

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^{II}, 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

lesquels il est fait recueillent les biens à titre d'héritiers institués ou de légataires, et non à titre d'héritiers légitimes. La logique du langage et de la pensée est blessée par la théorie que nous croyons devoir combattre. Il y a un testament, on ne peut le nier, et il n'y aurait pas de légataires! Il y a un testament, et ceux qui sont appelés à la succession en vertu de ce testament seraient des héritiers légitimes, c'est-à-dire *ab intestat*! Une hérédité *ab intestat* serait déférée en vertu d'un testament!

Pour admettre une fiction aussi énorme, il faudrait que la loi la consacrat en termes bien formels. Loin de là, le texte du code la repousse. C'est un seul et même article qui soumet aux règles des donations et des testaments le partage opéré par l'ascendant, selon qu'il le fait par acte entre-vifs ou par acte de dernière volonté; l'article 1076, ni aucun autre, ne fait aucune différence entre le partage par testament et le partage par donation, en ce qui concerne le caractère dispositif de l'acte : les deux formes impliquent une transmission et une acquisition de biens, l'article 711 le dit et l'article 1076 le répète implicitement. Cependant, dans l'opinion contraire, on établit une différence fondamentale entre le partage d'ascendant fait par testament et le partage d'ascendant fait par donation : celui-ci est un acte de disposition, l'autre n'est qu'un acte de distribution. Et que dit-on pour justifier cette différence, dont il n'y a pas un mot dans nos textes?

On allègue l'ancien droit (1). Lebrun dit, en effet, que lors même que l'acte par lequel l'ascendant a fait le partage entre ses enfants est un acte testamentaire, les coutumes ne laissent pas, en ce cas, de considérer les enfants comme héritiers *ab intestat* des parts et portions que leur père leur a léguées. L'argument serait décisif si l'ancien droit avait posé en principe, comme le fait le code civil, que le partage d'ascendant ne peut se faire que par donation ou testament avec les formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre-vifs et testa-

(1) Genty, p. 197 et suiv. Demolombe, t. XXIII, p. 101, n° 97. Réquier, p. 86, n° 59.

ments. Mais cette disposition est nouvelle, elle déroge à l'ancien droit (1); et c'est cependant la disposition de l'article 1076 qui est le siège de la matière. Cela prouve que la tradition n'a aucune autorité dans le débat. Il faut l'écartier pour s'en tenir au texte et à l'esprit du code civil.

Sur ce terrain, l'opinion générale est d'une faiblesse extrême. Tout ce que l'on dit pour prouver que le testament est un simple acte de distribution des biens s'applique littéralement à la donation; de sorte qu'il faudrait en conclure que la donation aussi bien que le testament appelle les enfants à la succession en qualité d'héritiers, qu'ils ne sont jamais ni donataires ni légataires. N'est-ce pas effacer l'article 1076 du code? L'ascendant, dit-on, qui partage ses biens par testament n'entend pas détruire, pas même modifier la vocation légale de ses enfants. N'en est-il pas de même de l'ascendant qui partage ses biens par donation? L'ascendant, continue-t-on, fait lui-même ce que ses enfants auraient fait après lui, à sa mort. Sans doute, puisqu'il partage les biens en lieu et place des enfants. Mais, encore une fois, n'en est-il pas de même quand il les partage entre-vifs?

On pourrait dire mieux. Il y a une nuance entre la donation et le testament. Au moment où le père donne ses biens à ses enfants, ceux-ci n'ont encore droit à rien, le père leur fait donc une libéralité, c'est-à-dire qu'il fait un acte de disposition; tandis que le partage testamentaire ne produit d'effet qu'à la mort de l'ascendant et, à ce moment, les enfants sont appelés par la loi, saisis de la propriété et de la possession des biens de leur père; celui-ci ne leur donne donc rien, partant il n'y a pas d'acte de disposition. Nous répondons, et la réponse est péremptoire, que lorsqu'il y a un partage testamentaire, les enfants sont appelés, non aux biens indivis du défunt, ils sont appelés chacun à un lot distinct; cela prouve qu'ils ne sont pas héritiers, les héritiers acquièrent un droit indi-

(1) Réquier, après avoir exposé l'ancien droit, dit qu'on n'y trouve rien qui ressemble à notre partage entre-vifs de biens présents (p. 51, n° 27 bis).

vis, les enfants copartagés acquièrent un droit divisé; donc ils ne sont pas héritiers, ils sont légataires.

La théorie que nous combattons absorbe le testament dans le partage, et logiquement elle devrait faire la même chose de la donation. C'est violer l'article 1076. La loi dit que le partage se fait par donation ou par testament, et que l'on doit observer non-seulement les formes des testaments, mais aussi les *conditions* et les *règles*. C'est bien dire que le partage est tout ensemble une distribution de biens et un acte de disposition. Nous n'entendons pas absorber le partage dans la donation ou dans le testament. Il y a deux éléments : il faut faire sa part à chacun. Pour le moment, nous considérons le partage comme acte de disposition; après cela, nous dirons quel effet il produit comme acte de distribution. Ce double caractère d'un seul et même acte est la source de grandes difficultés; mais ce n'est pas les résoudre que de mutiler l'acte en effaçant l'un des éléments.

54. Quelle capacité les enfants doivent-ils avoir pour succéder en vertu du testament de l'ascendant? Dans notre opinion, les enfants sont légataires, ils doivent donc avoir la capacité requise pour recueillir un legs; on applique, par conséquent, les articles 1046 et 1047. Dans l'opinion générale, les enfants succèdent comme héritiers; de là suit qu'ils doivent être capables de succéder *ab intestat*; on applique donc l'article 727. M. Demolombe avoue que ce n'est pas sans hésitation, ou plutôt sans résistance qu'il a accepté cette conséquence qui découle du principe qu'il admet; la logique l'y contraint (1). N'est-ce pas le cas de dire que la logique trahit les mauvaises causes? Quoi, je suis appelé à recueillir des biens en vertu d'un *testament*, et je dois avoir la capacité d'être héritier *ab intestat*! Si le droit dit oui, certes le bon sens dit non. Qui a mis le droit en conflit avec le bon sens? La théorie des interprètes; car la loi ignore ces contradictions. Elle veut que l'on applique au partage testamentaire les conditions et les règles des testaments, donc

(1) Demolombe, t. XXIII, p. 110, n° 105.

aussi la règle qui régit la capacité du légataire. Nous ne connaissons qu'un auteur qui soit de notre avis, c'est M. Bertauld; mais son système n'est pas le nôtre; d'après lui, les dispositions du code concernant le partage d'ascendant sont l'application du droit commun, et c'est aussi le droit commun en matière de testament qu'il faut appliquer à la capacité (1). Dans notre opinion, le partage est un droit exceptionnel, et il faut s'en tenir au texte pour déterminer les conditions de l'exercice de ce droit; or, le texte nous renvoie au chapitre des *Testaments*: cela est décisif.

55. Les enfants peuvent-ils répudier le partage testamentaire et accepter la succession *ab intestat*? Dans notre opinion, il faut répondre affirmativement sans hésiter. Les enfants sont légataires; or, quand un legs est fait à un héritier *ab intestat*, il peut renoncer au legs et accepter la succession légitime. C'est le droit commun, et l'article 1076 maintient le droit commun pour le partage testamentaire. Ce qui est vrai pour les héritiers légitimes en général l'est à plus forte raison pour les enfants, car ils sont héritiers à réserve, et la réserve est un droit dont ils ne peuvent être dépouillés; ils ont donc deux qualités et deux droits, ils sont légataires et réservataires; pourquoi ne pourraient-ils pas renoncer à l'un de ces droits pour exercer l'autre? Il n'y a pas de légataire nécessaire pas plus que d'héritier nécessaire; le droit de répudier le legs qui leur est fait est donc incontestable, et s'ils renoncent au legs, ils conservent leur qualité de réservataires à laquelle ils n'ont pas renoncé.

On objecte (2) que le testament, dans l'espèce, n'est autre chose que la succession légitime qui arrive aux enfants toute partagée; ils ne peuvent donc pas la recueillir autrement. Il nous semble que la conséquence témoigne encore une fois contre le principe. Une succession qui arrive aux enfants toute partagée n'est pas une succession légitime, car celle-ci arrive, au contraire, non

(1) Bertauld, *Questions du code Napoléon*, t. II, p. 29, n° 43.

(2) Demante, continué par Colmet de Santerre, t. IV, p. 457, n° 243 bis II. Genty, p. 199 et suiv.; Demolombe, t. XXIII, p. 105, n° 99.

partagée aux héritiers; si donc elle est toute partagée, ce ne peut être une succession *ab intestat*, c'est, par conséquent, une succession testamentaire; de là suit que les enfants, en renonçant, renoncent à un legs, et non à leur réserve, qu'ils peuvent toujours réclamer tant qu'ils n'ont pas répudié la succession *ab intestat*; et c'est une chose contradictoire dans les termes que de dire que celui qui refuse un legs, c'est-à-dire un droit testamentaire, répudie par cela même la réserve, c'est-à-dire la succession *ab intestat*.

On insiste, et l'on dit que si l'on permet à un des enfants de renoncer, on rend illusoire la faculté que la loi reconnaît aux ascendants. C'est un pouvoir que la loi leur confie pour maintenir la paix et l'harmonie dans la famille; il faut donc admettre que l'exercice qu'ils font de ce pouvoir oblige les descendants; autrement ce ne serait plus un pouvoir. Notre réponse est dans le texte; il ne parle pas d'un pouvoir, ni d'un partage que les ascendants imposent d'autorité à leurs enfants. L'article 1075 dit qu'ils peuvent faire la distribution de leurs biens entre leurs enfants. Voilà en apparence le pouvoir. Mais l'article 1076 ajoute que l'exercice de ce prétendu pouvoir est soumis aux conditions et aux règles qui régissent les donations et les testaments. Or, la plus élémentaire de ces règles et de ces conditions n'est-elle pas que le donataire doit consentir pour qu'il y ait donation, et que le testament devient caduc quand le légataire refuse d'accepter le legs? On ne niera pas que les enfants peuvent refuser de consentir un partage fait par donation; c'est cependant l'exercice du même pouvoir que la loi accorde aux ascendants; le droit est identique, qu'il s'exerce par un acte entre-vifs ou par un acte de dernière volonté. S'il est permis aux enfants de refuser leur consentement à un partage entre-vifs, pourquoi n'auraient-ils pas le droit de répudier un partage testamentaire? C'est rendre illusoire le droit de partager, dit-on. Nous répondons que l'on se fait une très-fausse idée du partage d'ascendant, si on le considère comme un acte d'autorité. Quel est le but de l'ascendant? Maintenir la concorde entre ses en-

fants. Est-ce établir l'harmonie entre les enfants que de les forcer à subir un partage dont ils ne veulent pas? Ou n'est-ce pas plutôt jeter des semences de discorde et de haine?

On avoue que si tous les enfants renoncent, le partage testamentaire tombe. Que devient alors le pouvoir de l'ascendant? Si tous s'entendent pour répudier le partage testamentaire, le pouvoir du père devient illusoire, aussi bien que si l'un des enfants renonce. Il y a plus. Le droit de renoncer collectivement n'existe pas, la renonciation est un acte individuel; donc pour que la renonciation de tous soit valable, il faut que chacun ait le droit de renoncer, et si chacun a ce droit, la renonciation qu'il fait doit être valable, indépendamment du parti que prennent les autres enfants. Donc la renonciation de tous, que l'on admet, doit faire admettre la renonciation individuelle de chacun des enfants.

56. Les conséquences qui dérivent de l'opinion générale ne sont pas de nature à nous réconcilier avec le principe d'où elles découlent (1). On est forcé d'admettre que l'acceptation de la succession implique l'acceptation du partage, puisque le partage n'est autre chose que la succession partagée. Cependant au moment où la succession s'ouvre, les enfants peuvent ignorer l'existence du testament; les voilà donc légataires sans le savoir et sans le vouloir; ils auront accepté un partage sans savoir qu'il y a un partage. Est-ce que accepter ne suppose pas l'intention d'être héritier, et conçoit-on une acceptation sans intention aucune? A chaque pas on se heurte contre des impossibilités juridiques. En voici encore une qu'il faut subir dans l'opinion générale. Le partage donne un privilège aux copartageants; d'après le code civil, ce privilège doit être inscrit dans les soixante jours à dater de l'acte de partage. En cas de partage testamentaire, l'acte a date à partir de l'ouverture de la succession; donc le délai pour prendre inscription courra dès ce moment, quand même les enfants ignoreraient qu'il existe un testament;

(1) Genty, p. 203.

le délai de soixante jours peut donc s'écouler avant que les enfants sachent qu'ils devaient prendre inscription. Cela choque le bon sens, mais cela est logique, dit-on. Oui, mais une doctrine qui choque à ce point le bon sens nous paraît très-suspecte. Nous préférons, en tout cas, le droit tel qu'il est consacré par le texte du code. Il n'y a de partage testamentaire que par l'acceptation des enfants, et c'est seulement à partir de leur acceptation que le délai doit courir.

57. Quels biens le partage testamentaire peut-il comprendre? A la différence du partage entre-vifs, le partage qui se fait par testament porte sur les biens que le testateur laissera à son décès. Le droit de l'ascendant ne peut s'exercer que sur les biens qui sont dans son domaine. Aux termes de l'article 1021, le legs de la chose d'autrui est nul; cette disposition s'applique au partage testamentaire, puisqu'il est soumis aux règles qui régissent les testaments. Une mère partage non-seulement ses biens, mais encore ceux de son mari et ceux de ses enfants. On voulait valider le partage en invoquant l'article 900, c'est-à-dire en ne tenant aucun compte du partage, en tant qu'il distribuait des biens qui n'appartenaient pas à l'ascendant. La cour d'Angers décida que l'article 900 était inapplicable; en effet, il suppose que l'acte peut subsister après que l'on a effacé les clauses illégales; tandis que le partage devenait inexécutable si l'on en retranchait les biens dont la mère avait disposé sans en avoir le droit⁽¹⁾. Il faut ajouter que l'article 900 ne reçoit d'application que lorsqu'il y a des conditions ou des charges proprement dites; on ne peut donc pas l'appliquer à un partage fait sans conditions, mais portant sur des biens qui n'y peuvent être compris⁽¹⁾.

58. Les questions que nous avons examinées en traitant du partage entre-vifs se représentent pour le partage testamentaire. On demande si l'ascendant peut comprendre dans ce partage les biens qu'il a donnés, sans dispense de rapport, à l'un de ses enfants. La doctrine et la juris-

(1) Angers, 25 janvier 1862 (Dalloz, 1862, 2, 36).

prudence s'accordent à lui reconnaître ce droit (1). Nous en doutons; la décision, en tout cas, est trop absolue. En principe, il faudrait dire plutôt que le père ne peut pas partager les biens qu'il a donnés entre-vifs, parce que ces biens sont sortis définitivement de son patrimoine: c'est le legs de la chose d'autrui, et ce legs est nul. On dit que les biens donnés sans clause de préciput devront être rapportés, qu'ils font, par conséquent, partie de la masse partageable. Quand le partage se fait entre les enfants, cela est de toute évidence. Mais quand le père partage, il ne lui appartient pas d'exiger le rapport, car il n'est pas héritier, et le rapport n'est dû qu'aux héritiers. Il y a plus; le père ne peut pas savoir si l'enfant donataire acceptera la succession; l'enfant peut avoir intérêt à renoncer, et s'il renonce, l'obligation du rapport cesse. Notre conclusion est que le père ne peut pas faire le partage en imposant le rapport à l'enfant donataire. Tout ce qu'il pourrait faire, c'est de dresser un projet de partage pour le cas où l'enfant donataire accepterait et un autre projet pour le cas où l'enfant donataire renoncerait. Il y aurait donc un projet de partage qui ne deviendrait définitif que par l'acceptation de l'enfant donataire. Cela serait une nouvelle singularité, car le testateur ne propose pas, il ordonne. Mais ordonner, dans l'espèce, il ne le peut, puisque ce serait léguer une chose qui ne lui appartient pas. Après tout, le partage d'ascendant est toujours un projet, en ce sens qu'il ne devient définitif que par l'acceptation des enfants. A plus forte raison l'ascendant ne pourrait-il pas comprendre dans le partage les biens dont il a disposé par institution contractuelle. Il faut appliquer ici ce que nous avons dit plus haut. Celui qui a fait une institution contractuelle ne peut plus disposer à titre gratuit des objets compris dans l'institution (art. 1083). Or, le partage d'ascendant est une disposition à titre gratuit, puisque c'est une disposition testamentaire (article 895). Cela décide la question (2).

(1) Genty, p. 135. Rejet, 9 juillet 1840 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 4552).

(2) Genty, p. 133.

59. Par application du même principe, il faut décider que l'un des époux ne peut comprendre dans le partage de ses biens ceux qui composent la communauté, ni sa part dans les biens communs (1). Un testateur l'avait fait après avoir dressé un partage provisoire de la communauté : il comprenait, disait-il, ce que ce procédé avait d'irrégulier, mais il exprimait la conviction que sa femme accepterait le lot qu'il lui attribuait, et consentirait à la délivrance, au profit de ses héritiers, des lots qu'il leur assignait, en protestant qu'il n'avait adopté cette voie que pour éviter toute discussion d'intérêts entre sa femme et ses enfants. Les intentions étaient excellentes, mais étaient-elles légales? Le testateur lui-même avouait qu'elles ne l'étaient pas; et la cour de cassation se vit obligée d'annuler ce qu'il avait fait. Comme d'ordinaire, c'est un des gendres qui réclama contre le partage, et il suffisait d'une réclamation pour le faire tomber. Toutefois la cour d'Amiens l'avait maintenu; la cour de cassation le cassa, après un délibéré en la chambre du conseil, sur les conclusions conformes de l'avocat général Nicias-Gaillard. L'arrêt est clair et net; il commence par établir, ce qui est incontestable, que l'indivision des biens mis en communauté ne peut cesser qu'après la dissolution même de la communauté; avant la dissolution, il n'appartient à aucun des époux de déterminer, de son chef, l'importance des biens communs, d'en opérer la liquidation, de les répartir entre lui et son conjoint et de disposer, par acte de dernière volonté, des biens dont il aurait ainsi éventuellement composé son propre lot. Ce droit, continue la cour, ne saurait appartenir à la femme, puisque, aux termes de l'article 1453, tout acte impliquant de sa part l'exercice de la faculté d'accepter ou de répudier avant la fin de la communauté serait nul et comme non avenue. Ce droit ne saurait appartenir davantage au mari, l'article 1423 lui permettant seulement de disposer d'un effet de la communauté sous la forme de donation testamentaire et sous

(1) La question est traitée dans tous ses détails par Bertauld, *Questions du code Napoléon*, t. II, p. 147, n^{os} 198-205.

la condition que, par l'événement du partage, cet effet tombera au lot de ses héritiers. Vainement invoquait-on l'article 1075 qui accorde aux ascendants la faculté de faire le partage anticipé de leurs biens à leurs enfants, ce droit ne pouvant s'exercer que sur les biens dont chacun des époux a la propriété et la libre disposition. Dans l'espèce, le mari avait compris que le partage qu'il faisait était nul, il comptait sur la confirmation de la femme; mais cette confirmation ne pouvait valider le partage, car le consentement de la femme intervenait à un moment où le mari prédécédé ne pouvait plus consentir, et le lien de droit ne peut se former que par le concours simultané des volontés des contractants, concours impossible par le décès de l'une des parties avant que l'autre puisse consentir. La démonstration est mathématique : le partage était nul (1).

ARTICLE 2. Du partage considéré comme distribution de biens.

N^o 1. LA DOCTRINE.

60. Le partage d'ascendant est un partage; l'article 1075, qui établit le principe, dit que l'ascendant peut faire la distribution de ses biens entre ses descendants. Ce partage est-il soumis aux règles qui régissent le partage *ab intestat*? L'opinion générale est que l'on doit appliquer au partage d'ascendant la disposition de l'article 832 ainsi conçue : « Dans la formation et composition des lots, on doit éviter, autant que possible, de morceler les héritages et de diviser les exploitations; et il convient de faire entrer dans chaque lot, s'il se peut, la même quantité de meubles, d'immeubles, de droits ou de créances de même nature et valeur. » Nous croyons que l'article 832 n'est pas applicable au partage d'ascendant, parce que la loi n'oblige pas l'ascendant à se conformer aux dispositions qui régissent le partage judiciaire. Le texte garde le silence sur les règles d'après lesquelles l'ascen-

(1) Cassation, 13 novembre 1849 (Daloz, 1849, 1, 311).