sa volonté à ses enfants lorsque la désunion menace de troubler sa famille. Les autres parents n'ont pas ce pouvoir, par cela seul que la loi ne le leur accorde point. Quand le partage se fait entre-vifs, il y a un motif de plus pour limiter le droit aux ascendants. Le partage entre-vifs porte sur une succession non ouverte ; il y a des copartageants alors qu'il n'y a pas encore d'hérédité, c'est un pacte successoire ; or, la loi prohibe toutes conventions sur une succession future (art. 1130) ; si elle les admet, c'est par exception, et ces exceptions sont de l'interprétation la plus stricte, car elles dérogent à une prohibition qui concerne les bonnes mœurs. On voit que le partage d'ascendant tient, sous tous les rapports, à l'ordre public. C'est dire que la loi seule pourrait étendre une faculté qu'elle ne donne qu'aux ascendants (1).

Il y a un arrêt en sens contraire de la cour de Caen. La cour considère le droit de partager les biens comme

(1) Comparez Réquier, p. 204, n° 116. De Folleville, p. 351, n° 1141 et suiv.

une conséquence du pouvoir de disposer. Ceux qui pourraient priver leurs héritiers légitimes des biens qu'ils laissent peuvent à plus forte raison en faire la distribution entre eux comme ils l'entendent. C'est parce que les ascendants n'ont pas la libre disposition de leurs biens, une partie étant réservée aux enfants, que la loi a dû leur donner, par un article formel, le droit de partage qu'on aurait pu leur contester, à cause de l'indisponibilité de la réserve (1). Nous contestons la base de l'argumentation, le fameux adage qui joue un si mauvais rôle dans la matière des testaments : « Qui peut le plus, peut le moins. » Non, vous pouvez exhériter vos parents non réservataires, et cependant vous ne pouvez pas entraver, vinculer le droit de propriété sur les biens que vous leur laisserez ; or, le partage que vous faites anticipativement est une de ces entraves qu'il ne vous est pas permis de leur imposer, car vous ne pouvez pas faire acte de puissance alors que vous n'existez plus.

5. Hâtons-nous d'ajouter en quel sens la faculté de partager n'appartient pas à d'autres qu'aux ascendants. Nous venons de dire (n° 3) que le partage a un caractère mixte ; c'est un acte de disposition tout ensemble et un acte de distribution. Comme acte de disposition, c'est l'application du droit commun, chacun pouvant disposer de ses biens par donation ou par testament ; donc tout parent peut donner ses biens entre-vifs à ses héritiers présomptifs, et il peut les leur léguer par testament en assignant à chacun sa part ; il peut même qualifier cet acte de partage ; les expressions dont le disposant se sert sont indifférentes en droit moderne. Pourvu que la disposition soit faite dans les formes prescrites pour les donations et les testaments, elle sera valable et elle produira les effets que la loi attache aux libéralités entre-vifs et testamentaires ; mais elle ne produira que ces effets-là. Le partage d'ascendant est encore une distribution de biens (article 1075) ; à ce titre, il est soumis à des règles spéciales et il produit des effets spéciaux. Le partage doit être fait

(1) Caen, 2 décembre 1847 (Daloz, 1849, 2, 84). Comparez Genty, p. 90 et suiv. Bertauld (questions de code Napoléon, t. II, p. 3 et suiv.).

entre tous les héritiers présomptifs ; si un enfant y est omis, il n'y a point de partage (art. 1078). En serait-il de même d'un partage qu'un oncle ferait entre ses neveux ? Non, certes, le neveu omis n'aurait aucune action et le partage serait définitif entre les neveux qui y sont compris ; pour mieux dire, les neveux auraient les droits qui appartiennent à tout donataire ou légataire, un droit de propriété exclusif et inattaquable pour cause d'omission d'un neveu. Le partage d'ascendant étant une distribution de biens, l'ascendant doit observer les règles d'égalité qui président au partage entre héritiers *ab intestat* (art. 826 et 832). En serait-il de même de l'oncle qui partagerait ses biens entre ses neveux ? Non, car il ne partage pas, il donne ou il lègue, c'est un maître qui dispose de ses biens et il en dispose comme il l'entend. Le partage d'ascendant est soumis à la rescision pour cause de lésion, et il donne lieu à la garantie. Si un oncle partage ses biens entre ses neveux, ceux-ci seront-ils garants en cas d'éviction ? auront-ils l'action en rescision en cas de lésion ? La question n'a point de sens. Ils ne sont pas copartageants, ils sont donataires ou légataires, chacun est propriétaire des biens qui lui ont été donnés ou légués ; il ne peut être question ni de lésion ni de garantie. L'oncle ne peut donc pas faire de partage proprement dit, parce que la loi ne lui en donne pas le droit, il peut faire une donation ou un testament ; c'est le droit commun (1).

6. Le disposant qui n'est pas ascendant pourrait-il déclarer que sa volonté est que la distribution qu'il fait de ses biens, par donation ou par testament, soit soumise aux principes qui régissent le partage d'ascendant ? Il y a des auteurs qui l'admettent (2). C'est une concession dangereuse qu'ils font à l'opinion qu'ils combattent. Si c'est une question d'intention, les auteurs dissidents ont raison de dire que cette intention peut résulter non-seule-

(1) Duranton, t. IX, p. 602, nos 617-619, et les auteurs cités par Demolombe, t. XXII, p. 663, n° 700, et par Aubry et Rau, t. VI, p. 217, notes 3 et 4, § 728. Réquier, p. 208, n° 117.

(2) Colmet de Santerre dans Demante, t. IV, p. 454, n° 242 bis 11. Demolombe, t. XXII, p. 663, n° 701.

ment d'une déclaration expresse de volonté, mais du terme seul de partage dont le disposant s'est servi. Que devient alors le principe qui permet à l'ascendant seul de partager ses biens entre ses descendants? Une vaine théorie. Cette inconséquence vient de l'incertitude qui règne sur les principes. Si l'on admet avec nous que le disposant ne peut pas faire de partage, il faut décider qu'il ne le peut pas plus expressément que tacitement, indirectement que directement. Il peut seulement faire des donations et des legs, en y ajoutant des conditions qui se concilient avec l'essence des libéralités entre-vifs et testamentaires. Tel est le principe; nous n'entrons pas dans les difficultés que présente l'application, parce que jusqu'ici elles ne se sont pas produites.

§ III. *Entre qui?*

7. Aux termes de l'article 1075, le partage doit se faire entre les enfants et descendants des pères et mères ou autres ascendants qui le font. De là suit, comme l'a jugé la cour de cassation, qu'il n'y a de partage d'ascendant que si la disposition est faite uniquement au profit des successibles; si d'autres que des successibles en profitent, il ne peut plus être question de partage, le partage supposant un droit préexistant dans la personne de ceux qui y concourent. De plus, comme le dit le même arrêt, il faut que tous les successibles reçoivent leur part, car le partage est une liquidation qui doit nécessairement se faire entre tous les ayants droit. Dans l'espèce, la cour de Colmar avait jugé qu'il y avait partage dans l'acte par lequel la mère du futur époux cède un héritage, tant à son fils qu'à la future épouse, moyennant un prix déterminé que les cessionnaires s'obligeaient à verser dans la succession de la cédante; un autre enfant de la mère était intervenu, mais sans recevoir aucune partie de l'immeuble ni du prix; il n'y avait donc aucun partage entre les successibles, et dans l'acte que la cour quali-

fait de partage figurait un non-successible. Cela décidait la question; l'arrêt fut cassé et devait l'être (1).

8. En disant que le partage doit se faire entre les enfants et descendants, l'article 1075 entend que les copartageants soient les successibles de celui qui distribue ses biens, c'est-à-dire qu'ils soient appelés à son hérité par la loi. Un père fait le partage de ses biens entre son fils et les enfants de celui-ci. Ce partage est nul, car les petits-fils ne sont pas successibles de leur aïeul du vivant de leur père. Celui-ci seul est successible, ce qui exclut toute idée de part, puisque l'enfant unique est appelé à toute l'hérité de son père (2).

9. Il résulte encore une autre conséquence tout aussi évidente du texte de l'article 1075. Pour qu'il y ait partage, il faut que l'ascendant fasse la *distribution* et le *partage* de ses biens entre ses enfants et descendants: conçoit-on un partage sans que les biens auxquels les héritiers sont appelés leur soient distribués? On prétend cependant, et il y a des arrêts en ce sens, que l'acte par lequel le père a donné ses biens à ses enfants, dans la proportion de leurs droits héréditaires, sans faire la division matérielle des biens, est un partage d'ascendant (3). Cette opinion doit être rejetée par cela seul qu'elle est en opposition avec le texte formel de l'article 1075. Qu'allègue-t-on pour justifier une interprétation qui contredit la lettre de la loi? On invoque la tradition. Il y avait, dans l'ancien droit, deux espèces de démissions de biens: par l'une, l'ascendant faisait l'abandon de ses biens sans les distribuer et, par l'autre, il réglait les parts de ses enfants. Soit, mais l'ancien droit est abrogé; le code ne connaît plus deux espèces de partage, il n'en connaît qu'un qu'il définit et qui consiste à *distribuer* les biens. Que l'on interprète le code par l'ancienne jurisprudence, à la bonne heure! Mais qu'on n'introduise pas dans le

(1) Cassation, 22 mai 1838 (Daloz, au mot *Dispositions*, n° 4474, 4°). Comparez Rennes, 11 janvier 1814 (Daloz, *ibid.*, n° 4479, 1°).

(2) Rejet, 26 janvier 1848 (Daloz, 1848, 1, 56). Douai, 10 novembre 1853 (Daloz, 1853, 2, 170).

(3) Demolombe, t. XXIII, p. 48, n° 54.

code une espèce de partage qu'il ignore. On prétend que l'esprit de la loi autorise cette interprétation extensive. L'esprit de la loi ! Et où va-t-on le chercher ? Dans l'ancien droit. Ce que le législateur a voulu encourager, dit-on, c'est la démission de biens, afin qu'ils passent des mains débiles de l'ascendant dans les mains vigoureuses de ses enfants. Où cela est-il dit ? Il n'y a pas un mot de ce prétendu esprit de la loi dans les travaux préparatoires. Le seul motif que donne l'orateur du gouvernement est celui que nous avons rapporté : prévenir les dissensions de famille. Si c'était la vieillesse qui a fait introduire le partage d'ascendant, le législateur aurait dû le permettre à tous les vieillards, au lieu de le restreindre aux ascendants. Les conséquences de cette opinion ne sont pas moins étranges que la doctrine elle-même. On est obligé d'avouer que les articles 1076 et 1079 ne sont pas applicables au prétendu partage qui ne partage point. Ainsi sur six articles dont se compose tout notre chapitre on en retranche deux, et on altère le troisième (art. 1075). Voilà à quoi l'on aboutit quand, au lieu de s'en tenir au texte clair de la loi, on veut l'interpréter par l'esprit de la loi, ce qui conduit régulièrement à faire dire au législateur le contraire de ce qu'il a dit, et nous ajoutons de ce qu'il a voulu dire ; ou est-ce que par hasard, quand le législateur parle clairement, c'est pour dire le contraire de ce qu'il veut dire ?

10. On prétend que la doctrine que nous soutenons, consacrée d'abord par la jurisprudence, a fini par être abandonnée. La vérité est que la jurisprudence est hésitante, mais le principe qui tend à l'emporter est celui qui est écrit dans l'article 1075 : il n'y a pas de partage quand il n'y a pas de distribution de biens entre les enfants.

Il y a des arrêts qui posent en principe « que les articles 1075 et suivants n'exigent pas impérativement que le partage se trouve *matériellement* effectué dans l'acte par lequel le père abandonne ses biens à ses enfants (1). »

(1) Rejet de la chambre civile, 26 avril 1836 (Dalloz, au mot *Enregistrement*, n° 3910) et 21 avril 1838 (Dalloz, *ibid.*, n° 3918).

La cour de cassation, qui l'a jugé ainsi, ne donne aucun motif à l'appui de sa décision ; c'est une simple affirmation. Nous n'hésitons pas à dire que ce prétendu principe est une erreur. Il est vrai que le mot *matériel* ne se trouve pas dans la loi ; mais l'expression *distribution et partage des biens* n'implique-t-elle pas une division matérielle ? Qu'est-ce donc que le partage, sinon une opération matérielle ayant pour objet de distribuer les biens entre les copartageants ? Et n'est-ce pas cette opération matérielle qui provoque les difficultés, les contestations que la loi a voulu prévenir en permettant aux ascendants de la faire ? La cour de cassation a donc contre elle le texte et l'esprit de la loi.

Il faut encore remarquer que ces arrêts sont rendus en matière fiscale, ce qui diminue beaucoup leur autorité en matière civile. Le jugement rendu dans la cause Louis-Philippe d'Orléans se fonde sur une loi de finance (16 juin 1824) ; il constate que le donateur était dans l'impossibilité de partager matériellement ses biens, puisqu'une partie de ces biens était encore indivise entre lui et sa mère et sa sœur. Le tribunal invoque la jurisprudence de la cour de cassation d'après laquelle cette impossibilité n'enlève pas au père la faculté de partager ses biens (1). Cette doctrine nous paraît plus que douteuse. La loi donne au père le droit de partager pour prévenir les dissensions auxquelles donnent lieu les difficultés du partage. Est-ce faire un partage, dans le sens et l'esprit de la loi, que de faire un abandon de biens indivis ? Cela est si peu un partage qu'il faudra un partage réel pour mettre fin à l'indivision. Dira-t-on que nous enlevons au père un droit que la loi lui donne ? Notre réponse est dans l'article 815. Le père qui veut faire un partage sérieux de ses biens, lorsque ces biens sont encore indivis en tout ou en partie, doit commencer par mettre fin à l'indivision, et il le peut toujours (art. 815) ; puis il pourra distribuer ses biens entre ses enfants. S'il se borne à leur abandonner des biens indivis, loin de prévenir les difficultés, il les aug-

(1) Rejet, 29 mars 1831 (Dalloz, au mot *Enregistrement*, n° 3934).

mente, puisqu'il donne ou lègue à ses enfants un double partage à faire. Singulier partage que celui qui oblige les copartagés à procéder à un premier partage pour déterminer les biens qu'ils auront ensuite à partager!

La cour de Paris a encore renchéri sur la cour de cassation en décidant que le père qui abandonne ses biens à ses enfants peut leur imposer la condition de rester dans l'indivision, au moins pendant le délai de cinq ans, ce qui n'empêchera pas cet abandon d'être un partage⁽¹⁾. Avouons que c'est un étrange partage que celui qui, au lieu de diviser les biens, ordonne qu'ils resteront indivis! Sur quoi la cour se fonde-t-elle pour décider qu'une clause d'indivision équivaut à un partage? Cette clause, dit-elle, n'infirme pas la validité de la démission de biens, puisqu'elle pourrait être la clause d'un partage entre héritiers. Ouvrons le code civil, ce que la cour a sans doute négligé de faire; que dit l'article 815? « Nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision; et le partage peut toujours être demandé nonobstant prohibitions et conventions contraires. *On peut cependant convenir de suspendre le partage pendant un temps limité.* » Il résulte de là d'abord que les parties intéressées peuvent seules convenir qu'elles resteront dans l'indivision. Il en résulte encore que la clause d'indivision est une convention qui *suspend le partage*, et non, comme le dit la cour, une clause du partage. Il est contradictoire de partager et de rester dans l'indivision.

11. D'autres arrêts admettent qu'il y a partage d'ascendant lorsque le partage est fait par les enfants auxquels les biens sont abandonnés. La doctrine ainsi formulée serait certainement inexacte; ce serait un partage de descendants et non un partage d'ascendant. Il importe de préciser les espèces dans lesquelles les arrêts ont été rendus, afin que l'on ne fasse point dire à la jurisprudence le contraire de ce qu'elle dit. Rien de plus inutile tout ensemble et de plus trompeur que les citations d'arrêts en masse que l'on trouve dans les auteurs modernes.

(1) Paris, 23 juin 1849 (Dalloz, 1850, 2, 10). Demolombe approuve (t. XXIII, p. 52, n° 56).

Il faut se donner la peine de les analyser et de les discuter, comme Merlin le fait toujours, sinon la jurisprudence deviendra une science de compilation. La cour de cassation a jugé que si les enfants concourent à l'acte et s'ils font le partage *sous l'influence* et avec l'assentiment du père, il y a partage d'ascendant⁽¹⁾. Nous sommes d'accord; cela suppose un partage entre-vifs pour lequel il faut le consentement des enfants; certes il est dans l'esprit de la loi qu'ils consentent volontairement; un partage qui leur serait imposé serait un germe de discorde, au lieu d'être un élément d'union et de paix. Et quel meilleur moyen de maintenir l'harmonie entre frères que de les laisser eux-mêmes procéder au partage sous les yeux et sous la direction de l'ascendant? Ce sera un vrai partage d'ascendant, puisque ce sera un gage de concorde.

Le partage est-il encore un partage d'ascendant lorsque l'abandon et la distribution se font par des actes différents? On l'a contesté dans une espèce où bien évidemment les deux actes ne formaient qu'un seul et même fait juridique. Le père commence par déclarer que son intention est d'user de la faculté que lui accordent les articles 1075 et 1076. Puis il fait donation entre-vifs de ses immeubles à ses quatre enfants, qui l'acceptent. Dans le même acte, et avec le concours et le consentement de tous les enfants donataires, le père répartit entre eux les immeubles donnés. Comme deux immeubles étaient reconnus impartageables, l'un des enfants les accepta dans son lot sur la proposition du père, à la charge de payer une soulte à chacun des trois autres enfants. L'acte se termine par cette clause que le père et ses enfants font cession et abandon, à titre de partage, à chaque copartageant de ce qui forme son lot. Ce n'est pas là un partage d'ascendant, dit la cour d'Amiens. La donation, quoique faite dans le même acte que le partage, le précède, et elle est un fait accompli lorsque le partage a lieu. Dans cette seconde partie de l'acte, le père se borne à proposer, à exercer une sorte d'influence morale, à

(1) Rejet, 10 avril 1831 (Dalloz, au mot *Enregistrement*, n° 3935).

émettre des vœux; ce qui exclut l'idée que le partage soit une condition de la donation. La cour en conclut que les donataires ont eu, ne fût-ce que pendant un instant de raison, un droit indivis sur les immeubles provenant de leur père et que c'est entre les enfants que le partage s'est opéré. Cette décision a été cassée, bien qu'elle semblât n'être que l'appréciation d'une convention. La cour de cassation, contre son habitude, juge très-sévèrement l'arrêt qu'elle annule. Si, dit-elle, il appartient au juge du fait de rechercher l'intention des parties, il ne peut lui appartenir de modifier arbitrairement un contrat sous prétexte de l'interpréter, d'en changer la nature ou l'essence, de lui donner une fausse qualification pour le placer dans une classe à laquelle il serait étranger et le soumettre à des règles qui ne lui sont pas applicables. L'acte litigieux, continue la cour, est évidemment un partage d'ascendant; fait entre-vifs, il devait contenir une donation des biens, la donation étant à la fois le principe et la forme légale de ce mode de partage. C'est à tort que la cour d'Amiens a distingué dans cet acte deux contrats distincts, indépendants, dont l'un, la donation, aurait saisi immédiatement les donataires de la propriété indivise des biens donnés, et dont l'autre, étranger au donateur, exclusivement personnel aux donataires, aurait eu pour objet le partage de ces biens. Briser de la sorte l'unité d'un contrat dont toutes les stipulations concourent au but que le père de famille déclare lui-même s'être proposé, c'est dénaturer le caractère de l'acte (1). Que si, ajouterons-nous, le père, au lieu de commander, a usé de son influence morale, tant mieux; c'est là le vrai partage d'ascendant.

La cour de Colmar a rendu un arrêt dans le même esprit. Dans l'espèce, les père et mère donnaient par deux actes séparés, mais du même jour, certains de leurs immeubles à deux de leurs enfants par préciput et hors part. Par un troisième acte du même jour, ils firent abandon à tous leurs enfants de la presque totalité de leurs biens,

(1) Cassation, 4 juin 1849 (Daloz 1849, 1, 307).

avec formation de lots et partage des biens abandonnés, sous condition d'une rente viagère. On aurait pu dire, comme l'avait fait la cour d'Amiens, que la donation ayant précédé le partage, les donataires s'étaient trouvés en état d'indivision et qu'ils en étaient sortis par un partage fait entre eux, car l'acte portait que les lots avaient été formés par les quatre enfants donataires; mais l'acte ajoutait que le partage s'était fait en la présence, sous les yeux et avec le concours des père et mère; et le préambule portait que les père et mère faisaient l'abandon de leurs biens à raison de leur grand âge et pour faciliter le partage à faire entre leurs enfants. La cour conclut, et avec raison, que tous ces actes, quoique faits séparément, n'en formaient qu'un seul et constituaient un partage d'ascendant (1).

Quand le partage se fait par un acte distinct, il peut ne pas être un partage d'ascendant. C'est ce qu'a décidé la cour de Bordeaux en se fondant sur les circonstances de la cause. Le père avait fait donation à ses enfants de tous ses biens indivisément; puis les enfants avaient partagé, le même jour, les biens que leur père venait de leur donner, ainsi que ceux qui provenaient de la succession encore indivise de leur mère prédécédée. Ce partage avait eu lieu sans le concours de l'ascendant donateur, sans aucune clause qui le rattachât à la donation; il n'était pas allégué que le père eût préparé le partage et que les enfants se fussent bornés à l'exécuter. Donc ce n'était pas un partage d'ascendant (2).

12. Dans une espèce analogue, la cour de Lyon a décidé en principe que le partage d'ascendant est l'acte par lequel les ascendants font entre leurs descendants la distribution et le partage de leurs biens; c'est la reproduction littérale de l'article 1075. La cour en conclut que l'abandon que le père fait de ses biens n'est pas un partage, si le père ne le fait pas et n'y concourt point, quoi-

(1) Colmar, 21 février 1855 (Daloz, 1870, 5, 262).

(2) Bordeaux, 8 mars 1870 (Daloz, 1871, 2, 202), et Rejet, 24 juin 1872 (Daloz, 1872, 1, 472). Dans le même sens, Colmar, 10 mai 1865 (Daloz, 1870, 5, 261).

que dans l'acte d'abandonnement il soit dit que la donation est faite à titre de partage; mais le père ne faisant pas lui-même le partage et n'y intervenant pas, l'acte était un partage fait entre descendants (1). Voilà bien l'application du principe tel que nous l'avons formulé. Il y a une série d'arrêts récents rendus dans le même sens.

La cour de Nancy a décidé que le propre d'un partage d'ascendant par disposition entre-vifs est de ne pouvoir intervenir qu'entre des successibles et leurs ascendants, d'opérer un abandonnement gratuit qui dépouille le donateur, enfin de préserver les successibles de tout état d'indivision quant à ces mêmes biens. Dans l'espèce, la mère avait vendu tous ses biens meubles et immeubles à ses enfants, mais sans faire entre eux aucun partage du prix, de sorte qu'à sa mort ces prix formaient la succession indivise de la mère. Il est vrai que la vente avait eu pour objet de favoriser la liquidation de la succession, en réduisant toute l'hérédité en créances facilement partageables. Toujours est-il que la vente ne constituait pas un partage (2).

La cour de Dijon a jugé de même, et en termes formels, que le partage permis aux pères de famille par les articles 1075 et suivants, ayant pour but de prévenir les difficultés qui pourraient s'élever entre les héritiers sur la distribution de la fortune de l'ascendant, doit être *réel et immédiat*; la cour en conclut qu'on ne saurait donner cette qualification à un acte qui laisse subsister l'indivision entre eux (3).

13. La démission de biens ne suffit donc pas pour qu'il y ait partage d'ascendant; si elle suffisait, il faudrait dire que l'abandon à un enfant unique serait un partage d'ascendant. M. Demolombe l'avoue; mais ici la jurisprudence sur laquelle il prend appui lui fait entièrement défaut; elle consacre, au contraire, l'opinion que nous avons soutenue; la cour de cassation juge constamment que les articles 1075 et suivants supposent une dis-

(1) Lyon, 23 mai 1868 (Dalloz, 1869, 2, 112 et suiv.).

(2) Nancy, 4 juin 1859 (Dalloz, 1860, 2, 22).

(3) Dijon, 20 novembre 1865 (Dalloz, 1866, 2, 86).

tribution de biens entre deux ou plusieurs descendants; d'où suit qu'il ne peut être question de partage quand il n'y a qu'un seul successible; le père peut lui abandonner tous ses biens, ce sera une donation, ce ne sera pas un partage (1). Nous concluons, avec la cour de cassation, que les articles 1075 et suivants supposent un partage *réel*, c'est-à-dire une distribution *effective* entre deux ou plusieurs successibles (2). Il y a un arrêt de la cour de cassation de Belgique dans le même sens (3).

§ IV. Formes.

NO 1. PRINCIPE.

14. Par lui-même le partage n'est pas un acte solennel; il n'exige aucune forme pour sa validité, bien moins encore pour son existence. Dans l'ancien droit, on admettait le même principe pour le partage d'ascendant. Le code civil a innové sous ce rapport; aux termes de l'article 1076, « le partage d'ascendant *pourra* être fait par acte entre-vifs ou testamentaire avec les formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre-vifs et testaments. » Les donations entre-vifs et les testaments étant des actes solennels, les partages aussi sont des actes qui n'existent que lorsque les formes légales ont été observées. L'article 1076 n'est donc pas exact en disant que les partages d'ascendants *pourront* être faits par donation ou par testament; cela est vrai en ce sens que l'ascendant a le choix: il *peut* partager ses biens par acte entre-vifs ou par une disposition de dernière volonté. Mais on doit ajouter qu'il ne peut le faire que sous l'une de ces formes.

L'innovation du code est fondée en raison. Quand le partage se fait entre-vifs, il est essentiellement une libéralité (n° 3); or, dans notre droit, les libéralités entre-

(1) Cassation, 4 janvier 1847 (Dalloz, 1847, 1, 58). Rejet, 5 juin 1848 (Dalloz, 1848, 1, 107). Demolombe, t. XXIII, p. 52, n° 55).

(2) Cassation, 12 mars 1849 (Dalloz, 1849, 1, 96).

(3) Aubry et Rau, t. VI, p. 219, § 729. Demolombe, t. XXIII, p. 23, n° 5.