

cipe que le père qui a fait cette promesse s'oblige seulement à ne donner aucun avantage préciputaire à l'un de ses successibles (1). A notre avis, cela est trop absolu, parce que l'on ne peut pas dire *à priori* quelle est l'intention des parties contractantes.

La cour de Limoges est plus dans le vrai, en décidant en termes un peu trop vagues que la promesse d'égalité exclut toute disposition qui blesse d'une manière notable l'égalité promise (2).

La cour de cassation, s'écartant de sa première jurisprudence, a consacré l'interprétation la plus rigoureuse, laquelle est au moins conforme à la lettre de la clause; elle a jugé que la promesse d'égalité faite par le père dans une institution contractuelle en faveur de ses enfants l'empêche de gratifier ensuite les uns au préjudice des autres, et ne lui ôte cependant pas le droit, entièrement distinct, de faire ultérieurement entre eux un partage d'ascendant, pourvu que l'égalité promise y soit scrupuleusement observée (3). Les interprétations littérales n'ont qu'un inconvénient : on ne doit les admettre qu'avec une réserve, c'est que la lettre peut ne pas être d'accord avec l'intention des parties.

C'est l'interprétation littérale et rigoureuse qui tend à l'emporter dans la jurisprudence. Un arrêt récent de la cour de Dijon dit que l'ascendant doit maintenir l'égalité promise; dans l'espèce, les enfants avantagés offraient de parfaire le lot de celui qui se prétendait lésé, soit en argent, soit en nature, ce qui couvrirait le vice d'inégalité (4).

Nous ne connaissons qu'un arrêt qui établisse le principe tel que nous l'avons formulé. La cour de Bruxelles dit que la loi ne déterminant pas les effets de la promesse d'égalité, s'en rapporte par cela même à la prudence des magistrats qui doivent les étendre ou les restreindre, selon que les termes dont l'ascendant s'est servi le per-

(1) Rejet de la chambre civile, 15 mars 1827 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 4457).

(2) Limoges, 29 février 1832 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 4456, 2°).

(3) Rejet, 26 mars 1845 (Dalloz, 1846, 1, 374).

(4) Dijon, 13 juillet 1870 (Dalloz, 1872, 1, 94).

mettent, le tout d'après la volonté présumée des parties. Dans l'espèce, il s'agissait de savoir si le père qui avait promis l'égalité à ses enfants pouvait encore disposer au profit d'étrangers. La cour jugea que le père ne s'était pas interdit cette faculté, qui est de droit naturel; nul n'étant censé renoncer à un droit que la loi lui accorde, il faut en conclure que la renonciation ne peut être admise que si elle est expresse (1).

### III. Du partage de la communauté.

48. Il va sans dire que les père et mère peuvent réunir leurs biens en une masse pour en faire conjointement le partage entre leurs enfants. C'est ce qu'on appelle ordinairement un partage conjonctif, parce qu'il contient la distribution de deux masses de biens confondues. Nous disons que cela est de droit, en ce sens que les père et mère partagent ce qui leur appartient. Toutefois il y a un motif de douter. Les enfants sont réservataires, ils ont droit à leur réserve en nature, c'est-à-dire qu'ils ont le droit de réclamer leur part en immeubles si leur père possède des immeubles. Pour mettre le partage à l'abri de toute attaque, les père et mère feront bien de composer les lots de façon que le droit de réserve ne soit point blessé. Nous reviendrons sur ce point.

Il y a encore une restriction à faire en ce qui concerne la forme du partage; les père et mère ne peuvent pas l'opérer par le même testament, puisque la loi défend les testaments conjonctifs. Si donc les père et mère veulent distribuer leurs biens par un seul et même acte, ils doivent faire un partage entre-vifs (2).

49. Les père et mère peuvent-ils comprendre dans ce partage les biens de leur communauté? On sait que le mari ne peut disposer à titre gratuit des immeubles de la communauté, ni de l'universalité ou d'une quotité du mobilier, si ce n'est pour l'établissement des enfants com-

(1) Bruxelles, 23 novembre 1833 (*Pasicrisie*, 1833, 2, 243).

(2) Demolombe, t. XXIII, p. 81, nos 80 et 81.

muns. Il ne pourrait donc pas faire à lui seul le partage des biens de la communauté entre ses enfants, puisque partager c'est donner. Mais quand la femme concourt au partage, la question change de face. Les deux époux sont associés, donc copropriétaires; or, les copropriétaires, quand ils sont d'accord, peuvent disposer de leurs biens comme ils l'entendent. On en conclut, c'est l'opinion généralement suivie, que les deux époux peuvent conjointement disposer à titre gratuit de la communauté; d'où suit qu'ils peuvent la comprendre dans le partage qu'ils font de leurs biens. Nous n'admettons pas le principe. Au titre du *Contrat de mariage*, nous établirons que la femme exclue de l'administration de la communauté n'a pas plus le droit de concourir aux actes que le mari fait pour les valider, qu'elle n'a le droit de s'y opposer; elle n'a surtout pas le droit de valider les donations par son concours, car ce droit donnerait indirectement au mari le pouvoir de dissiper la communauté et de dépouiller la femme associée. La conséquence est incontestable : partager entre-vifs, c'est donner; donc les époux ne peuvent partager les biens de la communauté (1).

On objecte que la femme est copropriétaire, et on revendique pour elle le droit qu'à tout copropriétaire de disposer des biens qui lui appartiennent. Nous croyons que Dumoulin était plus dans le vrai en disant de la femme commune : la femme n'est pas à proprement parler associée, mais elle peut le devenir. En effet, elle ne le devient que si elle accepte la communauté; si elle renonce, elle est censée n'avoir jamais été associée. Ce n'est certes pas là la situation d'un associé ordinaire. Il est bien vrai que la loi tient compte du droit de la femme, puisqu'elle défend au mari de disposer à titre gratuit des biens de la communauté. Mais cette défense, dont le but est de garantir les droits de la femme, prouve précisément que la femme ne peut valider, en y concourant, les aliénations à titre gratuit que ferait le mari. Ce pouvoir, que l'on ré-

(1) Comparez Bertauld, *Questions du code Napoléon*, t. II, p. 135, nos 179-182.

clame imprudemment pour la femme, aboutirait à la dépouiller, comme nous le dirons au titre du *Contrat de mariage* (1).

Tout ce que l'on pourrait dire, c'est que le partage d'ascendant est un acte favorable; s'il dépouille les parents, il enrichit les enfants. Le législateur aurait pu tenir compte de la différence qui existe entre le partage et la donation pour autoriser les époux à partager les biens communs; mais il ne l'a pas fait. On reste donc sous l'empire du droit commun. Or, ce droit commun n'est pas, comme on le prétend, celui de deux copropriétaires libres de disposer de leurs droits; le mari est maître et seigneur de la communauté; tandis que la femme n'a aucun droit d'associé pendant la durée du régime, elle est dépendante, et il faut la protéger contre l'abus que le mari pourrait faire de cette dépendance (2).

50. Il est certain que le mari seul ne peut pas partager entre ses enfants les biens de la communauté. Le mari ne le peut pas pour toute la communauté, puisque l'article 1422 lui défend de disposer entre-vifs à titre gratuit des immeubles et de l'universalité ou d'une quotité du mobilier. Le mari ne peut pas davantage disposer de sa part dans la communauté, car pendant la durée de la communauté il n'y a pas de part; le partage ne se fait qu'à la dissolution, si la femme accepte; et la dissolution n'a lieu qu'à la mort de l'un des époux, par le divorce, par la séparation de corps ou la séparation de biens.

A plus forte raison la femme ne peut-elle pas partager la communauté entre ses enfants, ni leur distribuer sa part dans les biens communs; pour elle, il y a des raisons particulières qui rendent tout partage impossible. Elle ne peut pas même faire un acte d'administration concernant les biens communs : comment aurait-elle qualité pour faire une donation? Dira-t-on qu'elle peut disposer de sa part? On répond que non-seulement elle ne

(1) En sens contraire, Genty, p. 162; Demolombe, t. XXIII, p. 84, n° 83. Poitiers, 10 juin 1851 (Dalloz, 1853, 2, 11); Amiens, 9 décembre 1847 (Dalloz, 1849, 2, 69). Paris, 23 juin 1849 (Dalloz, 1850, 2, 10).

(2) En sens contraire, Réquier, p. 249, n° 134.

sait pas quelle est cette part, qu'elle ne sait pas même si elle aura jamais une part; cela dépend du parti qu'elle prendra à la dissolution de la communauté. Si elle renonce, elle est censée n'avoir jamais eu aucun droit sur les biens de la communauté (1).

51. Sur ce point, tout le monde est d'accord. On a essayé d'échapper à la rigueur de cette conclusion en faisant un partage provisoire de la communauté, après lequel le mari ou chacun des conjoints partage ses biens, y compris les biens communs qui lui sont attribués par ce partage fictif. Il y a des arrêts qui ont autorisé ce procédé; nous n'hésitons pas à dire que c'est une erreur. Peut-il y avoir un partage de la communauté tant qu'elle dure? C'est une impossibilité juridique, une vraie absurdité. On partagerait la communauté, et malgré ce prétendu partage, la communauté subsisterait! Ce serait donc une fiction; et appartient-il à l'interprète de créer des fictions?

La cour de Bourges a admis la validité de ce partage par d'assez mauvaises raisons. Elle invoque le texte qui permet au père et mère de partager *leurs biens* entre leurs enfants; or, les biens de la communauté sont les biens des époux. Ils sont indivis, il est vrai, c'est pour cela qu'on fait un partage provisoire qui sert de base au partage d'ascendant. Dans l'espèce, ce partage était testamentaire, de sorte qu'il n'était pas question de disposer actuellement des biens communs, les droits du mari restaient entiers et ceux de la femme n'étaient altérés en rien. C'était, dit la cour, un simple partage provisoire, comme les partages entre héritiers mineurs. Sur ce dernier point, la cour se trompe certainement; le partage entre mineurs dont elle parle est le partage provisionnel; c'est un partage de jouissance. Est-ce que les époux peuvent faire un partage de jouissance des biens de la communauté? C'est une hérésie juridique. L'arrêt de la cour de Bourges a été cassé, et il devait l'être. La cour de cassation dit très-bien que les époux mariés sous le régime de

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 224, et notes 13 et 14.

la communauté ne peuvent, avant sa dissolution, faire la distribution des biens qui la composent; ce serait porter atteinte à l'immutabilité du pacte matrimonial et aux droits que chacun des époux doit conserver dans leur intégrité; ils ne peuvent pas plus faire un partage provisoire qu'un partage définitif. La nullité du partage de la communauté entraînait la nullité du partage d'ascendant auquel il servait de base. Vainement invoquait-on l'approbation donnée au partage par l'époux survivant; la confirmation ne se conçoit pas, car la confirmation rétroagit; et comprend-on que le partage soit considéré comme valable à un moment où la communauté subsiste? On ne conçoit pas davantage que le partage soit validé après la dissolution de la communauté, alors que l'un des copartageants est décédé: peut-il y avoir concours de consentement entre un mort et un vivant (1)?

52. Il a été jugé que le père survivant peut faire une masse commune de ses biens et de ceux de sa femme prédécédée pour partager le tout entre ses enfants. En principe, on ne conçoit pas que le père partage des biens dont il n'est pas propriétaire et qu'il est cependant censé donner, puisqu'on suppose que le partage se fait entre-vifs; le père donnerait donc aux enfants des biens qui appartiennent à ceux-ci en qualité d'héritiers de leur mère! La cour de Montpellier dit que toutes personnes majeures et maîtresses de leurs droits sont libres de consentir toutes conventions qui ne sont contraires ni à la loi, ni à l'ordre public, ni aux bonnes mœurs. Oui, mais à une condition, c'est que les conventions soient juridiquement possibles. Et de quelle convention s'agit-il? D'un partage d'ascendant fait entre-vifs, c'est-à-dire d'une donation; les enfants peuvent-ils consentir à ce que leur père donne des biens qui ne lui appartiennent pas et qu'il les donne à ceux qui en sont propriétaires? Cela n'a pas de sens. La cour dit que le partage anticipé consiste, de

(1) Cassation, 23 décembre 1861 (Daloz, 1862, 1, 31); et, sur renvoi, Orléans, 5 juin 1862 (Daloz, 1863, 2, 159). Comparez Douai, 10 février 1828 (Daloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1702). Bordeaux, 8 août 1851 (Daloz, 1851, 2, 143). Dans le même sens, Genty, p. 155 et suiv., et de Folleville, p. 368, n° 1170.

la part des enfants, à s'en remettre à la prévoyance et à l'affection de l'ascendant du soin de répartir entre eux tant les biens maternels que les biens paternels : cette convention est-elle contraire aux lois, à l'ordre public ou aux bonnes mœurs (1)? Notre réponse se trouve dans l'article 1075 qui permet au père de partager *ses* biens ; la loi même n'aurait pu lui permettre de partager des biens qui ne lui appartiennent pas, parce que la loi ne peut pas reconnaître le droit de disposer à celui qui n'est pas propriétaire. Dans l'espèce, il y avait une circonstance très-défavorable à l'enfant qui demandait la nullité du partage, c'est lui qui l'avait provoqué : c'est lui qui avait proposé de s'en remettre à l'ascendant pour le partage des biens maternels ; il avait exécuté le partage pendant neuf ans ; ce sont sans doute ces faits qui ont déterminé la cour.

La cour de cassation a consacré implicitement les vrais principes dans l'espèce suivante. Le partage litigieux renfermait deux parties distinctes : d'abord une donation, par la mère survivante, à ses enfants de la portion à elle revenant dans les biens indivis entre elle et la succession de son mari ; ensuite le partage fait par les enfants entre eux, tant de la portion de la donation que de la portion à eux revenant comme héritiers de leur père. La cour a soin de constater qu'il résulte des clauses de l'acte que la mère ne s'était pas immiscée dans le partage des biens du père ; ce qui implique qu'elle aurait annulé le partage s'il y avait eu immixtion de la mère (2).

N° 2. DU PARTAGE FAIT PAR TESTAMENT.

**53.** Qu'est-ce que le partage testamentaire? Est-ce un acte de disposition comme le partage fait entre-vifs? De sorte que l'hérédité serait testamentaire, et que les enfants y seraient appelés, non comme héritiers légitimes, mais

(1) Montpellier, 6 mars 1871 (Daloz, 1871, 2, 252).

(2) Rejet, 2 décembre 1862 (Daloz, 1863, 1, 228). Comparez Douai, 7 décembre 1871 (Daloz, 1873, 2, 212). Dans le même sens, Demolombe, t. XX<sup>II</sup>, p. 92, n° 89.

comme légataires? Ou le partage par testament n'est-il qu'une simple distribution de la succession légitime, de sorte que les enfants la recueillent, non comme légataires, mais comme héritiers? Il y a sur cette question une doctrine accréditée que nous devons examiner avant tout, puisqu'elle domine toute la matière du partage d'ascendant. On enseigne généralement que le partage fait par acte de dernière volonté n'est pas une disposition des biens, qu'il n'y a pas de legs, soit universel, soit à titre universel, soit à titre particulier ; que les enfants viennent à l'hérédité, non à titre de légataires, mais comme héritiers légitimes. A notre avis, cette théorie est fautive, elle est en opposition formelle avec le texte du code, ce qui suffit pour la condamner, et l'esprit de la loi ne lui est pas moins contraire que la lettre.

La théorie que nous combattons ne peut pas nier que le partage testamentaire ne soit un testament ; la loi le dit (art. 1076) ; et dans le système du code, tout acte de dernière volonté qui contient une disposition quelconque de biens ne peut être qu'un testament. Or, le testament est essentiellement un acte de disposition ; la loi le range avec la donation parmi les modes légaux qui servent à acquérir et à transmettre la propriété (art. 711). Donc le partage-testament, aussi bien que le partage-donation, est un acte par lequel les biens du défunt sont transmis à ceux qu'il institue ses héritiers ou ses légataires. Est-ce que par hasard le code dérogerait à ce principe dans le chapitre qui traite du partage d'ascendant? Loin d'y déroger, il le confirme par une disposition très-explicite, en disant que le partage d'ascendant peut être fait par acte testamentaire avec les formalités, *conditions* et *règles* prescrites pour les testaments. Certes une des premières *règles* est celle qui résulte de la nature même du testament, tel que le code le définit : c'est un acte par lequel le testateur *dispose* pour le temps où il n'existera plus de *tout ou partie de ses biens*. Il n'y a pas de testament sans une disposition de biens ; cela est élémentaire, on peut dire que c'est un axiome. Si le partage testamentaire est un acte de disposition, il s'ensuit que les enfants entre