

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).

dant doit distribuer ses biens; ce silence est d'autant plus significatif que la loi déclare expressément applicables au partage d'ascendant les formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre-vifs et les testaments. Elle assujettit donc le partage d'ascendant au droit commun en tant que le partage est un acte de disposition. Elle ne dit rien du partage considéré comme acte de distribution. Qu'en faut-il conclure? Que l'ascendant n'est soumis à aucune règle à cet égard, sauf que le partage pourra être attaqué pour les causes déterminées par la loi. Ces causes sont l'omission d'un enfant, la lésion de plus du quart, l'atteinte portée à la réserve. La loi ne dit pas que le partage est nul si l'ascendant ne s'est pas conformé aux prescriptions de l'article 832 : peut-on admettre une nullité que la loi ne prononce pas et pour inobservation de formes qu'elle ne prescrit point? Nous admettons le système des nullités virtuelles, bien qu'il transforme le juge en législateur. Mais au moins la nullité a une base; il y a une disposition formelle de la loi qui n'a pas été observée; il faut une sanction, cette sanction doit être la nullité, parce que telle est la volonté tacite du législateur. Dans l'espèce, il n'y a pas de texte; l'interprète crée donc d'abord une obligation que la loi n'impose pas à l'ascendant, puis il la sanctionne de la peine de nullité. Cela s'appelle, à la lettre, faire la loi.

Dira-t-on que l'esprit de la loi le veut ainsi? Nous pourrions nous contenter de répondre que l'esprit de la loi ne suffit point pour engendrer une obligation et pour la sanctionner par la peine de nullité. Mais voyons de plus près quel est cet esprit de la loi que l'on invoque pour créer une cause de nullité dont il n'y a pas une trace dans le chapitre qui traite des partages d'ascendants. Chose remarquable, quand il s'agit de préciser les motifs pour lesquels on admet l'application de l'article 832, les partisans de l'opinion dominante ne s'entendent plus. Les uns invoquent le principe de l'égalité qui est de l'essence de tout partage, donc aussi du partage d'ascendant. D'autres trouvent que cela n'est pas tout à fait exact. L'égalité concerne la valeur des objets partagés, et quand elle est

blessée, la loi donne une action en rescision pour cause de lésion; tandis que l'égalité n'est point blessée quand un lot se compose d'immeubles et un autre de meubles, pourvu que les deux lots soient égaux. C'est une question de convenance plutôt que d'égalité; or, en permettant au père de partager ses biens entre ses enfants, la loi l'a précisément constitué juge des convenances; il connaît les besoins et les goûts de ses enfants; aux filles il donnera de l'argent, parce qu'il leur faut une dot, et la meilleure des dots est celle dont on peut faire toute espèce d'usage. A ses fils le père donnera des terres s'ils sont agriculteurs, une maison en ville s'ils sont industriels ou commerçants, ou mieux encore, des valeurs mobilières, l'âme de l'industrie et du commerce. Il y a encore d'autres intérêts à sauvegarder, ceux de l'agriculture, intérêts qui sont aussi ceux des familles dans lesquelles les partages d'ascendant sont usités, les familles de laboureurs; il importe de maintenir l'exploitation agricole dans son intégrité, si le démembrement poussé à l'excès rendait la culture impossible ou ruineuse. Eh bien, l'orateur du gouvernement a dit en toutes lettres que le partage d'ascendant permettra d'éviter des démembrements et de régler la répartition des biens de manière à rendre heureux chacun des enfants, en consultant ses goûts et ses aptitudes. Voilà l'esprit de la loi, il commande de laisser une grande liberté au père de famille; ce serait donc contraire le vœu du législateur que d'imposer des entraves au père; ce qui aboutirait à rendre impossible l'exercice de la mission de prévoyance et d'équité que la loi a entendu lui confier.

On a donné une autre raison pour justifier l'application du système restrictif consacré par l'article 832. C'est, dit-on, la conséquence de la copropriété. Le partage suppose une copropriété indivise; or, chacun des copropriétaires a un droit, non-seulement sur la masse, mais encore sur chacun des objets qui la composent. Si l'on appliquait ce principe dans toute sa rigueur, chaque communisme devrait avoir une part dans tous les objets indivis. L'article 832 déroge à cette rigueur, tout en appliquant le

principe de la copropriété, il se borne à exiger que l'on mette dans tous les lots une quantité pareille d'objets de même nature. Puisque l'article 832 tient à l'essence du partage, il en faut conclure que l'ascendant est obligé de s'y conformer quand il distribue ses biens entre ses enfants (1). Cela est très-juste quand il s'agit du partage ordinaire qui se fait après l'ouverture de l'hérédité, alors que les biens délaissés par le défunt appartiennent réellement par indivis aux héritiers. Mais lorsque l'ascendant fait la distribution de ses biens entre ses enfants, ceux-ci ne sont pas copropriétaires. Cela est évident dans le partage entre-vifs; le donateur seul est propriétaire, car c'est par la donation que la propriété des biens donnés est transmise aux donataires. Il en est même ainsi du partage testamentaire; il contient également une disposition de biens, c'est le testateur qui est propriétaire au moment où il dispose, il l'est encore au moment où il meurt; ce n'est qu'après sa mort que ses héritiers se trouvent en état d'indivision. Donc dans le partage d'ascendant, ce ne sont pas des copropriétaires qui divisent entre eux un patrimoine commun, c'est un propriétaire qui distribue ses biens entre ses héritiers présumptifs; l'article 1075 le dit formellement. Tout ce que l'on peut dire, c'est qu'il y a une fiction de copropriété sans laquelle on ne concevrait pas de partage; en vertu de cette fiction, la succession est censée s'ouvrir par anticipation au moment où l'ascendant fait le partage de ses biens. Mais une fiction suffit-elle pour entraîner l'application des règles qui régissent le partage réel? Les principes nous disent que c'est au législateur seul qui crée les fictions d'en déterminer les limites et les effets. C'est ce que les auteurs du code ont fait dans le chapitre consacré au partage d'ascendant. En matière de fictions, le silence de la loi est décisif; on ne peut appliquer d'autres règles à un partage fictif que celles que la loi établit; or, elle renvoie aux règles des Donations et Testaments, elle ne

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 221, note 1, § 730. En sens contraire, Réquier, 292.

renvoie pas aux règles du Partage; cela décide la question (1).

61. La doctrine n'est pas aussi unanime qu'on le prétend. Il y a des auteurs qui distinguent entre le partage qui se fait par testament et le partage qui se fait par donation (2). Ils admettent que le partage testamentaire est soumis aux règles que le code établit au titre des *Successions*; ce partage, dans l'opinion commune, est l'œuvre du testateur seul, il l'impose à ses héritiers, il fait donc fonction de juge, et partant il doit observer les règles que le code prescrit pour le partage judiciaire. Le partage entre-vifs, au contraire, s'opère par le concours de volontés de l'ascendant et des enfants, ceux-ci doivent accepter, et leur acceptation doit même être expresse. C'est donc un partage conventionnel; or, les copartageants qui s'entendent peuvent faire le partage comme ils veulent, ils ne sont pas liés par les dispositions restrictives de l'article 832; c'est une garantie établie dans l'intérêt des héritiers; qu'est-ce qui les empêche d'y renoncer? Leur consentement légitime toutes les clauses du partage.

Cette distinction n'a pas trouvé faveur. Considéré comme acte de répartition des biens, le partage testamentaire ne diffère pas du partage entre-vifs. C'est un seul et même fait juridique, il doit donc être régi par les mêmes règles. Conçoit-on que le partage par donation soit affranchi des règles de l'article 832 si, comme on le dit, elles découlent de l'essence même du partage? Il faut donc chercher ailleurs la raison pour laquelle l'ascendant n'est pas soumis aux restrictions qui entravent le partage judiciaire. La raison se trouve dans le but que le législateur a eu en accordant à l'ascendant le droit de distribuer ses biens entre ses enfants.

L'article 832 ne s'applique pas à tout partage *ab intestat*, il est fait pour le partage judiciaire, et dans ce par-

(1) En sens contraire, Demolombe, t. XXIII, p. 206, n° 201, et les auteurs qu'il cite.

(2) Demante, continué par Colmet de Santerre, t. IV, p. 465-469. Genty, p. 137 et suiv. Comparez Réquier, p. 190 et suiv., 283 et suiv.

tage, les dispositions restrictives de la loi se comprennent. En effet, les lots se tirent au sort; dès lors il fallait composer tous les lots de façon que chacun comprît la même quantité de meubles, d'immeubles, de droits ou de créances de même nature et valeur; sinon il y aurait eu inégalité entre les copartageants. Mais cette égalité mathématique a de grands inconvénients; elle rend impossibles les lots d'attribution, c'est-à-dire le partage qui tient compte des besoins, des goûts, des convenances de chacun des communistes; elle donne des immeubles à celui qui préférerait avoir toutes valeurs mobilières, et des valeurs mobilières à celui qui voudrait avoir des immeubles. Les partages d'attribution sont bien plus favorables aux copartageants; malheureusement c'est dans ces partages qu'éclatent les rivalités, les jalousies et, par suite, les dissensions. Voilà pourquoi le législateur a investi le père de famille du pouvoir de faire un partage d'attribution entre ses enfants.

On ne peut nier que tel soit l'esprit de la loi, puisque l'orateur du gouvernement l'a dit (n° 1). S'il en est ainsi, le partage d'ascendant ne saurait être soumis aux règles que l'article 832 établit pour le partage judiciaire. Il y a dans l'opinion commune une vraie contradiction logique. L'article 832 concerne les partages qui se font en justice, c'est-à-dire les partages dans lesquels les lots ne peuvent pas être formés par attribution; et on veut l'appliquer au partage d'ascendant, que le législateur autorise précisément pour que l'ascendant distribue ses biens par voie d'attribution. La contradiction est flagrante: d'une part, on dit à l'ascendant qu'il doit consulter les convenances et les besoins de chacun de ses enfants pour que tous soient heureux d'un partage qui satisfait aux intérêts de chacun; et d'autre part, on lui défend de faire un partage de convenance, on lui ordonne de mettre dans chaque lot des objets de même nature, qualité et valeur. On étend donc à un partage qui doit s'opérer par attribution une règle qui exclut les lots d'attribution. En définitive, on interprète à faux l'article 832 en l'appliquant au partage d'ascendant. L'article 832 n'établit pas une

règle générale pour tout partage, il établit une règle exceptionnelle pour les partages judiciaires. Est-ce que le partage d'ascendant est un partage judiciaire? Il a, au contraire, pour objet de prévenir les partages en justice. On doit donc l'assimiler à un partage conventionnel; il exige, en effet, le consentement des copartagés. Or, le partage conventionnel n'est pas soumis à l'article 832; cela nous paraît décisif.

62. Si l'on veut appliquer au partage d'ascendant les règles qui régissent le partage judiciaire, le droit que le législateur a accordé au père de famille devient dérisoire; on lui permet tout ensemble et on lui défend de faire un partage d'attribution. C'est à cela qu'aboutit la jurisprudence de la cour de cassation que nous allons bientôt exposer. L'opinion publique s'en est émue, bien qu'elle ne s'émeuve guère des décisions purement juridiques. Cela prouve qu'il y a un intérêt général en cause. Une enquête agricole a été faite en France dans les années 1866, 1867 et 1868. Le président de la commission, M. de Forcade, ministre de l'agriculture, du commerce et des travaux publics, en exposant les résultats de l'enquête, a appelé l'attention du gouvernement sur la législation concernant le partage d'ascendant, telle qu'elle est interprétée par la cour de cassation. Il demande que le code soit modifié en ce sens que le partage d'ascendant cesse d'être soumis aux règles du partage judiciaire: dans l'intérêt de l'agriculture, il faut permettre à l'ascendant d'attribuer à l'un des héritiers le domaine immobilier de la succession, en donnant aux autres les valeurs mobilières (1). Les magistrats, de leur côté, se sont préoccupés de cette face de la question qui d'ordinaire leur reste étrangère. Deux présidents de cour d'appel, MM. Réquier et Barafort, ont soumis la question de droit à un nouvel examen, et ils sont arrivés à la conclusion que nous venons de formuler: l'intérêt de l'agriculture n'est pas sacrifié, comme on le croit, par le code civil; c'est la

(1) Barafort, *Des partages d'ascendants et des modifications à introduire dans la loi sur cette matière, à propos de l'enquête agricole* (Paris, 1870).
5 et suiv.

jurisprudence qui a imposé aux partages d'ascendants des règles restrictives dont, dans l'esprit de la loi, ils devaient être affranchis.

Sans doute l'intérêt de l'agriculture n'est pas un motif juridique; il peut engager le législateur à modifier la loi, mais il ne portera pas les tribunaux à donner une autre interprétation au code civil, à moins que l'on ne prouve que les auteurs du code ont entendu donner satisfaction à l'intérêt agricole, en investissant le père de famille d'un pouvoir suffisant pour concilier l'intérêt de son exploitation avec les droits et les intérêts de ses enfants. A notre avis, les magistrats qui ont pris en main la défense de l'agriculture ont fourni cette démonstration. Nous y devons insister précisément parce que cet ordre d'idées est peu familier aux jurisconsultes.

Constatons d'abord que c'est dans la classe des petits cultivateurs que l'usage des partages d'ascendants s'est perpétué à travers les siècles. Le laboureur qui a plusieurs enfants garde auprès de lui son fils aîné, parce qu'il sera plus tôt que ses frères en état de le seconder dans ses travaux et de continuer son exploitation. Les autres enfants vont se placer comme domestiques, ou travaillent comme journaliers ou artisans. Quand la vieillesse arrive, le père se démet de ses biens au profit de ses enfants. Comment fera-t-il le partage? L'équité et la nécessité concourent pour laisser à celui de ses fils qui de fait dirige l'exploitation, la maison paternelle et les terres qui en dépendent. Morceler l'héritage, ce serait rendre la culture impossible. Dans une espèce qui s'est présentée devant la cour d'Agen, il y avait six lots à faire plus un préciput à prélever et il n'y avait à partager, que la maison d'habitation et une terre d'une contenance d'un hectare et trente-six ares; si l'on avait appliqué la règle de l'article 832, chacun des enfants aurait eu dix-huit ares (1)! Le sol ainsi morcelé à l'infini finirait par ne plus se prêter à la culture. Il n'y a qu'un moyen de continuer l'exploitation, c'est de faire un héri-

(1) Agen, 1^{er} juin 1864 (Dalloz, 1864, 2, 183).

tier, comme on dit, en donnant les biens immobiliers à l'aîné des fils, au besoin avec un préciput, et aux autres enfants les valeurs mobilières augmentées des soultes mises à la charge de l'héritier des immeubles.

Les jurisconsultes, tous imbus de l'esprit d'égalité, diront que c'est rétablir ou maintenir le droit d'aînesse dans les campagnes. Non, l'apparente inégalité est, en réalité, conforme à la plus stricte équité. Le fils appelé à succéder à son père le remplace dès son vivant, d'abord en consacrant sa jeunesse aux travaux de la culture, puis en les dirigeant quand les forces viennent à manquer à son père. Une partie de sa vie est employée ainsi à améliorer l'héritage qui doit être un jour le sien. N'est-il pas juste que le père tienne compte de ce concours à celui qui l'a aidé de son travail, alors que ses frères et sœurs amassent à leur profit personnel un pécule par leur travail ou leur industrie? Le père y a le plus grand intérêt; c'est par l'espérance du préciput qu'il retient son fils dans la maison paternelle, et il se prépare à lui-même un asile pour ses vieux jours. Les autres enfants y perdent-ils? Loin de là. Etablis ailleurs, souvent loin de leur lieu de naissance, que feraient-ils de quelques ares de terre? Les filles préféreront avoir leur dot en argent, les fils n'ont aucun intérêt à être propriétaires là où ils ne résident pas. Le partage d'attribution satisfait tous les intérêts (1). Reste à savoir s'il est légal.

En l'an VIII, on discuta au conseil d'Etat un projet de loi dont le but était de prévenir le morcellement excessif qui résultait de la loi du 17 nivôse an II. Maleville dit que dans les départements méditerranés, où les hérédités ne se composent que de petites propriétés foncières, chaque succession subdivisera les héritages de manière à ne plus pouvoir composer une ferme; ce qui serait la ruine de la culture et la ruine des familles. Aussi dans ces pays l'usage à peu près général est-il de *faire un héritier*. Réal plaida la cause de l'égalité absolue. Il trouva un contradicteur dans le premier consul. Le légis-

(1) Réquier, p. 4 et suiv.

lateur, dit Napoléon, doit avoir essentiellement en vue les fortunes modiques; elles seraient détruites par la trop grande subdivision du sol, surtout si l'on aliénait ou partageait la maison paternelle qui est le point central de la famille ainsi que de l'exploitation agricole. Bigot-Prémeneu abonda en ce sens: « La division égale des biens détruit les petites fortunes. Un petit héritage coupé en parcelles n'existe plus pour personne. Si l'héritage demeure entier, il reste un centre commun à la famille. » Enfin, le tribun Jaubert invoqua l'intérêt du père. « N'est-il pas juste de laisser au père les moyens de retenir auprès de lui un enfant pour consoler sa vieillesse? Celui qui n'a de terrain que ce qu'il peut cultiver lui-même serait menacé d'un abandon absolu, si la loi ne lui permettait d'avantager un enfant (1). »

Les mêmes idées se trouvent en substance dans le discours de Bigot-Prémeneu. Il dit que la loi donne au père de famille le droit de distribuer ses biens entre ses enfants afin d'éviter les démembrements et de conserver à l'un des enfants l'*asile commun de la famille*. Cela suppose un partage d'attribution. Comment le père éviterait-il le démembrement s'il est enchaîné par l'article 832, lequel lui commande de démembrer tout ce qui peut être divisé? L'orateur du gouvernement dit que le père pourra répartir les biens d'après les goûts et les convenances de chacun, de manière à les rendre tous heureux. Comment remplira-t-il cette mission, si on lui ordonne de consulter dans la composition des lots, non les prédilections de chaque enfant, mais uniquement la nature et la qualité des biens? L'article 832 conduit fatalement à démembrer les exploitations agricoles, et il finirait par les rendre impossibles. Tandis que le partage d'ascendant a pour but de maintenir les petites propriétés. Donc il y a incompatibilité radicale entre les règles de l'article 832 et le partage d'ascendant. C'est dire que la doctrine et la jurisprudence sont engagées dans une fausse voie (2).

(1) Réquier, p. 10 et suiv.; Barafort, p. 11.

(2) Réquier, p. 283, 284.

N° 2. LA JURISPRUDENCE

63. En constatant la doctrine et la jurisprudence sur la question que nous discutons, les éditeurs de Zachariæ disent que l'opinion que nous venons de soutenir est généralement rejetée. En effet, les auteurs, sauf Zachariæ, se prononçaient tous pour l'application de l'article 832 au partage d'ascendant, et la jurisprudence semblait définitivement arrêtée en ce sens (1). La rigueur même de cette doctrine a provoqué un retour vers une opinion qui paraissait abandonnée; et la jurisprudence elle-même est loin d'être aussi unanime qu'on le dit. Nous avons remarqué plus d'une fois que les cours de Belgique restent plus fidèles au texte du code civil que les cours de France; elles n'aiment pas les théories nouvelles, qui trop souvent sont de nouvelles erreurs. Dans notre question, il n'y a, à notre connaissance qu'un seul arrêt, et il est conforme à l'opinion que nous avons soutenue. La cour de Gand résume dans un excellent arrêt tout ce qu'il y a à dire sur la question si vivement débattue en France. Quel est le but du législateur en permettant aux ascendants de partager leurs biens entre leurs descendants? C'est un moyen de prévenir les contestations qui pourraient s'élever entre les enfants après la mort de leur père. Pour atteindre ce but, la loi a dû nécessairement s'en rapporter aux ascendants, en les autorisant à faire le partage selon leur sagesse. En effet, elle ne met d'autres bornes à leur pouvoir que celles qui résultent de l'article 1079. Cet article ne parle pas des règles qui régissent le partage judiciaire; elles ne sont donc pas applicables. L'article 1076 confirme cette interprétation. Il renvoie aux dispositions concernant les donations et les testaments, tandis qu'il ne renvoie à aucune des dispositions qui régissent le partage *ab intestat*; c'est seulement dans le cas où il reste des biens non partagés par l'ascendant que la loi dit que ces biens seront partagés conformément à la loi, parce que, dans ce cas, les biens sont indivis et

(1) Voyez les autorités citées par Aubry et Rau, t. VI, p. 221, note 1; Dalloz, n° 4485. Il faut ajouter Demolombe, t. XXIII, p. 299, n° 199-201.