20574

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE.

DROIT ROMAIN.

DU CONTRAT DE SOCIÉTÉ.

DROIT FRANÇAIS.

DES EFFETS DU PARTAGE

EN MATIÈRE DE SUCCESSION.

DISSERTATIONS

POUR

LE DOCTORAT,

Présentées à la Faculté de Droit de Toulouse,

Par M. Albert D'ALBÉNAS, avocat.

FACULTÉ DE DROIT
Bibliothèque
DE TOULOUSE

TOULOUSE,
IMPRIMERIE BAYRET ET Cie,
RUE PEYRAS, 12.

1854.

BIBLIOTHÈQUE UNIVERSITAIRE TOULOUSE

A. M. et D. U.

Du contrat de société d'après le Droit romain.

§ 1. — *Notions essentielles du contrat de société.*

Le mot société, *societas*, a plusieurs significations : 1° Pris dans le sens le plus général, il signifie la réunion de plusieurs personnes faite dans le dessein d'atteindre un but commun ; 2° dans un sens plus restreint, la *societas* est cette convention par laquelle on tâche d'établir simplement une certaine communauté.

Il faut donc distinguer la société de la simple communauté. Cette dernière peut avoir lieu sans convention, et reçoit communément le nom de communauté accidentelle, *communio incidens* : elle se présente lorsque, par exemple, la même chose a été léguée à deux ou à plusieurs conjointement, ou qu'une hérédité est échue à deux ou à plusieurs, etc., (1). La société, au contraire, est le résultat d'une convention, soit qu'elle consiste en un contrat par lequel deux ou plusieurs personnes conviennent de former un fonds commun dans la vue de le faire valoir suivant certaines conditions débattues entre elles, soit lorsqu'elle a simplement pour but d'organiser une communauté entre plusieurs personnes. Ainsi, toute société ne doit pas être confondue avec la communauté ou l'indivision.

On peut contracter autant d'espèces de sociétés qu'il

(1) L. 31-32, Dig., h. tit.

y a de points de vue sous lesquels on considère le contrat.

En effet, 1° par rapport à sa fin, elle peut être contractée dans le but de réaliser un gain, ou bien n'avoir pour vues qu'un simple avantage recherché par les contractants. Dans le premier cas, elle prend le nom de société commerciale et industrielle ou de finances, *societas quæstuaria* ou *negotiatoria;* dans le second, n'ayant en vue aucun gain à poursuivre, elle est dite *societas non quæstuaria:* comme lorsque deux personnes, par exemple, conviennent d'entretenir à frais communs un cheval à cause de leurs affaires ou de leur santé.

2° Par rapport à son objet, considéré comme moyen propre à atteindre un but, elle peut être ou société de travaux, de services, *societas operarum,* alors que ce sont ces travaux ou ces services même qui sont considérés comme le moyen propre à réaliser le but poursuivi; ou bien société de choses, *societas rerum,* quand ce sont des objets ou des mises de fonds qui seront les instruments; ou bien enfin, elle peut être tout à la fois société de services et de choses, *societas operarum et rerum,* lorsqu'il y a concours de ces deux espèces de moyens pour atteindre le but proposé.

3° Par rapport aux effets plus ou moins étendus de la société, elle peut être ou société d'usage, de jouissance seulement, *societas quod ad usum tantum,* ou société de capital, *quo ad ipsam sortem,* suivant que les apports de choses ne deviennent communs que quant à l'usage, aux fruits ou aux intérêts, ou bien suivant qu'ils le deviennent même quant à leur propriété.

Dans le sens le plus propre, on entend par société, *societas,* le contrat de société, c'est à dire un contrat con-

sensuel et de bonne foi par lequel deux ou plusieurs personnes s'obligent réciproquement à mettre en commun leurs biens, services ou industrie, dans l'intention de faire valoir ce fonds commun, et sous la condition de partager les bénéfices ou les pertes qui pourront résulter de ces opérations.

Il suit de là que la fin du contrat de société doit toujours être un gain à réaliser, et non pas seulement un usage ou un simple avantage commun (1). Ainsi, deux personnes qui achètent un cheval conjointement pour leur utilité commune, sans intention d'en tirer un autre profit, se trouvent bien en communauté par rapport à ce cheval, mais on ne peut pas dire d'elles qu'elles sont en société proprement dite : *nec enim sufficit rem esse communem, nisi societas intercedit* (2). De même, si une chose est donnée à une personne pour être vendue à un prix déterminé, avec cette condition que si le prix de la vente est supérieur à celui qui a été indiqué, l'excédant sera pour elle, ce ne sera pas une société; une telle convention ne peut produire autre chose qu'un contrat indéterminé. Mais s'il avait été dit, au contraire, que l'excédant du prix convenu serait partagé à titre de gain, il en résulterait de cette stipulation une véritable société dans laquelle l'un donne une chose et l'autre apporte son service en vue de la réalisation d'un bénéfice commun (3).

La perte doit aussi être commune. Cette disposition s'explique suffisamment par l'intention présumée des parties contractantes, car il paraît tout simple que ceux

(1) LL. 7, 8, 29, § 1, 2, Dig., h. tit.
(2) Ulp. L. 31, Dig., *ibid.*
(3) L. 44, Dig., *ibid.*

qui sont appelés à profiter du gain soient tenus de supporter les chances défavorables; toutefois, ce résultat tient moins à l'essence de la société, qu'à une propriété naturelle de ce contrat, et rien ne s'opposerait à ce qu'une convention particulière vint le modifier. Ainsi, il pourrait être convenu que l'un des associés, quoique ayant sa part dans le gain, fut exempté des pertes, à cause de l'importance de son apport qui a permis à la société de se constituer et de poursuivre un gain possible : « *Ità coiri societatem posse ut nullius partem damni alter sentiat, lucrum verò commune sit, Cassius putat* » (1). Le texte du § 2 des Institutes, h. tit., n'a rien de contraire à cette interprétation. Il est vrai que l'art. 1855 de notre Code Napoléon annule la stipulation qui affranchirait de toute contribution aux pertes les sommes ou effets mis dans le fonds de la société par un ou plusieurs associés; mais cet article, illogique en Droit commercial, puisqu'il peut en paralyser l'élan par l'obligation où il place certains capitaux de courir des risques que d'autres se prêtent à supporter seuls, ne doit pas être étendu, en raison même de son mauvais effet, au delà de ses termes, et n'exclut pas l'idée que l'on puisse affranchir de toute perte la mise consistant dans une industrie. — Ce que nous venons de dire ne s'applique nullement au cas où l'on aurait convenu que l'un des associés n'aurait aucune part dans les bénéfices, ou que l'un des associés recueillerait la totalité des bénéfices : une telle société était qualifiée de *Léonine* par les jurisconsultes romains (2).

(1) L. 29, Dig., h. tit.
(2) L. 30, Dig., *ibid.*

Le gain qu'on se propose d'acquérir dans une société doit être honnête et licite. Il ne peut donc encore y avoir société, lorsque le but du contrat qui lie les parties se trouve être contraire aux bonnes mœurs, aux lois ou à l'ordre public : « *Flatiosæ rei societas coita nullam vim habet. Generaliter enim traditur rerum inhonestarum nullam esse societatem* (1) (Ulp.) Il en résulte que l'associé n'a, dans ce cas, aucune action contre son coassocié pour lui demander sa part dans le gain illicite, non plus que l'action par laquelle il voudrait le forcer à le décharger de la part des amendes encourues à cette occasion.

Il est encore de l'essence du contrat qui nous occupe que chaque partie apporte quelque chose dans la société : les apports peuvent consister en choses ou en services, ou tout à la fois en choses et en services; la société serait nulle s'il n'y avait aucune espèce d'apports. Ainsi, il n'y a pas de société si elle a été contractée à titre de donation (2).

Enfin, il est de l'essence de la société qu'elle repose sur une mutuelle confiance des associés : c'est un contrat de bonne foi. Les associés doivent se considérer comme des frères, *societas jus quodam modo fraternitatis in se habet* (3). Ce caractère particulier de la société en Droit romain ne doit jamais être perdu de vue : il sert à la distinguer de notre société commerciale, dans laquelle les rapports de la société avec les tiers tiennent une place bien plus considérable que les rapports des associés

(1) L. 70, § , Dig., *de Fidejus.* — L. 57, Dig., h. tit.
(2) Ulp. L. 5, § 2, Dig., h. tit — V. aussi L. 35, § 5, *de Mortis causa donat.* — L. 16, § 1, Dig., *de Minor.*
(3) L. 63, Dig., h. tit.

entre eux. Nous reviendrons sur ce point. En conséquence, tout dol, toute manœuvre frauduleuse survenue dans le contrat a pour effet de rendre la société nulle (1).

§ 2. — *Différentes divisions de la société.*

Le texte des Institutes, h. tit., n'indique que deux sortes de sociétés : la société universelle de tous biens, *totorum bonorum*, et la société pour un certain genre d'affaires, *alicujus negotiationis;* mais il en existe encore deux autres qu'on appelle : l'une, société de tous gains, l'autre, société *unius rei*, laquelle est relative à un ou plusieurs objets déterminés, comme le serait, par exemple, la société formée pour l'exploitation d'une mine, pour l'achat et la vente de la cargaison d'un navire.

On peut encore diviser la société en générale ou particulière : elle est générale, quand elle s'étend à tous les biens des associés présents et à venir, de quelque manière qu'ils leur adviennent, par legs, donation ou même par hérédité; elle est, au contraire, appelée particulière, si tous les biens des intéressés n'y sont pas compris. Mais, dans ce dernier cas, il faut encore distinguer, car si la société embrasse la communauté de tous les gains que l'associé peut acquérir par son industrie ou son travail, elle est aussi générale, non plus, il est vrai, de tous les biens quelconques, mais seulement de ceux qui proviennent exclusivement des gains et acquisitions dérivant des œuvres personnelles de l'associé, *societas totorum bonorum quæ ex quæstu veniunt.* La société particulière est dite *alicujus rei* ou *alicujus nego-*

(1) Paul. L. 3, § 3, Dig., h. tit.

tiationis. On en trouve un exemple dans la L. 71, pr. Dig., h. tit.

La société est encore particulière si elle est faite en vue d'une hérédité soit testamentaire, soit *ab intestat*. Une telle société peut être contractée non seulement dans le cas où l'hérédité est ouverte, mais encore lorsqu'elle ne constitue qu'une simple espérance, lorsqu'elle repose sur les droits éventuels de l'un des associés. Il est vrai que la L. 3, § 2, Dig., h. tit., semble n'admettre cette société que relativement à une hérédité légitime; mais en raisonnant d'après la loi des XII Tables, on peut dire que même l'hérédité testamentaire est également comprise dans une telle société (1). Un autre exemple de cette espèce se trouve dans la L. 52, § 6, Dig., h. tit., extraite du liv. III des Respons. Papin.

La société universelle de tous les biens a ceci de particulier, qu'elle s'étend à tous les biens présents et futurs des associés et qu'elle affecte toujours la propriété même de ces biens. Elle en rend les associés copropriétaires de plein droit et sans qu'il soit besoin d'aucune tradition. Toutes les choses qu'ils acquièrent, à quelque titre ou de quelque nature que ce soit, de quelque origine qu'elles proviennent, hérédités légitimes, testamentaires, donations, profits des actions pénales et autres, tombent dans la société et deviennent à l'instant propriété commune (2).

La dot même apportée à l'un des associés par sa femme reste commune aussi longtemps que dure le mariage. S'il est dissous, elle doit être restituée; néan-

(1) V. L. 130, *de Verbor. significat.* Ulp.

(2) V. *Comm.*, et les LL. 3, § 1, Dig., h. tit.; 73 pr., Dig., h. tit.; 52, § 16, Dig., *eod.*

moins, la société jouit des revenus jusqu'au jour de la restitution. Lorsque la société prend fin avant la dissolution du mariage, le mari peut prélever la dot avant tout partage, car c'est lui seul qui désormais en supporte les charges qui précédemment étaient au compte de la société; sauf, bien entendu, le cas où la dot n'étant pas susceptible de restitution, elle est devenue par cela seul bien de la société, et se partage dès lors entre les intéressés comme tout autre bien social (1).

Si l'associé a acquis une chose par suite d'un fait punissable et qu'il ait communiqué à la société le gain illicite qui en résulte, cette communication volontaire la rend propriétaire, à tel point que si les coassociés ont connaissance de l'origine de ce profit déshonnête, ils seront tenus comme l'auteur lui-même, et que la peine pécuniaire deviendra commune; mais s'ils l'ont ignorée, la société ne doit restituer que ce qu'elle a reçu, et la peine demeure exclusivement à la charge du coupable (2).

Dans la société universelle, toutes les choses corporelles que les associés ont dans leur patrimoine au moment où ils ont formé le contrat, deviennent propriété commune immédiatement et par l'effet seul de la loi, sans qu'il soit besoin d'une livraison réelle, et il en est ainsi des biens présents comme des biens futurs. Il en est de même en Droit français. Les rédacteurs de notre Code ont admis (Code Nap., art. 1837) que la société universelle de tous biens pouvait comprendre les biens à venir; mais ils n'ont point voulu que cette

(1) LL. 65 et 66, Dig., h. tit.
(2) L. 52, § 17, Dig., *ibid.* — V. aussi les LL. 53, 54, *ibid.*

communauté s'étendît jusqu'aux biens qui pourraient advenir aux associés par succession, donation ou legs, autrement que pour la jouissance, sans doute parce qu'il en serait résulté une trop grande incertitude dans les mises, et parce qu'il serait devenu trop facile, à défaut de cette prohibition, d'éluder la disposition qui interdit de stipuler sur les successions futures et de donner les biens à venir.

Mais les actions réelles tombent-elles aussi dans le patrimoine de la société immédiatement, comme les choses corporelles ? Nous répondrons affirmativement, d'après le principe qui veut que celui qui « *in rem actionem habet ipsam rem habere videatur.* » Les obligations et actions personnelles, au contraire, doivent être l'objet d'une cession réciproque pour qu'elles deviennent communes, *actiones tamen personales non communicantur sinè cessione, id est, nisi cedantur invicem,* dit Cujas, *ad edictum Pauli,* L. 1; à quoi Faber ajoute: « *actiones enim personales adeò coherent personæ ut à personâ separari nullo modo possint* (*Rational. in Pand. ad* L. 3, h. tit.) Les choses même corporelles que les associés acquièrent depuis l'établissement de la société, ne deviennent pas communes de plein droit, mais par la tradition; aussi, dans le cas où l'associé refuserait de mettre la chose dans le patrimoine commun, on ne pourrait agir contre lui que par l'action *pro socio* (1).

Par réciprocité, puisque la société universelle rend communs sans distinction tous les biens des associés, il suit qu'elle doit répondre de toutes les pertes, lesquelles devront être supportées en commun, et qu'elle doit

(1) L. 74, Dig., *ibid.*, et Voët, *ibid.*, § 6.

faire face aux besoins et aux dépenses personnelles de chacun d'eux, alors même que la part versée dans la masse commune ne serait pas égale, ou que les besoins de l'un surpasseraient ceux de l'autre, à raison de sa famille, de ses obligations, etc; ainsi, la masse de la société doit pourvoir aux frais d'éducation, d'entretien ou d'établissement par mariage des enfants (1). Il en est de même des dettes de l'un des associés, soit qu'il s'agisse de celles qu'il a pu contracter pendant la durée de la société, soit même de celles qui ont une date antérieure au contrat.

La société peut encore être obligée d'acquitter les charges et condamnations dont chaque associé est tenu, à condition toutefois qu'elles ne résultent pas d'un délit. Le préjudice occasionné par un délit pourrait aussi être réparé aux frais de la masse, mais seulement jusqu'à concurrence de la part virile de l'auteur du délit dans la société, à moins qu'il n'eût été condamné injustement, par la négligence ou le dol du juge, par exemple, *vi injuriâ judicis damnatus esset;* dans ce cas, le dommage serait entièrement à la charge de la société (2).

Après la dissolution la société universelle, le patrimoine social extant se divise par égales portions, entre les associés, sans qu'on ait égard à la différence des apports individuels, à l'exception toutefois de la dot apportée à l'un des associés par sa femme; mais celui-ci ne fait cette reprise que dans le cas seulement où la dot doit être restituée après le mariage; le mari la prélève alors avant tout partage, ainsi que nous l'avons dit plus haut.

Dans la société universelle de gains, *societas totorum*

(1) L. 73, Dig., § 4, h. tit.
(2) Donellus, § 13, cap. XVI, h. tit.

bonorum quæ ex quæstu veniunt, il n'y a de commun, au contraire, que le gain acquis par les associés soit par leur industrie, leur travail, ou par achat, louage ou tout autre opération particulière. Font encore partie de cette société, les salaires et gages qui ont été gagnés à quelque titre que ce soit; mais on en exclut les legs, donations ou hérédités échues en particulier à l'un des intéressés. Ces biens restent propres à celui qui les a ainsi acquis, parce que ces libéralités ont ordinairement pour cause soit un mérite personnel du donataire, soit une obligation naturelle de la part du donateur, et qu'elles sont acquises sans peine ni travail aucun.

Quant au partage des gains dans cette sorte de société, il n'a lieu qu'après une déduction préalable des pertes, lesquelles ne peuvent, il est vrai, être déterminées qu'à la fin de la société. Entre les intéressés, le partage se fait proportionnellement à la quotité de leurs apports et mises.

§ 3. — *De ce qui constitue la perfection du contrat de société et son complément.*

La société est un contrat consensuel : il n'est donc besoin, pour sa perfection, que du consentement des parties : *sufficit eos qui negotia gerunt consentire* (1). Ce consentement peut être donné soit entre présents, soit entre absents par lettre missive ou par messager, expressément ou d'une manière tacite, suivant que les contractants se servent de la parole ou agissent par action pour indiquer qu'ils entendent former une société (2). Cependant Voët n'admet pas

(1) Instit., § 1, *de Obligat. cons.*, lib. 3, tit. 22.
(2) Voët, § 2, h. tit.

que la société universelle de tous les biens présents et à venir puisse être contractée tacitement : il s'appuie sur la Loi 3, § 1, Dig., h. tit., *cum specialiter omnium bonorum societas coita est*, où il est dit, observe-t-il, qu'une telle société doit être accompagnée d'un consentement exprès et non pas seulement tacite. Toutefois, bien que la preuve du consentement tacite spécialement déterminé soit plus difficile dans ce cas que dans tout autre, nous sommes d'avis qu'il n'y a pas de motifs plausibles pour faire exception à la règle générale.

Mais la convention seule n'est pas suffisante pour amener la propriété commune des choses sur lesquelles la société a été contractée. Si donc, certains objets promis à la société doivent devenir communs, ils devront être livrés au moyen de la tradition. Toutefois, celle-ci n'est exigée que pour les sociétés particulières, car dans la société universelle, comme nous l'avons déjà dit, les choses qui se trouvent dans le patrimoine des associés au moment du contrat, tombent dans le domaine commun de plein droit et deviennent propriété commune sans autre forme.

Du reste, le contrat de société peut être fait pour la vie ou pour un temps déterminé plus court, ou bien encore sans détermination de temps ; il peut être sans condition ou sous condition. Mais la convention par laquelle on arrêterait que la société ne se dissoudra jamais, serait entachée de nullité : *nulla societatis in æternum coitio est* (1). En rapprochant l'une de l'autre, les deux lois que nous venons de citer, il semble qu'elles renferment une contradiction manifeste, puisque *in æternum* est à

(1) L. 1, Dig., h. tit., et L. 70, Dig., *ibid.*

peu près synonime de *in perpetuum*. La différence en est pourtant saillante, car ce que le jurisconsulte entend par société contractée *in æternum*, est la société qui ne doit jamais finir, même par la mort des associés, tandis que l'expression *in perpetuum*, n'embrasse que la durée de la vie. Cette dernière convention est obligatoire au moins aussi longtemps qu'une cause légitime ne vient nécessiter la dissolution de la société, puisque, s'il en était autrement, l'associé qui demanderait à se retirer sortirait intempestivement, et serait par suite soumis à l'action *pro socio* (1).

C'était une question fort controversée dans l'ancien Droit romain, que de savoir si la société pouvait être contractée sous condition ? La raison de douter venait sans doute de ce que ce contrat se liait autrefois à la mancipation des choses apportées à la communauté; or, la mancipation, en sa qualité d'acte solennel, ne comportait pas de condition; mais Justinien, préférant la volonté des contractants aux subtilités du Droit, mit fin à cette controverse, en décidant que la société pouvait recevoir toute sorte de modalités, pourvu qu'elles n'eussent rien de contraire aux bonnes mœurs et aux lois, et en supprimant la distinction qui existait entre les choses *mancipi* et les choses *nec mancipi* (2).

§ 4. — *De ce qui peut être l'objet de la société.*

La société peut avoir pour objet des choses ou bien des services appréciables en une somme d'argent, ou tous les deux à la fois. Ainsi, l'un des associés peut apporter des

(1) L. 14, Dig., h. tit.
(2) L. 38, § 1, Dig., *de adq. vel amitt. possess.*

marchandises, un autre une somme d'argent, un troisième ses services, sans que, pour aucun d'eux, il y ait nécessité à ce que les apports soient égaux. Plusieurs personnes peuvent s'associer pour exercer en commun un art, une industrie ou un commerce, dans le dessein d'en retirer des bénéfices. Les services que l'un des contractants offre à la société comme équivalent d'un apport réel, doivent être susceptibles d'être appréciés en argent et ne peuvent jamais en tout cas consister en des actes illicites. Une réunion de personnes qui se concerteraient pour former une entreprise prohibée par les lois ne serait pas une société : ce serait *une bande*.

Il ne fut pas admis tout d'abord que l'apport de l'associé pouvait consister simplement en des services ou des travaux : on doutait du mérite d'une société dans laquelle l'un apportait une somme d'argent, tandis que l'autre ne mettait dans le fonds commun qu'une valeur fictive. Cependant, il fut décidé presque constamment dans la pratique qu'une telle convention constituait bien en réalité une société, et déjà au temps de Dioclétien et de Maximin, on voit que : « *Societatem uno pecuniam conferente, alio operam, contrahi posse magis obtinuit* (1). Mais au temps de Justinien, il n'y eut plus aucun doute à ce sujet, ainsi qu'il apparaît du passage suivant au § 2 des Instit. h. tit. : *Nam et ita coiri posse societatem non dubitatur, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat et tamem lucrum inter eos commune sit quia sœpè opera alicujus pro pecunia valet.* » C'est à dire que souvent la valeur du service vaut bien une mise d'argent, et, par conséquent, peut être considérée comme telle.

(1) L. 1, Cod., h. tit.

Ici se place la question de savoir si, dans cette société, l'apport d'une somme d'argent doit faire tomber la somme dans le patrimoine commun, ou bien si elle continue à appartenir exclusivement à celui qui l'a apportée? Avant tout, il importe de savoir ce qui a été convenu entre les contractants, car les conventions tiennent lieu de lois entre ceux qui les ont faites, *pactum dat legem contractui* (1); mais si les parties n'ont rien décidé à cet égard, la question devient extrêmement douteuse. Quelques auteurs font une distinction : ils examinent si la prestation de service est de valeur équivalente à l'apport fait en argent par l'autre associé, et dans ce cas ils décident que la somme devient commune; si elle est, au contraire, inférieure de beaucoup, ils donnent exclusivement à l'associé qui l'a réalisée la somme apportée (2). D'autres observent que dans le doute l'associé qui prête ses services a toujours au moins une part commune dans la mise d'argent, sans distinction, et que cette mise doit être partagée entre eux après la dissolution de la société (3). D'autres, enfin, rejettent ces deux opinions et veulent que l'apport d'argent reste commun au moins durant la société, sauf après sa dissolution à le remettre entre les mains de celui qui l'a constitué. Cette dernière opinion ne modifie que peu la précédente. Nous partageons l'avis qui nous paraît le plus juste et qui a pour lui la majorité des auteurs : c'est à dire que dans le doute, nous décidons que le capital apporté par l'un des associés, tan-

(1) LL. 23 et 34, Dig., *de Reg. juris.*

(2) V. dans ce sens, Vinnius, *Comment.*, h. tit., et *Select. jur. quæst.*, lib. 1, cap. 54. — Grotius, *de Jur. belli et pac.*, lib. II, cap. 12, § 24.

(3) P. Voët, *Comment.*, § 2. Inst., h. tit., nº 2.

dis que l'autre n'a fourni que son industrie, doit toujours lui rester propre et les bénéfices seulement être partagés en commun. Nous fondons cette décision sur ce que la propriété commune des choses apportées à la société n'est pas de l'essence de cette dernière, que le but essentiel de ce contrat n'est pas précisément de rendre commune la propriété des mises sociales, mais bien de rendre communs les gains réalisés au moyen de ces mêmes mises. C'est pourquoi on ne doit en présumer commun que l'usage : *in dubium enim quod minimum est præsumitur* (1).

Toutefois, il est indispensable que celui qui fait partie d'une société verse quelque chose dans le fonds social. On ne concevrait pas une société où l'un des intéressés apporterait tout, tandis que l'autre ne mettrait rien au service de l'exploitation, pas même son travail, et prétendrait avoir une part dans les bénéfices. Une pareille convention serait faite évidemment *donationis causâ;* or, nous avons déjà dit qu'une société contractée dans cet esprit ne pouvait avoir aucune existence (2). — A cette occasion, Ulpien observe que si un mineur a formé une société de ce genre, il n'a même pas besoin de demander la restitution *in integrum,* puisque le vice qui, dans ce cas, infecte le contrat a pour effet d'anéantir, même

(1) L. 34, Dig., *de Reg. juris.* Doneau, *ad leg.* 1, Cod., h. tit. A l'appui de cette opinion, on peut encore citer la L. 52, § 2, Dig., h. tit. D'après cette loi, le troupeau et le champ apporté dans la société par l'associé propriétaire lui reste en propre : il n'y a que les fruits qui doivent être partagés en commun. D'où il résulte aussi que l'associé qui les a fournis doit seul supporter le dommage quand son capital vient à périr par cas fortuit.

(2) Ulp. L. 5, § 2, Dig., h tit.

entre majeurs, et *ipso jure*, la société faite *donationis causà : satis enim ipso jure munitus est* (1).

On ne pourrait pas davantage s'appuyer sur cette espèce de société pour exercer l'action *pro socio*, et cela lors même qu'elle eut été contractée entre époux, quoique dans ce dernier cas on sache que les donations faites pendant le mariage et non revoquées par l'époux donateur avant sa mort, soient devenues valables depuis le sénatus consulte de l'empereur Caracalla ; la raison vient toujours de ce que la société faite *donationis causà* est nulle d'une manière absolue, sans qu'il y ait lieu à distinguer si elle est intervenue entre époux ou entre toutes autres personnes (2).

Néanmoins, il résulte de la loi que nous venons de citer, que si les époux ont réciproquement mis en commun leurs biens en apportant des parts inégales, et dans l'intention de faire sortir de cette inégalité même une libéralité indirecte en faveur de l'un d'eux, cet arrangement ne sera pas complètement nul ; tout ce qui sera considéré comme libéralité restera incertain et soumis, en vertu du sénatus consulte, aux effets éventuels de la volonté de l'époux donateur, qui demeurera libre jusqu'à sa mort de révoquer la libératité ; mais quant aux apports égaux effectués réellement par l'un et l'autre époux, ils forment une société bien certaine, donnant lieu nécessairement à l'action *pro socio* (3).

Mais il y a une controverse assez vive parmi les interprètes sur le point de savoir si la société contractée

(1) L. 16, § 1, Dig., *de Minor.*

(2) L. 32, § 24, Dig, *de Donat. inter vir et uxor.*

(3) Cela semble résulter des expressions suivantes de la loi : *quæ tamen in commune tenuerunt præstituto fine, revocanda non sunt.*

donationis causâ entre toutes autres personnes qu'entre époux, nulle à la vérité comme société, ne pourrait pas au moins produire les effets d'une donation ordinaire. Certains pensent que suivant l'esprit des anciennes lois romaines, on ne peut attacher aucune puissance à une convention qu'on dépouille de son résultat principal; néanmoins, la plupart des commentateurs, s'appuyant sur la L. 35, § *ult. Cod. de donat.*, décide en faveur de l'affirmative et voit là un pacte *de donando* obligatoire.

§ 5. — *Du calcul et du partage des bénéfices dans le contrat de société.*

Le but essentiel du contrat de société, nous l'avons déjà dit, est de réaliser en commun un gain, un bénéfice; il est donc également essentiel, pour que ce contrat existe, que chacun de ses membres ait droit à une part dans le partage qui en est fait. Par ce mot *gain* ou *bénéfice*, il faut entendre ce qui reste dans la masse commune après la déduction faite des frais et dommages, et en outre après le prélèvement des apports sociaux : *neque enim lucrum intelligitur nisi omni damno deducto, neque damnum nisi omni lucro deducto* (1). De ce principe découle naturellement la manière de calculer les gains et les pertes.

Mais il n'en est pas de même quand il s'agit de savoir comment les gains et les pertes doivent être partagés. La question est vivement débattue. D'abord, il nous paraît tout à fait conforme à la nature des choses, dans le silence des parties qui n'ont rien convenu à cet égard, de diviser les gains et les pertes au *prorata* des mises so-

(1) L. 30, Dig., h. tit.

ciales; cette proportion semble même être dans l'esprit des lois romaines. Pomponius, dans la L. 6, Dig., h. t.; Proculus, dans la L. 80, Dig., ibid., sont de cet avis, et ce dernier jurisconsulte fortifie sa décision dans un autre passage par une considération tirée de la nature même du contrat, en disant : *eò magis, scilicet, arbitrium viri boni sequendum esse quod judicium pro socio bonæ fidei est* (L. 78, Dig., h. tit.)

Or, la nature du contrat, l'équité, la justice ne semblent-elles pas exiger que ce que les associés ont gagné en commun, par suite du concours des capitaux apportés par chacun, concours inégal en raison même de la différence des mises, soit partagé entre eux non pas en part viriles, mais proportionnellement à la qualité et quantité de chaque apport ? (1).

Cependant, plusieurs bons esprits s'arrêtent à une interprétation tout à fait différente de l'esprit et du texte de la loi romaine; ils veulent que les gains et les pertes se partagent suivant une égalité parfaite, d'une manière absolue, sans avoir aucun égard à la différence des apports sociaux. Cette opinion paraît même emprunter pour eux une autorité décisive à la L. 29, pr., Dig., h. tit., qui emploie les expressions *æquas partes*, lesquelles, à leur sens, indiquent suffisamment qu'il s'agit de parts viriles, égales, et non point de parts proportionnelles, puisque les mots *æquas partes*, *æqualiter*, sont employés par opposition à *prorata parte*. On corrobore ce texte de la maxime que nous avons déjà citée et qui fait de la société comme un patrimoine qui doit être partagé égale-

(1) Sic Vinn., *Select. jur. quæst.*, lib. 1, cap. 53; — Voët, *pro socio*, § 8.

ment entre frères : *Societas jus quodam modo fraternitatis in se habet.*

Malgré ces motifs, alors même qu'ils seraient fondés, nous ne croyons pas que la première opinion puisse être abandonnée. Loin d'être combattue par la L. 29, pr., Dig. précitée, elle n'en est nullement affaiblie, car lorsque Ulpien dit : *si non fuerint partes societati adjectæ æquas eas esse constat,* il entend établir une règle pour le cas où l'apport de l'associé à la masse commune est incertain; dès lors le juge qui n'a plus à considérer l'inégalité des mises, n'a rien de mieux à faire que de prononcer un partage égal, par portions viriles, puisqu'il ne peut évaluer la différence de ces portions. C'est aussi dans une hypothèse semblable que ce jurisconsulte décide de même, à la L. 164, § 1, Dig., *de Verbor. significat.*

La preuve qu'Ulpien n'entend nullement consacrer une règle d'après laquelle, à défaut de convention expresse, les gains doivent être partagés également, alors même que les mises seraient de valeur différente, se déduit encore clairement de l'espèce suivante qu'il propose : Il se demande si l'on peut considérer comme valable la convention par laquelle on attribue les deux tiers des bénéfices à l'un des associés, tandis que l'autre n'aura qu'un tiers, et il décide affirmativement, pourvu que celui qui a la part la plus considérable ait aussi versé la plus grande part dans le fonds social, quelque soit, au reste, la nature de son apport, argent, meubles ou services. D'où il suit, à l'inverse, que dans la pensée de ce jurisconsulte une pareille convention ne serait pas possible si les apports, au lieu d'être ainsi proportionnés aux parts dans le gain, étaient, au contraire, absolument égaux.

En suivant la même pensée, devrait être nulle, à plus forte raison, la clause par laquelle on stipulerait que celui dont l'apport est très inférieur, recueillera dans les bénéfices une part très supérieure à celle de l'autre. Comment douter, après cela, que dans l'opinion d'Ulpien le partage des bénéfices, quand il n'a pas été réglé par les intéressés, ne dût avoir lieu suivant une proportion géométrique aux mises respectives des associés, et non pas selon une égalité absolue qui répugne d'ailleurs à la nature même du contrat?

Quant à la convention d'après laquelle l'un des associés aurait les deux tiers des gains, tandis qu'il ne supporterait que le tiers des pertes, et d'après laquelle l'autre associé supporterait les deux tiers des pertes et n'aurait que le tiers restant des bénéfices, elle avait donné lieu à des décisions différentes parmi les prudents. Quintus Mutius n'admettait pas la validité de cette convention, mais on avait fini par se rallier à l'opinion de Servius Sulpitius qui la déclarait valable, attendu que l'industrie de certains associés peut être tellement importante, qu'il devienne juste de leur accorder de plus grands avantages. Dans le dernier état du Droit, cette question ne présentait plus de doute. On avait même été jusqu'à admettre qu'il pourrait être convenu que l'un des associés, quoique participant aux gains, fut exempt des pertes, dans lequel cas, bien entendu, les bénéfices ne pouvaient se compter qu'après la déduction des pertes (1), et cette décision se motivait encore par l'importance de l'apport effectué par l'associé.

(1) Instit., lib. III, h. tit.

§ 6. — *De la bonne foi entre les associés et du bénéfice de compétence.*

La société établit entre les participants une sorte de fraternité. C'est pourquoi la confiance mutuelle que les associés se doivent entre eux doit être suivie de la loyauté et la probité que chacun d'eux attend de l'autre. Aussi les lois romaines punissent-elles d'infamie celui qui a trahi ses devoirs et trompé son coassocié (1), tandis que, par contre, elles accordent aux associés réputés frères entre eux, un bénéfice légal connu sous le nom de bénéfice de compétence. Ce bénéfice consiste en ce que l'action *pro socio* ne peut avoir pour effet de faire porter la condamnation de l'associé exposé à ses résultats au delà de ce qu'il peut faire, *in quantum facere potest*, c'est à dire de manière à le réduire à l'indigence.

On s'est demandé si ce bénéfice était applicable à toute espèce de société, à la société universelle comme à la société particulière. Cujas et quelques autres ne l'accordent qu'à la première; mais la plupart des Docteurs l'étendent également à la seconde quand les associés, poursuivis par l'action *pro socio*, sont dans l'impossibilité de payer les dettes qu'ils ont contractées à l'occasion de la société. La différence de ces deux opinions a pour cause deux lois du Digeste qui paraissent se contredire ; ce sont d'abord la L. 63, pr., Dig., *pro socio*, d'après laquelle il paraît on ne peut plus clair qu'Ulpien accorde le bénéfice de compétence à l'associé d'une chose certaine aussi bien qu'à celui de tous les biens, *universo-*

(1) L. 6, § *ult.*, Dig., *de his qui in fem. nat.* — Instit., § 2, *de pœna tem. litig.*

rum bonorum, et la loi 16, Dig., *de re judic.*, dans laquelle le même Ulpien donne un avis tout à fait différent; d'après ce dernier fragment, le bénéfice n'appartient qu'à l'associé *universorum bonorum*, et non à l'autre. On a essayé de concilier ces deux textes. L'interprétation consiste à dire que l'associé particulier aussi bien que l'associé *omnium bonorum*, jouissent du bénéfice de compétence, sauf la différence qu'ont faite les lois elles-mêmes, savoir : que dans une société universelle les associés étant considérés entre eux comme des parents, ont ce bénéfice dans tous les cas sans distinction, tandis que l'associé particulier, au contraire, ne l'obtient que dans le cas où il est actionné *pro socio* pour dettes contractées à l'occasion de la société, car un tel associé n'est considéré comme frère que relativement aux affaires de la société. Aussi la L. 16, Dig., *de re judic.*, s'applique-t-elle au cas précédent, tandis que la L. 63, Dig., pr., h. tit., n'a trait qu'à la société particulière. Du reste, le § 38, Instit., *de Action.*, ne distingue pas et dit expressément : *Item si socius cum socio judicio societatis agat non plus actor consequitur quam adversarius ejus facere potest.*

§ 7. — *Des droits et obligations réciproques des associés entre eux.*

Les obligations réciproques des associés sont comprises dans les dispositions suivantes :

1° Chacun d'eux est tenu de réaliser les apports qu'il a promis;

2° Il doit apporter à l'accomplissement et au maniement des affaires sociales les soins et la diligence convenables.

Mais jusqu'à quel degré est-il tenu de donner ces soins et cette diligence ? Sera-t-il responsable envers son co-associé, en vertu de l'action *pro socio*, du dol seulement, comme le dépositaire, ou devra-t-il répondre encore de sa faute, c'est-à-dire de son incurie et de sa négligence ? Ce point était l'objet de débats assez vifs entre les anciens jurisconsultes. Quelques-uns prétendaient qu'il n'était tenu que de la faute lourde, car, disaient-ils, il n'y a presque point de différence, sous ce rapport, entre ce contrat et le dépôt : on doit s'imputer à soi-même l'imprudence d'avoir choisi un homme négligent, et l'on doit en supporter les conséquences, tout comme on les supporte quand on a fait choix d'un mauvais dépositaire. A l'appui de cette opinion, on fesait valoir encore cette considération, que lorsqu'un associé se montre peu prévoyant dans les affaires de la société, c'est qu'il n'est guère plus soigneux de ses propres intérêts. — Mais l'avis du jurisconsulte Celsus qui rendait l'associé responsable de la simple faute, *culpa*, et non pas seulement du dol, finit par prévaloir. Par le mot *culpa*, qui est ici opposé à *dolus*, il faut entendre la *culpa levis*, laquelle peut résulter même de l'inaction. Caius explique la *culpa* par les mots *desidia atque negligentia* (1). — Ulpien partage aussi l'avis de Celsus.

Il va sans dire, d'ailleurs, que les soins qu'on exige de l'associé ne doivent pas se mesurer d'après ceux qu'apporterait à ses intérêts le père de famille *le plus diligent*, car le contrat de société est l'un de ceux où chacune des parties retire un avantage égal. Mais faut-il les considérer *in abstracto* ou bien *in concreto*? La

(1) L. 72, Dig., h. tit.

réponse péremptoire à cette question se trouve dans le fragment de Gaïus déjà cité, L. 72, Dig., h. tit. Il en résulte que l'associé n'est astreint à ces soins que *in concreto;* c'est ce qui ressort également du § 9 des Instit., à ce titre: *sufficit enim talem diligentiam in communibus rebus adhibere socium qualem suis rebus adhibere solet.*

Au reste, l'associé ne pourrait pas demander la compensation des dommages résultant de son incurie ou de ses fautes dans une partie de la gestion sociale, avec les bénéfices qu'il a retirés par suite d'une autre partie de l'administration. Cette disposition se trouve corroborée par plusieurs lois et notamment par les LL. 23, § 1, Dig., h. tit. 25, Dig. *cod.* et 26. Dig. *ibid.*

Il existe encore pour chacun des coassociés l'obligation de réparer proportionnellement le dommage souffert par l'un d'eux au sujet de la société. Si l'un des associés, par exemple, en voyageant pour les affaires communes, a été dévalisé par des voleurs et dépouillé d'objets à lui propres en même temps que de ceux appartenant à tous, il est juste que dans ce cas le dommage éprouvé soit réparti entre tous et supporté par chacun proportionnellement à l'intérêt qu'il avait dans la société (1).

Une autre obligation fort importante pour celui qui a géré les affaires et les biens de la société, est de rendre compte de son administration. Il doit même, à la première réquisition des autres associés, leur représenter ses livres de compte (2). Chaque associé est en outre, dans une société autre que celle qu'on appelle *omnium bonorum*, tenu de décharger proportionnelement son

(1) L. 52, § 4, Dig., h. tit.
(2) L. 89, § 2, Dig., *de Verbor. significat.*

coassocié des dépenses nécessaires et utiles faites par lui en vue de la société (1). De même, chacun d'eux doit contribuer pour sa part au paiement des intérêts qui auraient été payés par un seul des intéressés, lorsque un emprunt avec intérêt a été contracté. Cette obligation existe même dans le cas où l'argent a été prêté par l'un des associés, sur sa caisse personnelle (2).

L'associé qui retient par devers lui ou emploie à son propre usage les deniers sociaux, en doit-il les intérêts ? Il faut distinguer s'il s'agit d'une somme d'argent devenue commune, soit par la remise effective des apports promis, soit par celle des bénéfices réalisés ; ou bien s'il s'agit de gains acquis à la vérité pour le compte de la société, mais non encore communiqués (*communicata pecunia*), c'est à dire non encore rendus communs par la tradition. Dans le premier cas, l'associé doit les intérêts sans distinction, *omni modo*, soit qu'étant en retard de les livrer, il ait été interpellé par ses coassociés, soit qu'à défaut de cette interpellation, et par conséquent sans être en demeure, il les ait employés à son propre usage (3). S'il en est ainsi dans l'une et l'autre hypothèse, c'est que l'associé qui dispose des fonds sociaux en vue de son intérêt personnel, se constitue de plein droit en demeure : c'est ce qu'on appelle *mora ex personâ; reipsâ moram faciat*, de la même manière que le *fur ou prædo* qui vole ou enlève par force est en demeure

(1) LL. 4, § 3; 11, Dig., *de Comm. divid.*; 52, § 15; 38, § 1, Dig., h. t.

(2) Ces trois sortes d'obligations sont énumérées par Paul, à la L. 67. § 2, Dig., h. tit.

(3) L. 1, § 1, Dig., *de Usuris*.

sans qu'il soit besoin d'une demande de la part des personnes lésées (1).

Mais s'il s'agit, au contraire, de gains réalisés pour le compte de la société et non encore rendus communs par la tradition, l'associé qui en est comptable et se trouve interpellé par les autres, n'en doit les intérêts que lorsqu'il se joint à sa mise en demeure cette circonstance de plus, qu'il les a employés à son propre usage, *si utrumque concurrat,* dit Voët, *id est et in reddendo moram fecerit et in suos simul usus converterit.* Cujas dans ses Observations, lib. XIII, cap. 15; Jer. Noodt, *de fœnore et usuris,* lib. I, cap. 5, et Pothier, *in Pandect. Justin.*, h. t., n° 44, sont d'un autre avis. Ils pensent que lorsque l'associé est simplement en retard de livrer à la société les gains qui appartiennent à celle-ci, il en doit les intérêts, alors même qu'il ne les a pas fait tourner à son usage personnel; d'après eux, Pomponius l'indique clairement par les expressions suivantes : *sed si aut usus ea pecunia non sit, aut moram non fecerit,* etc..., (2). Mais il semble ressortir, au contraire, de ce texte, que les deux conditions énoncées ne peuvent aller l'une sans l'autre; car, comme Voët l'a observé, le sens en est que si l'une d'elles manque, par exemple, si l'associé n'a pas employé l'argent à ses propres besoins, alors même qu'il s'est laissé mettre en demeure, ou bien que si s'en étant servi, il n'y a eu aucun retard dans sa livraison, il ne doit, dans l'un ou l'autre cas, aucun intérêt.

Il est à remarquer qu'il résulte de la même L. 60, que les intérêts dont il est question ne doivent pas être con-

(1) L. 8, § 1, Dig., *de Cond. furt.* — Voët, Dig., h. tit., § 17.
(2) L. 60, pr., Dig., h. tit.

sidérés comme des intérêts proprement dits, *quasi usuras,* mais seulement comme une compensation du dommage que les associés eussent évité si la livraison eut été faite sans retard. Ainsi, en combinant la L. 1, § 1, *de Usur.,* et la loi précitée, *pro socio,* l'on voit que l'associé qui a profité seul des fonds devenus sociaux, est traité plus sévèrement que celui qui, soumis à l'obligation de les rendre communs, y a mis du retard et en a seul tiré avantage.

Au reste, la raison qui empêche de regarder comme intérêts proprement dits ce que l'associé doit aux autres, est sans doute puisée dans cette considération, que les intérêts ne sont dus en général qu'à l'occasion de choses fongibles, c'est à dire considérées *in genere,* et que dans le cas auquel se rapporte la L. 60, il s'agit moins de la chose due que d'un simple fait de la part de la personne, c'est à dire l'obligation de livrer la chose et de la rendre commune (1). — Cependant la loi 67, § 1, Dig., h. tit., prévoit une hypothèse où l'associé qui prête à intérêt des deniers sociaux, ne doit pas à la société ces intérêts: c'est lorsque le prêt a eu lieu sous son propre nom; mais il faut trois conditions pour que ce cas se présente: 1° qu'il s'agisse d'une société particulière; 2° que le prêt ait été fait sous le nom de l'associé; 3° que le risque du prêt soit à sa charge.

Mais s'ensuit-il que le prêteur, même dans cette circonstance, ne doive aucune sorte d'intérêt à la société? Non. Tout ce qu'il en résulte, c'est que les intérêts du prêt doivent lui rester propres, puisqu'il en a assumé sur sa tête les risques et périls; mais il ne faut pas en con-

(1) Voët, *ibid.*

clure qu'il soit affranchi de tout dédommagement envers la société, car s'il en était ainsi, cette disposition serait en contradiction flagrante avec les lois déjà indiquées, et notamment les deux LL. 1, § 1, *de Usur.*, et 60, pr., Dig., h. tit. Ainsi donc, l'associé ne doit pas les intérêts du prêt qu'il a effectué à ses risques et périls, à quelque taux qu'ils s'élèvent; ces intérêts lui appartiendront en propre; mais il sera tenu envers la société à fournir une compensation du dommage qu'il a causé, soit parce qu'il a été en retard de restituer la somme prise dans la caisse sociale, soit parce qu'il en a disposé pour son propre compte; il n'y a pas d'ailleurs à douter, dans l'espèce, qu'il en a usé dans ce but, puisqu'il profite des produits de la somme prêtée (1).

§ 8. — *De l'action qui résulte du contrat de société.*

L'action qui contraint l'associé à l'accomplissement de toutes les obligations personnelles dont nous venons de parler, ainsi qu'à l'exécution des autres clauses accessoires au contrat, tire son appellation du contrat même, et est connue en Droit sous le nom d'action *pro socio*.

Elle est directe de part et d'autre, *ab utràque parte directa;* ainsi, il n'y a point d'*actio contraria pro socio*. Elle n'a lieu qu'entre associés; cependant, elle s'étend aux héritiers et contre eux : *In heredem quoque socii pro socio actio competit, quamvis heres socius non sit : licet*

(1) A cette interprétation s'appliquent parfaitement les LL. 10, § 8, Dig., *Mandati;* L. 6, § 6, Dig., *ibid.;* L. 24, Dig. *depositi;* L. 47, 54, Dig., *de Admin. et peric. tut.*

enim socius non sit, attamen emolumenti successor est (1). Elle peut être exercée aussi bien pendant la durée de la société qu'après sa dissolution. Néanmoins, on fait ici la distinction suivante : si l'action *pro socio* est dirigée d'une manière générale, par exemple, en reddition d'un compte général, en partage de gains et pertes définitifs, elle ne pourrait être intentée qu'après la fin de la société, car il est bien évident que c'est à ce moment seulement que le calcul pourra en être fait. Bien plus, le demandeur, en intentant ainsi l'action *pro socio,* fait entendre que la société doit être dissoute, si elle fonctionne encore (2). Mais si l'action n'a pour objet qu'un point déterminé, spécial, et que d'ailleurs il importe de maintenir et prolonger l'existence de la société, s'il ne s'agit, par exemple, que de la livraison de l'apport promis ou de l'encaissement du profit gagné pour le compte de la masse commune, elle peut être formée dès que l'on en a besoin et, en tout cas, bien avant la fin des relations sociales (3).

L'action *pro socio* n'a pour objet que des prestations personnelles et non pas le partage des biens sociaux qui sont devenus communs. Cette dernière opération est poursuivie au moyen de l'action *communi dividundo;* le jurisconsulte Paul, à la L. 1, Dig. *comm. divid.*, établit cette différence. Il faut citer aussi dans ce sens la L. 43, Dig., h. tit., où Ulpien, tout en confirmant la loi précédente, énonce en outre une particularité qu'il importe

(1) L. 63, § 8, Dig., h. tit. — Voët, § 10, *ibid.*

(2) L. 65, pr., Dig., h. tit.

(3) On en trouve l'exemple aux LL. 65, § 15, Dig., h. tit., et L. 52, § 8 et § 13, Dig., *ibid.*

de noter : *Si actùm sit communi dividundo non tollitur pro socio actio, quoniam pro socio actio et nominum rationem habet et adjudicationem non admittit. Sed si posteà pro socio agatur, hoc minus ex eà actione consequitur quam ex prima actione consecutus est.* Ulpien distingue donc suffisamment entre l'action *communi dividundo* et l'action *pro socio*. Celle-ci peut avoir pour objet, dit-il, des dettes actives, *et nominum rationem habet*. Vinnius veut que sous cette expression *nomina* soient comprises toutes les autres prestations personnelles qu'un associé est en droit d'exiger de son coassocié ; Noodt est du même avis. Il est bon cependant de ne pas prendre la signification propre de *nomina*, comme le démontre Pothier (Pand. Just., n° 50, h. tit.) Du reste, la chose est indifférente ici, car qu'il s'agisse de dettes actives *nomina*, ou passives *debita*, aucune d'elles ne peut devenir l'objet de l'action en partage *communi dividundo*, attendu qu'en leur qualité de choses incorporelles elles n'ont besoin d'aucun partage et sont divisibles de plein droit; elles ne peuvent donc être soumises qu'à l'action résultant du contrat. Par exemple, si l'un des associés a prêté les deniers sociaux, son cointéressé peut agir par l'action *pro socio* contre lui pour le forcer à lui céder l'action dérivée du contrat de prêt, au prorata de sa part, contre le débiteur. Mais une différence importante, qui signale l'action *pro socio* de l'action en partage, consiste en ce que la première n'admet point l'adjudication : nous avons vu ce point établi par Ulpien dans la loi citée plus haut. L'adjudication suppose, en effet, le partage de choses communes ou de la copropriété; ce n'est pas, dès lors, l'action résultant du contrat qui lui est applicable, mais l'action mixte qualifiée *communi divi-*

dundo (1). Toutefois, il peut arriver, en considération de certaines prestations personnelles, que ces deux actions concourent l'une avec l'autre, de telle façon que ce que l'on n'a pu obtenir par l'une soit obtenu par l'autre, dans certains cas, et réciproquement. Paul en donne un exemple à la L. 38, § 1, Dig., h. tit.

Mais l'action *pro socio* peut agir conjointement avec d'autres actions; et d'abord, quelquefois avec l'action *legis Aquiliæ :* ainsi, lorsqu'un associé a porté atteinte à la société par un acte qui tombe sous le coup de cette action pénale (2). Elle concourt aussi avec la *condictio furtiva,* lorsqu'un des participants a volé une chose commune (3), et quelquefois avec l'action *venditi*. C'est ici que se réfère la loi 69, *ad Edictum,* Dig., h. tit., une de ces *septem damnatæ leges Pandectarum* qu'on a appelées *cruces juris consultorum,* et qui fesait déclarer franchement à l'immortel Cujas que malgré tous ses efforts pour en trouver le véritable sens, il n'avait pu y parvenir (4).

§ 9. — *Des rapports des Associés avec les tiers.*

L'action *pro socio* ne s'exerce qu'entre associés; si donc l'un d'eux se trouve en rapport d'intérêts avec un tiers, ce n'est plus par cette action qu'il pourra agir contre lui, mais bien par l'action qui naît du contrat ou de l'affaire qui lie les deux parties.

(1) Instit., § 4 et 5, *de Offic. jud.*

(2) V. L. 47, § *in fine;* LL. 48, 49, 50, Dig., h. tit.

(3) LL. 45, 46, 47, Dig., *ibid.*

(4) Voici ce qu'il dit dans ses Observations, lib. IV, cap. 17 : *a quo tempore juri civili operam dare cœpi, nulla me lex diutius torsit quam* L. *cum societas,* Dig., PRO SOCIO, *nec planè etiam nunc ausim dicere eam a me legem intelligi.*

Toutefois, et malgré cette règle, il peut y avoir entre les associés et les tiers des rapports tellement directs, qu'il devienne nécessaire de les déterminer avec exactitude. A cet effet, nous avons à examiner deux questions :

1° Quand et jusqu'à quel point l'associé peut actionner un tiers pour des obligations contractées par lui avec un autre associé;

2° Dans quels cas et jusqu'à quel point l'associé peut lui-même être actionné, en vertu d'un contrat passé avec un tiers.

A l'égard de la première question, il faut distinguer les positions suivantes :

Si les associés ont tous ensemble figuré dans le contrat passé avec le tiers, chacun d'eux a droit d'agir pour la part qu'il a dans la société, *pro eâ parte quâ quisque socius est* (1); mais il ne peut intenter son action pour le tout que dans le cas où il est muni de la procuration de tous les autres ou lorsque ceux-ci sont considérés comme ses cocréanciers solidaires (2).

Si, au contraire, quelques-uns des associés sont restés étrangers au contrat, il peut arriver encore que l'affaire ait été contractée avec le préposé ou le facteur de la société pour le compte de celle-ci. Alors, il n'y a que ce dernier qui ait, à proprement dit, la faculté d'agir directement (3). La société, elle, n'aura ce pouvoir que lorsqu'il y aura eu une cession d'action, ou bien encore, dans le cas où elle ne peut obtenir satisfaction du préposé,

(1) L. 11, § 1, Dig., *de Duobus reis.*

(2) L. 9, C. *si certum petat.*

(3) L. 38, § 17. L. 126, § 2, Dig., *de Verbor. signif.* — L. 1, § 18, Dig., *de Exercitat. act.* — L. 1, Dig., *de Instit. act.*

que lorsque le Préteur lui accorde l'*actio utilis ex contractu* (1). Néanmoins, même dans cette dernière supposition, chacun des associés ne peut agir qu'au *prorata* de son intérêt.

Enfin, si le contrat n'est intervenu qu'entre le tiers et un seul des associés, l'action ne peut être dirigée contre le tiers que par lui seul, partie au contrat. Mais les autres associés ont contre lui l'action *pro socio* pour le forcer à communiquer le profit qui résulte de la convention (2). Remarquons, du reste, qu'ils pourraient même agir à sa place si celui qui a formé le contrat ne l'a fait qu'avec leur autorisation, ou s'ils l'ont approuvé, ou bien encore s'il existe entre eux une société universelle.

Quant à la seconde question, qui porte sur le point de savoir dans quels cas et suivant quelle mesure les associés peuvent être actionnés en vertu d'un contrat passé par l'un d'eux avec un tiers, il y a lieu de faire quelques distinctions :

D'abord, il est évident que tous seront soumis à l'action dirigée par le tiers s'ils ont tous été partie au contrat; mais seront-ils alors tenus *in solidum* ou seulement jusqu'au prorata de leur intérêt dans la société? La question a reçu plusieurs solutions différentes. Quelques auteurs distinguent si l'action est dirigée contre les associés pendant que la société dure encore, ou après qu'elle a été dissoute, et suivant qu'elle se présente dans le premier moment ou dans le second, ils déclarent les associés tenus pour le tout ou bien jusqu'à concurrence de leur part. Mais cette opinion, ainsi que cette distinction, ne

(1) L. 1, *in fine*; L. 2, Dig., *de Instit. act.*; L. 5, Dig., *de Stipulat. præt.*

(2) L. 67, § 1; L. 74, Dig., h. tit.

sont rien moins que conformes aux textes formels du Digeste : la L. 4, Dig., *de Exercit. act.*, dit expressément : *Si plures per se navem exerceant, pro portionibus exercitionis conveniuntuntur*, et non pas *in solidum*. A la vérité, les interprètes qui soutiennent l'avis ci-dessus, objectent qu'il ne résulte pas nécessairement de cette loi, que les *exercitores* auxquels elle fait allusion soient des associés ; car le même Ulpien, dit dans la L. 31, Dig., h. tit., *communiter res agi potest etiam citrà societatem et puta cum non affectione societatis incidimus in communionem ;* mais il nous semble que cet argument n'est pas admissible, et qu'il est certain que dans la loi précitée il s'agit d'une véritable société. A l'appui de ce que nous avançons, on peut citer la L. 3, Dig., *de Exercit. act.*, dans laquelle Paul donne expressément l'action *pro socio* contre les *exercitores*, et s'il restait encore un doute, il serait enlevé complètement par le texte de la L. 44, § 1, Dig., *de Edilit. edict.*, où Paul s'énonce ainsi : *Actio ex empto cum singulis sit pro proportione quà socii fuerint.* — On ne peut pas se prévaloir davantage de la L. 27, Dig., h. tit., pour soutenir que les associés sont tenus solidairement ; et en supposant d'ailleurs, ce qui n'est pas, que leur obligation s'étendit jusqu'à ce point, cette loi prouverait trop, car elle ne distingue pas : les associés seraient tenus *in solidum*, non seulement après la dissolution de la société, mais même pendant qu'elle existe. Or, ceci est contraire à l'opinion avancée précédemment. La conséquence qui ressort de la L. 27, c'est que lorsqu'il s'agit de payer les dettes sociales, c'est le fonds social commun qui y est affecté, *ex communi solvendum est*, et cela sans qu'il y ait à examiner si la société dure encore ou si elle a fini d'exister. Dans tout cela, il n'y a rien qui se rapporte à la solidarité.

Le second cas qui se présente est celui où les associés n'ont pas eux-mêmes figuré dans le contrat avec l'autre partie : ce cas renferme deux espèces, selon que la convention est intervenue entre une personne qui a agi comme préposé ou comme fondé de pouvoir des associés, ou bien selon que c'est un des associés eux-mêmes qui s'est présenté pour contracter seul et en son propre nom.

Si le contractant a figuré comme préposé ou fondé de pouvoir des associés, il est au rang d'*institor* ou *exercitor* : le tiers a, dans cette circonstance, contre les associés l'*actio institoria vel exercitoria*, ou *quasi institoria* suivant les cas, et *in solidum* (1). D'après la rigueur de la loi, les associés ne peuvent même pas, en cette occurence, user du bénéfice de division. Toutefois, quelques auteurs, en s'appuyant sur la Novelle 99, vont jusqu'à leur accorder cette exception. Il n'y a aucun doute que l'associé actionné pour le tout ne soit obligé de répondre pour le tout, si sa part dans la société est assez considérable pour le faire; point de difficulté encore si, à défaut de la suffisance de la part de l'associé, le fonds social, pris en masse, est suffisant; mais qu'adviendra-t-il si aucune de ces circonstances ne se réalise? L'associé peut-il alors être poursuivi même sur ses biens personnels? Nous n'hésitons pas à répondre affirmativement; il devra répondre sur son patrimoine particulier de l'engagement contracté au nom de la société, car la solidarité dont il est ici question n'est pas limitée aux seuls biens sociaux; elle résulte d'un lien de droit particulier qui astreint l'associé personnellement pour le tout et sur tous

(1) L. 13, § *ult.*; L. 14, Dig., *de instit. act.*; L. 4, § 1; L. 1, § *in fine*; L. 2, Dig., *de Exercit. act.*

ses biens quels qu'ils soient. C'est ce que Paul déclare expressément: *Nec quicquam facere, quotam quisque portionem in navi habeat.*

Quid si l'un des associés est solvable, tandis que les autres ne le sont pas? Au premier abord, en lisant la L. 14, Dig., *de Instit. act.*, on serait tenté de croire que l'associé solvable n'est tenu que pour sa part; en effet, l'action *pro socio* ou *communi dividundo*, n'est plus applicable dans ce cas contre les autres associés puisqu'ils n'ont rien; mais en interprétant ainsi cette loi, on tomberait dans une erreur manifeste. Ce qui est prévu dans cette loi, c'est le cas où il y aurait absence complète, même en germe, de l'une des deux actions qui se donnent pour ou contre les associés, et il y est décidé, en conséquence, que chacun n'est tenu dans ce cas que pour sa part. Or, le texte de ce fragment indique qu'il ne s'agit pas de deux associés, mais de deux héritiers entre lesquels les créances et les dettes se divisent de plein droit et, par suite, ne sont tenus chacun que pour leur part héréditaire.

La seconde espèce qu'il nous reste à examiner, dans le cas qui nous occupe, est celle où l'un des associés a contracté seul et en son propre nom, en dehors de toute participation ou autorisation de ses coassociés. Il est alors seul responsable et tenu pour le tout (1). Les autres associés ne le sont que jusqu'à concurrence de ce dont ils ont profité et seulement pour la part de chacun (2), et on ne peut agir contre eux que par l'action *de in rem verso.*

(1) L. 28; L. 63, § 3, Dig., h. tit.; L. 13, Cod., *si certum petatur.*

(2) L. 82, Dig., h. tit., Argum de la L. 10, § 4, et L. 13, *de in rem verso.*

D'après ce que nous venons de développer, il devient aisé de voir que la célèbre question de savoir si la société, en Droit romain, constitue ou non un être moral, demeure complètement inutile et sans intérêt. Pour qu'une société soit une personne morale, comme nous l'entendons dans notre Droit moderne, il faut qu'elle puisse être représentée par un gérant ou mandataire, capable d'acquérir par elle, de l'obliger, de la représenter en justice, etc., et qu'elle soit telle que tout ce qui aurait été fait avec son représentant, fût censé avoir été fait avec elle-même. Or, nous venons de voir par les fragments cités, que bien que l'associé soit à certains égards considéré comme mandataire de son coassocié, ce mandat ne va jamais jusqu'à conférer des actions directes pour ou contre la société, sauf les cas particuliers où le Préteur, par des procédés indirects, par les actions utiles dérogeait au droit commun, quand la chose ne pouvait être sauvegardée d'une autre manière, *si res alias servari non possit*. Et en cela il n'y a rien d'étonnant, puisque les rapports du mandataire avec le mandant ne dépassaient pas les limites du contrat de mandat, et que ceux du mandataire avec le tiers se renfermaient strictement dans les bornes assignées par la nature de l'affaire qu'ils traitaient ensemble. Ainsi, pour que la société privée soit considérée comme un être moral, il lui faut un représentant légal autre que celui qui est indiqué sous le nom d'un simple mandataire, il faut en un mot que la loi, par une disposition spéciale, lui attribue cette qualité, le déclare tel, et l'investisse de certains pouvoirs à cet égard. Or, les lois romaines reconnaissent bien certains établissements publics auxquels elles accordent certains droits, ceux surtout de s'obliger et d'obliger envers eux,

et auxquels elles confèrent par conséquent le pouvoir de se faire représenter par des tierces personnes; telles furent les sociétés, *societates*, pour l'exploitation des mines, des salines et pour la perception des impôts; mais il n'existe aucune disposition précise qui élève les sociétés privées au même rang et les répute personnes morales. M. de Savigny dit même dans la note h. de la page 254 de son *Traité de Droit romain*, que pour distinguer les sociétés purement *contractuelles* de ces sociétés de *corporation*, on donne quelquefois aux premières le nom de *privatæ societates*, ce qui suppose nécessairement une différence dans la nature de ces deux espèces de sociétés. C'est vainement, d'ailleurs, qu'on argumenterait de la L. 22, Dig., *de Fidej.*, qui porte : *mortuo reo promittendi et ante aditam hereditatem fidejussor accipi potest: quia hereditas personæ vice fungitur; sicuti municipium, et decuria et societas*, car ce texte qui ne se rapporte aucunement à la société, n'a pour but que d'indiquer la raison pour laquelle la dette d'une hérédité peut être cautionnée; et comme d'un autre côté l'hérédité n'a jamais été regardée en Droit romain comme un *être juridique*, au moins dans le même sens qu'une corporation, que la décurie ou le municipe (1), il en résulte qu'on ne peut pas davantage attacher cette qualité à la société, parce qu'elle se trouve figurer, dans la loi précitée, à côté de ces mêmes personnes morales (2).

§ 10. — *De la fin du contrat de société.*

La société finit : 1° lorsque tous les associés consen-

(1) V. Savigny, *Traité de Droit romain*, t. 2, p. 251, 253, 369.

(1) V. pour l'opinion contraire, M. Troplong, *du Contrat de Société*, n° 24, 58 et suiv.

tent à en opérer la dissolution, ce qui peut avoir lieu même par le consentement tacite, par exemple lorsque chaque associé se met à gérer, à agir individuellement pour son propre compte (1);

2° Par la déclaration d'un seul des associés qu'il entend ne plus rester dans la société, alors même que la société eût été contractée à perpétuité, car un pareil contrat n'est pas obligatoire (2). Ces dispositions font exception au Droit commun, d'après lequel un contrat synallagmatique ne peut être dissous que par le consentement de tous ceux qui ont concouru à sa formation; mais, s'il en est autrement en matière de société, c'est que ce contrat n'étant déterminé que par la confiance mutuelle que s'inspirent les parties, il deviendrait une source de troubles et de discordes s'il continuait à resserrer des liens devenus onéreux : *communio est mater rixarum* (3). Cependant, il ne faut pas que cette renonciation soit intempestive ou motivée par la cupidité, car, s'il en était ainsi, celui qui renoncerait frauduleusement déchargerait bien ses coassociés des obligations contractées envers lui, mais ne se libèrerait pas envers eux, en sorte qu'il serait tenu de partager avec eux les bénéfices qu'il aurait pu réaliser après sa renonciation frauduleuse ou intempestive, et qu'il ne pourrait les appeler à partager avec lui les pertes qu'il aurait éprouvées(4). Du reste, il est bien évident que, dans tout ce que nous venons de dire, nous supposons que la durée de la société n'a point

(1) L. 65, § 3, Dig., h. tit., Instit., § *ult., quib. mod. tollit. oblig.*
(2) L. 4, § 1, Dig., h. tit. L. 14 et 70 *ibid.*
(3) L. 77, § 20, Dig., *de legat.;* Cod., *comm. divid.*, L. *ultim.*
(4) L. 65, § 3, Dig., h. tit. Instit., § 4, h. tit. — LL. 14, 15, 16, 17, § 2, *ibid.;* L. 65, § 5 et 6, Dig. *ibid.*

été fixée par la convention des parties, car si une époque avait été arrêtée, la renonciation qui se produirait à l'avance serait toujours intempestive;

3° Par la mort d'un associé. On peut cependant convenir que la société continuera avec les associés restants: *morte unius societas dissolvitur, etsi consensu omnium coita sit, plures supersint : nisi in coeunda societate aliter convenerit;* mais il importe de remarquer que dans ce cas ce ne sera plus la même société; la première a été dissoute; il s'en est formé une nouvelle, fondée comme la première sur la confiance mutuelle d'associés se connaissant entre eux et dérivant aussi du contrat primitif, lequel se trouve avoir ainsi donné naissance à deux sociétés consécutives. Mais on ne peut pas convenir que la société continuera avec l'héritier du défunt(1): *morte solvi societatem quod certissimum est, non valere pactionem ut heres succedat societati*, dit Cujas (Observ., lib. x, cap. 25). La raison, c'est que l'union et la confiance qui forment ce contrat ne peuvent exister entre personnes qui ne se connaissent point; or, comment savoir quel sera l'héritier de l'associé ? Il existe pourtant une exception à ces principes dans les sociétés instituées pour la ferme des impôts, et appelées *societas vectigalium :* elles ont cela de particulier, qu'après la mort d'un ou de plusieurs associés, la société continue non seulement entre ceux qui survivent mais encore avec l'héritier du défunt (2);

4° La société finit encore par la plus grande ou la moyenne diminution de tête encourue par l'un des associés, non par la plus petite; ou ce qui revient au même,

(1) L. 65, § 9 et 11, Dig., h. tit.
(2) L. 59, pr., Dig., h. tit. V. aussi L. 63, § 8, Dig., *ibid.*

par la confiscation de tous ses biens (1); ou bien encore, s'il a fait cession de tous ses biens à ses créanciers et que par suite de cette cession, ses biens soient vendus pour l'acquittement de ses dettes (2), car alors, quoiqu'il n'encoure pas la déchéance d'état, il conserve une grande analogie avec celui dont les biens sont vendus en masse sans qu'il y ait cession de biens. Depuis Justinien, ce n'est plus cette analogie avec la mort civile qui, dans cette espèce, amène la dissolution de la société dont le débiteur fesait partie, c'est sa déconfiture: en ce cas, l'associé tombé dans l'insolvabilité n'offre plus aux autres parties la garantie primitive et ne mérite plus la confiance qui avait déterminé l'association;

5° Par la fin de l'opération qui fesait l'objet de la société (3), ou bien encore lorsque les choses mises en société ont péri ou ne sont plus dans le commerce. La société était dite finir alors *ex rebus*;

6° Par l'expiration du terme pour lequel la société était contractée (4);

7° Enfin, la société est dissoute lorsque les rapports juridiques qu'elle établissait ont été transformés par suite d'une novation soit conventionnelle, dans le cas d'une stipulation, par exemple, soit judiciaire, par la *litis contestatio*. On dit alors que la société finit *ex actione*.

Telles sont les différentes circonstances qui mettent fin à la société.

(1) L. 4, § 1; L. 63, § 10; L. 58, § 2, Dig., h. tit.
(2) Inst., § 8, h. tit., V. Vinnius, *ibid.*
(3) Instit., § 6, *ibid.*, et L. 65, § 10, Dig., h. tit.
(4) L. 1 pr. et 65, § 6, Dig., *ibid.*

DROIT FRANÇAIS.

DES EFFETS DU PARTAGE

EN MATIÈRE DE SUCCESSION.

(Interprétation de l'art. 883, C. Nap.)

Section première.

DE LA NATURE DU PARTAGE ET DE L'ORIGINE DE LA MAXIME CONSACRÉE PAR L'ART. 883.

§ 1. *De la nature du partage.*

Lorsqu'une personne laisse plusieurs héritiers, chacun d'eux tient de la loi un droit sur l'ensemble de la succession et sur chacun des objets qui la composent. Ce concours de droits rivaux qui se rencontrent sur chaque parcelle de l'actif héréditaire, amène un état d'*indivision* qui laisse en suspens la propriété exclusive de chacun des cohéritiers, puisqu'aucun d'eux ne peut dire : ceci est à moi, sans qu'un droit égal au sien et fondé comme lui sur le même titre ne puisse élever une prétention semblable.

Nous n'avons pas à faire ressortir ici les inconvénients de l'état d'indivision, les incertitudes et les dangers qu'il occasionne ; le législateur a pris soin de laisser aux intéressés le pouvoir de les éviter, aussitôt qu'ils en sentiraient

l'urgence, en donnant à tous le droit de faire cesser l'indivision et la communauté qui en résulte au moyen de l'exercice de l'action en partage.

Le partage est donc un contrat qui interrompt l'indivision en limitant le droit général de chaque héritier à certains objets spécialement déterminés qui, désormais, lui appartiennent en propre. C'est un acte d'appropriance. L'opération qu'il détermine a pour but de rendre à chacun de ces droits rivaux qui concourrent, le caractère de droit exclusif qui, seul, constitue la propriété. C'est ainsi que presque aussi ancien que cette dernière, il en est une véritable manifestation, et comme le terme corrélatif dans tous les cas où elle est privée de cet attribut essentiel ; il vient alors la compléter.

Mais s'il est facile de déterminer l'effet du partage relativement aux droits qu'il établit définitivement, il n'en est pas de même quand on cherche à définir sa nature propre. Cette difficulté tient à l'extrême obscurité de sa source, au caractère même de la cause qui lui donne naissance en exigeant son intervention, en un mot à la nature du droit de copropriété dont il est le corollaire, car ce droit de copropriété admet deux éléments qui semblent contraires, celui de propriété et celui de communauté. Le partage, qui en résulte, sera-t-il alors considéré comme une vente que chacun des cohéritiers fait à son cohéritier de la portion de propriété qui lui revient dans la chose commune, ou bien n'est-ce qu'un échange qui intervient entre eux, chacun cédant aux autres le droit qu'il a sur les objets qui lui sont attribués et recevant en échange le droit qu'ils ont sur les objets mis dans son lot ? Questions sur lesquelles la glose a épuisé ses recherches, et qu'en définitive on ne pou-

vait résoudre qu'en disant, comme Dumoulin, que c'était un contrat d'une nature spéciale qui, se rapprochant sous beaucoup de rapports de la vente et de l'échange, s'en distinguait pourtant et conservait un caractère propre (1) ; car comment vendre, ou bien encore comment échanger des portions sur lesquelles chaque copartageant possède un droit égal acquis sur chacune des molécules de chaque objet, en vertu de la maxime : *hæres habet totum in toto et in qualibet parte*, dont c'est là le véritable sens, malgré l'interprétation différente qu'on a essayé d'en donner.

Il a donc fallu recourir à la fiction, puisque le système de l'indivision était lui-même fictif, et, de là, dans les législations, des doctrines différentes en matière de partage, soit quant à ses effets, soit quant à sa nature. Dès le moment où l'hérédité indivise a reposé sur la propriété seule, le partage a dû nécessairement être empreint de la fiction sur laquelle s'appuyait son principe ; il devenait inutile de rechercher son caractère propre ; il ne pouvait en avoir, car n'étant qu'une conséquence, il n'était plus susceptible de se dégager comme droit particulier.

Quelques jurisconsultes se sont élevés contre cette manière de voir. Ils ont dit que le partage, dérivant du droit naturel, avait toujours une nature spéciale qu'il n'appartenait pas au Droit civil de modifier ou de détruire, et que pour quiconque pénétrait au fond des choses il était facile d'en discerner le caractère original ; mais outre que nul d'entre eux n'a pu encore définir nettement la nature

(1) *Divisio est enim contractus mixtus, participans de distractu et contractu, de permutatione et venditione, et tamen distinctam et propriam habet naturam.* — V. § 53, gl. 1, n° 74.

de ce contrat, leur argumentation s'appuie, à l'effet de prouver cette vérité, sur une interprétation erronée de la maxime : *hæres habet totum in toto et in qualibet parte*, laquelle a voulu toujours dire que chaque communiste était propriétaire du tout et de chaque portion, et non point, comme ils l'entendent, que le droit de copropriété qu'elle consacre se trouvait restreint pour chacun d'eux dans la totalité comme dans chacune des parties de l'objet. Évidemment, c'est admettre déjà une fiction dans cette maxime que de lui attacher un pareil sens, tandis qu'il ressort naturellement de la cause même qui a donné naissance à l'indivision, que le cohéritier est copropriétaire de tout, sans avoir égard au droit des autres, et que si l'on est obligé d'avoir recours à un partage, c'est parce que les droits qui se présentent à côté du sien n'étant pas moins absolus et généraux, déterminent un conflit que le contrat de partage seul peut faire cesser en établissant des parts distinctes.

De tout ce que nous venons de dire, il résulte suffisamment qu'il est difficile de reconnaître et de définir dans le partage un caractère éminemment propre, distinct de la cause qui le produit. Si le législateur n'eut pas consacré ce singulier droit de copropriété, il aurait pu, à la rigueur, constater dans le partage une nature intime en considérant ce droit des cohéritiers comme un droit d'une espèce particulière, se distinguant de la propriété en ce qu'il n'était point revêtu comme elle d'un type exclusif, et pourtant susceptible de l'acquérir à un certain moment, au partage, sans autre condition. Mais le système de l'indivision une fois admis, il fallait nécessairement lui donner comme conséquence la théorie du partage et admettre le principe de rétroactivité.

Aussi voyons-nous que la doctrine n'a pas été uniforme dans cette matière, qu'elle a varié, que la législation romaine et la nôtre ont donné à cet acte un caractère tout à fait différent ; n'est-ce point une démonstration suffisante et ne peut-on reconnaître avec M. Championnière qu'il devient en conséquence inutile de rechercher quelle est la nature particulière au partage, puisqu'il n'en a pas de réelle ; qu'un système à cet égard est plutôt à créer qu'à découvrir, et qu'enfin ce système sera toujours admissible s'il est en harmonie avec la théorie de l'indivision et les besoins de l'organisation civile?

Toutefois, si en abandonnant la recherche de la nature intime du partage on s'arrête à l'analyse des effets qu'il opère comme agissant dans et contre une indivision, on ne peut s'empêcher de découvrir en lui un caractère éminemment translatif. Il produit à la fois une double opération : en même temps qu'il dépouille de la portion du droit qui résidait sur la chose tombée au lot d'un autre cohéritier, il en investit ce cohéritier; il est donc à la fois devestitif et dévolutif, et comme cette opération ne peut être que le résultat de la volonté des copartageants, il en résulte que chacun tient son droit de son cohéritier pour la partie de l'objet héréditaire qui excédait sa portion virile ; c'est donc un acte d'aliénation. Mais, en cette qualité, il ne produit son effet qu'à dater du moment où intervient le contrat de vente ou d'échange, comme on voudra ; il laisse exister en son entier, pour le passé, le droit tel qu'il s'était comporté dès sa naissance.

Ces circonstances n'avaient point échappé à l'esprit si sagace des jurisconsultes romains ; pour eux, qui s'en tenaient à la nature même des choses, le partage était un

véritable acte d'aliénation d'une part et d'acquisition de l'autre : c'est ce qu'on exprimait en disant que le partage était attributif de propriété, et il est tellement vrai de dire que cet acte constituait à leurs yeux une véritable aliénation, qu'il était interdit à ceux qui ne pouvaient aliéner (1).

Il est pourtant curieux d'indiquer ici que ce caractère translatif du partage n'avait pas été admis sans contestation. L'opinion contraire, qui de nos jours a reçu la sanction législative, avait déjà trouvé des représentants dans la législation romaine. En effet, la L. 31, Dig., *de Usufr. legato*, nous fait connaître que le jurisconsulte Trébatius avait été amené, malgré l'analyse logique des effets du partage établie déjà par les autres prudents, à attribuer au partage un effet déclaratif, c'est à dire à décider que dans certains cas cet acte pouvait rétroagir au jour où l'indivision avait pris naissance; il y avait été déterminé sans doute par les considérations qui ont entraîné le législateur moderne, l'intérêt des copropriétaires, le désir d'éviter des recours multipliés et la simplification des opérations du partage. Mais cette opinion, si contraire au formalisme rigoureux et logique du Droit romain, trouva peu de partisans, car elle est demeurée sans résultat au sein de cette législation.

Un autre point, contesté en Droit romain, et surtout parmi les glossateurs, était celui de savoir si le contrat de partage devait être assimilé à une vente ou à un échange; on lui reconnaissait le caractère de la vente, en ce qu'il était comme elle un contrat de bonne foi (2)

(1) V. L. 1, C. *comm. ultr.*
(2) V. Inst., tit. *de Action.*, § 28.

et ne devenait parfait que par la tradition (1); ce caractère d'action de bonne foi qui lui était donné et qui le soumettait ainsi à l'action *familiæ erciscundæ*, le rangeait dans la même classe que l'action dérivant de la vente, laquelle était aussi de bonne foi; enfin, le cohéritier qui se trouvait évincé des biens qui lui étaient échus par le partage pouvait agir contre ses cohéritiers par l'action *ex empto* (2); en sorte qu'il se trouvait à leur égard dans la même position que s'ils lui eussent vendu l'immeuble dont il avait été évincé. D'un autre côté, le partage se rapprochait de l'échange en ce que c'était un contrat innommé qui ne produisait aucune action, puisqu'il était stipulé par simple pacte, et ne donnait pas naissance à la *condictio ob causam* (3).

De ces similitudes, il résultait pour les commentateurs une grande perplexité pour fixer la nature propre du partage; quelques-uns avaient été jusqu'à lui reconnaître à la fois les deux caractères, décidant que le contrat était échange avant la prise de possession, et vente après la tradition. Mais c'était déjà une erreur que de vouloir trouver sa nature particulière dans ce que le Droit romain n'avait jamais considéré que comme des analogies par rapport aux effets de cet acte; on ne peut qualifier un contrat en s'en tenant aux conséquences qu'il entraîne; aussi, fut-il impossible de le caractériser suffisamment, en se bornant à chercher dans les textes romains s'il était considéré comme une vente ou comme un échange.

Mais ce qui dans le système du Droit romain est par-

(1) L. 15, Cod., *famil. ercisc.*
(2) L. 66, § 3, Dig., *de Eviction.*
(3) L. 43, Dig., *de Pact*, et L. 1, Dig., *de rerum permut.*

faitement à l'abri de toute discussion, c'est que le partage, ainsi que nous l'avons dit, constitue en réalité pour chacune des parties qui y figure un titre d'acquisition et d'aliénation, en un mot, que le partage est translatif de propriété. Chacun des cohéritiers transfère aux autres les droits qu'il avait sur les choses comprises dans leurs lots, et reçoit en échange de chacun d'eux le droit qu'ils avaient sur les biens qui lui sont attribués. Mais le Droit français ne s'en est pas tenu à la réalité des choses et pour des motifs que nous indiquerons plus loin, il a eu recours à une fiction. Il est parti d'une doctrine différente, amené progressivement, par des circonstances particulières et des institutions propres à créer dans cette matière un système complètement opposé à celui du Droit romain.

En effet, sous l'empire de notre Code, le partage n'est ni un titre d'acquisition ni un titre d'aliénation; aucun des cohéritiers ne tient son droit, pour aucune partie, de son cohéritier; ils ne se cèdent rien, ils n'acquièrent rien l'un de l'autre; il n'y a ni vente, ni échange: une fiction a été admise par suite de laquelle chacun d'eux est censé avoir toujours eu une propriété pleine et entière, et dès le jour de l'ouverture de son droit, sur chacun des objets qui sont entrés dans son lot, en même temps qu'il est réputé n'avoir jamais eu aucun droit sur les effets compris dans les lots de ses copartageants. C'est là une véritable fiction; elle est exprimée par les termes mêmes de l'art. 883 C. N. qui la consacre dans notre législation, en disant: chaque cohéritier *est censé* avoir succédé seul, et immédiatement, à tous les effets compris dans son lot ou à lui échus sur licitation, et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession.

Dans ce système, le partage n'a d'autre effet que de déterminer les biens ou objets qui sont réputés avoir été toujours la propriété exclusive de celui qui les a dans son lot. Cette théorie est brièvement exprimée par la maxime si connue que *dans notre droit le partage est déclaratif et non attributif de propriété*. L'effet de cette maxime et de la fiction qu'elle introduit est, comme on voit, des plus hardis: elle va jusqu'à anéantir rétroactivement l'état d'indivision qui a précédé le partage, et jusqu'à admettre que le copartageant a succédé seul et directement à l'auteur commun pour les effets que le partage a mis dans ses mains.

Ainsi, entre le partage romain et le nôtre, il existe cette différence radicale que tandis que le premier était attributif de propriété, le nôtre en est simplement déclaratif. Mais une pareille dissemblance n'est pas survenue tout d'un coup; elle n'a pas été l'œuvre brusque d'un législateur systématique. Les rédacteurs de notre Code ont déjà trouvé toute formulée, dans l'ancienne jurisprudence, la maxime introduite par l'art. 883; Pothier la reconnaît et l'exprime formellement (1). Et ce n'est pas sans une cause puissante que le principe romain a été abandonné pour une doctrine nouvelle. Nous avons à rechercher qu'elle a été l'origine de ce système particulier à notre Droit.

§ 2. — *Historique de la maxime* (2).

On se tromperait singulièrement si l'on croyait que les

(1) V. *Traité de la vente*, nº 631.

(2) Nous avons beaucoup emprunté, pour cette étude, à la dissertation de M. Championnière, publiée dans la *Revue de Législation*, et devenue classique en cette matière.

considérations qui, dans le moyen-âge, commencèrent à déterminer les légistes à donner au partage une nature contraire à celle qu'il tient de la réalité, furent les mêmes que celles qui amenèrent, par exemple, Trébatius à reconnaître dans la loi précitée 31, Dig. *de Usufr. legato,* un effet rétroactif à cet acte et qui ont mérité la sanction législative moderne par des raisons d'intérêt public et de sécurité sociale. L'histoire de l'introduction de cette maxime dans nos origines juridiques est liée à un tout autre ordre d'idées ; il faut pour en découvrir le sens et le développement se rapporter aux institutions féodales dont l'esprit, d'abord fortement empreint de la sociabilité de l'époque, finit par être détourné plus tard de son sens primitif et par être appliqué à un ordre de choses nouveau. C'est cette suite de modifications que nous allons étudier.

Lorsque la société féodale, après les longs siècles d'anarchie et de secousses qui marquèrent le déclin et la chute de la race Carlovingienne, chercha à se constituer en corps social, elle prit pour base l'élément le plus naturel aux temps de discorde et de lutte, celui de l'association qui, en rapprochant les hommes, leur donne la force collective destinée à défendre l'individu. Ce système d'association s'étendit bientôt des personnes jusqu'aux rapports entre l'homme et la terre. Toute terre eut deux maîtres dépendants l'un de l'autre et liés par des obligations réciproques. Il se forma ainsi des conventions nombreuses, prenant des noms différents et se présentant sous des formes variées, emphytéoses, fiefs, ou bénéfices, mais réunissant toutes ce caractère commun, qu'elles étaient le résultat d'un accord entre le bon plaisir du seigneur et la volonté du vassal et qu'elles reposaient sur la considération personnelle de l'individu.

Ce dernier caractère du contrat de fief devint même si saillant, tant il était dans la nature des besoins à cette époque, qu'on le voit amener l'interdiction de changer les rapports existants entre les deux parties par l'aliénation de la chose. Cette règle perdit bientôt de sa rigueur relativement au suzerain (celui qui, dans beaucoup de cas, finit plus tard par dicter la loi), mais longtemps elle conserva son intégrité à l'égard du vassal qui ne put céder ni ses droits ni ses obligations, ni transmettre le domaine qui lui était inféodé qu'avec le consentement du seigneur, elle fut même accompagnée d'une de ces sanctions barbares, comme en édictait le moyen-âge (1). On la voit s'étendre jusqu'à l'époque où le fief étant devenu héréditaire et transmissible aux descendants du vassal, l'interdiction comprenait encore les aliénations entre-vifs et les transmissions par testament ou en ligne collatérale.

La prohibition d'aliéner fut donc un principe fondamental en matière de fiefs. Or, cette règle, acceptée sans conteste tant que le système de la patrimonialité du fief ne fut pas reconnu, devint bien vite une source de difficultés quand le vassal eut conquis le droit de transmettre à ses enfants le domaine inféodé. En effet, tout partage entre les descendants suppose une aliénation ; comment donc admettre le partage en présence du principe prohibitif? D'un autre côté, les seigneurs ne tardèrent pas à reconnaître le danger qu'il y avait dans la division du fief entre plusieurs mains ; l'esprit de défense, l'influence militaire qui avait été à l'origine la cause du

(1) Le notaire qui avait passé l'acte de vente était condamné à avoir le poing coupé. — V. la Constit. de Frédéric, *de prohibit. alien. feudi.*

contrat, devaient s'opposer à l'affaiblissement du fief par suite de son partage, car il était bien différent d'être servi par un seul vassal puissant ou par une multitude de petits feudataires sans puissance (1). Aussi, les hauts vassaux essayèrent-ils d'entraver la faculté du partage; mais ils eurent à combattre sur ce point une tendance déjà trop prononcée parmi les petits vassaux pour réussir complètement, puisqu'à l'égard de ceux-ci, le partage n'avait que des avantages et presque pas d'inconvénients. Pourtant, les efforts des feudistes pour assurer la conservation du fief par l'interdiction d'aliéner furent respectés pour les fiefs de dignités; mais ils durent renoncer à faire prévaloir ce principe pour les fiefs ordinaires; ils cédèrent devant l'opposition sourde des petits vassaux, parmi lesquels la division héréditaire se perpétua, en fait, avec cette modification seulement qu'il fut attribué à l'aîné une portion assez considérable pour que le fief ne perdit pas trop de sa puissance : l'aîné resta seul feudataire, c'est à dire chargé des devoirs dérivés du contrat, vis à vis du seigneur aux yeux duquel le partage fut censé n'avoir pas eu lieu. Cette fiction qui allait contre la vérité des faits reçut le nom de *parage* ou *frérage* (2). Au reste, ce ne fut qu'en matière de partage héréditaire que le consentement seigneurial ne fut plus exigé : tous autres partages entre communs durent l'obtenir sous peine d'être annulés.

(1) On connaît la célèbre assise tenue à ce sujet par le comte Godefroy de Flandre, dans laquelle il déclarait que *la division des fiefs tournait à grand détriment du pays*, et que désormais *dans les baronies et les fiefs de chevaliers il ne serait plus fait de partage, que l'aîné aurait le domaine entier à la charge de pourvoir au besoin de ses puînés.*

(2) V. Guyot, *Traité des fiefs.*

Lorsque pourtant l'institution de fief tendit à perdre chaque jour de son caractère militaire et que la considération personnelle ne fut plus une des causes déterminantes du contrat, les seigneurs qui, jusques-là, s'étaient rigoureusement opposés au démembrement territorial, commencèrent à donner leur consentement à l'aliénation, moyennant une somme qui représentait le prix de cette autorisation (1); ils n'eurent bientôt plus de motifs pour changer cet état de choses, et, le profit aidant, ils finirent par accorder au vassal, d'avance et d'une manière générale, la faculté d'aliéner moyennant un droit qu'ils se réservaient à chaque mutation et qui consistait soit en une portion du prix soit en une portion des revenus de l'immeuble. Remarquons en passant, avec M. Championnière, que c'est là l'origine des droits d'enregistrement.

Toutefois, comme le consentement du seigneur en matière de partage du fief entre les descendants n'était pas nécessaire, ainsi que nous l'avons vu, on en tira cette conclusion que dans ce cas les droits de mutation ne devaient pas être payés. C'est ici qu'on voit déjà poindre l'idée que le partage ne constitue pas un acte d'aliénation; les légistes devaient être naturellement amenés à méconnaître le caractère aliénatif dans un acte qui était dispensé du consentement seigneurial et du droit de mutation. Ce fut une confusion presque inévitable à une époque où l'analyse sévère des principes juridiques n'était pas encore assez développée pour faire passer le fond avant la forme.

Mais lorsque l'étude du Droit romain vint éclairer la

(1) V. de Laurière, *Origine des amortissements*.

pratique, il fut plus difficile de justifier juridiquement ce qui n'avait pour cause que cette tendance toujours prononcée à se soustraire aux liens gênants d'un contrat qui a perdu son utilité ou sa nécessité première. Les romanistes, empreints des idées logiques de la législation qu'ils étudiaient, ne pouvaient pas rejeter le principe aliénatif qui est au fond de la théorie romaine; ils ne pouvaient pas non plus rejeter la conquête faite avant eux, de l'affranchissement du partage; ils eurent alors à chercher une explication de ce fait, dont la cause, toute historique, de circonstance, devait être, pour eux qui ne voulaient pas le voir, étayée de la raison de Droit. On chercha donc des textes dans le corps de Droit romain; on y trouva, entre autres autorités, que les aliénations dictées par une volonté étrangère aux contractants, par exemple, la vente faite *jussu testatoris* n'étaient pas soumises aux règles ordinaires. Les docteurs en conclurent que l'aliénation ayant, dans le partage, un caractère nécessaire et forcé, cet acte devait être, à son tour, soustrait aux principes de la vente, que dès lors il ne devait plus être considéré comme acte d'aliénation, et qu'à ce titre, il se trouvait dispensé des règles propres aux actes aliénatifs. On en vint bientôt à généraliser le principe et à établir en maxime que toute aliénation nécessaire n'était pas comprise sous la défense générale d'aliéner (1).

(1) M. Championnière fait remarquer que cette maxime a été fameuse à cause des droits de toute espèce auxquels les aliénations étaient soumises et qu'on évitait à son aide; aussi a-t-elle été proclamée comme une idée libérale par tous les Docteurs du XVe et XVIe siècles.

Mais cette interprétation, qui rallia bientôt les commentateurs et répétée par eux tous, Dumoulin, d'Argentré, Poquet de Livonière, admit toujours que le partage constituait, dans sa nature intime, un acte d'aliénation. Or, ce caractère ne prévalut jamais aux yeux des praticiens, qui reconnaissant dans la règle édictée par la Coutume une négation formelle du principe translatif de propriété, et d'ailleurs appelés constamment à faire des distinctions entre les actes qui tenaient lieu de partage et ceux qui contenant une aliénation étaient soumis aux droits seigneuriaux, furent amenés comme conséquence à croire que si le partage était affranchi de ces droits, c'était parce qu'il ne transférait pas la propriété. On poussa cette théorie jusqu'à ériger en règle que le partage n'était point une aliénation, et cette pensée fut formulée par la maxime suivante : le partage n'est pas *translatif*, mais simplement *déclaratif* de propriété. C'est cette erreur de nos vieux praticiens, hostiles aux droits féodaux, qui a pris place parmi les dispositions de notre Droit actuel, à l'art. 883, malgré les attaques nombreuses qu'elle essuya, dès son apparition, de la part des romanistes qu'elle indignait (1); mais la jurisprudence finit, comme toujours, par prévaloir; la question cessa même d'être contestée : le partage conserva son caractère déclaratif; et Pothier l'énonce, en se contentant de faire remarquer le dissentiment qui existe sur ce point entre la législation romaine et la nôtre.

Toutefois, l'influence du Droit romain sur cette question eut ce côté favorable, que l'assimilation que

(1) *Soli Galli pragmatici contrà sentiunt*, dit le président Fabre, en argumentant contre la théorie du Palais.

ce Droit établissait, relativement aux effets du partage, entre les partages de succession et ceux des sociétés, entre les partages purs et simples et les licitations, fit brèche dans notre Droit et amena peu à peu la formation de la théorie établie par notre Code. Ces développements des effets du partage sont dus aussi au travail des légistes qui, dans leur esprit de résistance à la fiscalité seigneuriale, cherchèrent autant que possible à dénouer les liens du contrat féodal dont, aidés par la puissance royale, ils avaient eu l'habileté de se rendre les interprètes.

Telle est l'histoire de l'introduction dans notre Droit du principe rétroactif attaché au partage. Ce principe, d'abord contesté, expliqué différemment, puis passé à l'état de maxime incontestable, a été recueilli par le législateur moderne qui l'a revêtu du caractère de loi, sans qu'il ait acquis plus d'autorité. « Cette théorie régit aujourd'hui, comme auparavant, tout ce qui touche au partage; il en est peu dont le domaine soit plus vaste, plus étendu, et d'une application plus journalière : droits des héritiers, droits des époux, droits des tiers, elle s'immisce à tout, modifie tout; on ne saurait y porter atteinte sans toucher à une foule de décisions en toutes matières, reçues en doctrine ou consacrées par la loi. »

Quand le Code Napoléon fut rédigé, les souvenirs du Droit romain, sur ce point, avaient été perdus de vue; les praticiens qui concoururent à la création de cette œuvre législative trouvèrent un principe parfaitement établi, contraire à l'esprit de la loi romaine, il est vrai, mais en harmonie avec les besoins et les intérêts sociaux; il ne faut donc pas s'étonner s'ils l'acceptèrent

sans discussion, sans même en rechercher le fondement. Depuis des siècles, les causes qui avaient fait surgir peu à peu et développer ce système en opposition avec la réalité des faits avaient disparu, en même temps que les institutions sociales dont il était l'émanation; mais le principe pouvait être justifié par de nouvelles considérations puisées dans l'intérêt des familles et dans le désir d'assurer la tranquillité des copartageants, en prévenant les recours d'héritier à héritier, si fréquents dans la théorie romaine. On vit là une raison suffisante pour l'introduire dans notre Droit actuel; c'est ce que le rapporteur du titre des successions eut le soin de faire remarquer au Tribunat; et il faut reconnaître que les motifs allégués étaient certes assez puissants pour autoriser la fiction que le législateur créait.

Quoiqu'il en soit, la maxime de l'art. 883 est aujourd'hui hors de discussion comme principe; nous venons d'en étudier les origines historiques; il nous reste maintenant à en développer l'étendue juridique ainsi que les conséquences qui en ressortent.

Section Deuxième.

QUELS SONT LES ACTES AUXQUELS S'APPLIQUE LA MAXIME DE L'ART. 883.

§ 1. — Le législateur, en consacrant le principe de la rétroactivité en matière de partage, a entendu poser seulement la base d'une théorie générale que la doctrine et l'interprétation de la jurisprudence étaient appelées à développer; il s'est contenté de faire connaître l'esprit qui le dirigeait, laissant à ceux qui raisonneraient sur

ces données le soin d'appliquer le principe aux cas particuliers qui se présenteraient. La généralité de la règle qu'il a émise doit donc s'étendre indistinctement à tous les cas où il y a lieu à opérer un partage; il n'y a pas à distinguer si l'indivision a été volontaire ou forcée, si elle tire son origine d'un fait légal ou d'une convention. Quelle qu'ait été la source de cette indivision, qu'elle provienne d'une succession légitime ou testamentaire, d'une société contractuelle, telle que la société civile, ou d'une société légale telle que la communauté conjugale, les effets déclaratifs du partage seront appliqués dans toute leur extension.

C'est ce que la loi a établi en termes explicites dans les art. 1476 relativement au partage de la communauté entre époux, et dans l'art. 1872 quant aux règles du partage entre associés. Il y est dit que les règles concernant le partage des successions, la forme de ce partage, ses effets et les obligations qui en résultent s'appliquent également au partage de la société civile ou conjugale.

Ces principes étaient admis également dans l'ancienne jurisprudence. Bien avant Pothier, chez lequel les rédacteurs de ces articles ont trouvé cette assimilation déjà établie comme incontestable, les praticiens avaient étendu à ces actes les franchises conquises d'abord pour les successions seulement. Mais ils n'y étaient pas arrivés sans avoir eu à discuter contre les prétentions fiscales du Droit féodal, qui refusait de reconnaître au partage, en matière de communauté légale ou de société, le caractère d'aliénation nécessaire qui, présenté, entre autres raisons, par les juristes, avait fini par affranchir les successions des principes généraux portant interdiction d'aliéner sans le consentement du seigneur. Les parti-

sans des droits fiscaux résistaient à cette assimilation; mais combattus par Dumoulin, et surtout par l'influence du Droit romain qui ne fesait aucune distinction entre ces divers actes, n'ayant d'ailleurs à opposer à ces raisons qu'une distinction arbitraire qu'ils ne pouvaient appuyer d'arguments juridiques, les partisans des traditions du passé durent fléchir devant les principes soutenus par leurs adversaires. C'est de ce moment, postérieur de peu de temps à Dumoulin, que date le principe définitivement reconnu au Palais, que la maxime de la rétroactivité est applicable à tous les actes opérant partage, quelle que soit la cause qui ait donné naissance à l'indivision.

§ 2. — L'indivision cesse par le partage. Collective de sa nature, c'est à dire intervenant entre plusieurs personnes, elle porte sur un ensemble de choses que le partage a pour but de diviser et d'attribuer spécialement à différents copropriétaires. Or, comme le droit de chacun d'eux repose indistinctement sur chacun des objets qui composent le patrimoine commun il en résulte que dès qu'une de ces choses tombe définitivement dans le domaine d'un seul, l'indivision cesse quant à cet objet. Il peut donc y avoir partage relativement à une seule des choses communes, les autres choses restant encore dans l'indivision; il suffit, pour cela, que le partage ait fait cesser d'une manière absolue, c'est à dire, à l'égard de tous les cohéritiers, l'indivision de cet objet. Ainsi on aurait une idée fausse du partage, tel que l'envisage la loi, si on le considérait comme devant nécessairement embrasser la totalité des choses communes; il appartient aux intéressés de savoir si le partage doit

être une liquidation générale des biens de la communauté, ou s'il leur est avantageux de le borner à tel immeuble déterminé ou à tel autre bien, à propos duquel l'indivision est plus onéreuse. Il n'est point de texte qui contraigne les copropriétaires à sortir de l'indivision *pour le tout*, à moins, bien entendu, que telle ne soit la volonté de l'un des copartageants (arg. de 815); la loi se montre trop favorable en toute occasion aux circonstances qui ont pour résultat de faire cesser une indivision (toujours contraire à l'intérêt général, puisque tant qu'elle dure aucun des cohéritiers n'a le droit d'aliéner ou d'hypothéquer définitivement les biens communs), pour ne pas la favoriser, même en ce qui toucherait un partage partiel. Il serait facile, d'ailleurs, en s'appuyant sur les termes de l'art. 2109, de démontrer que le législateur a prévu le cas où la licitation pouvait ne porter que sur un seul des biens.

Il résulte de cette observation que l'effet déclaratif du partage se produira toujours soit que l'acte interruptif de l'indivision opère sur une partie des biens, soit qu'il opère sur la totalité.

§ 3. — D'après les dispositions des art. 826, 827 et 833, le partage peut revêtir trois formes principales : il peut avoir lieu *en nature*, lorsque chacun des copropriétaires prend sur les objets indivis la part à laquelle il a droit; il peut se présenter *avec une soulte*, quand l'inégalité des lots en nature se compensent entre les copartageants par un retour, soit en rente, soit en argent; enfin, il peut s'opérer au moyen de la licitation, lorsque la chose commune ne peut être partagée commodément et sans perte ou qu'aucun des copartageants ne con-

sent à la prendre, alors que le partage se fait à l'amiable.

Le partage en nature est la forme la plus simple comme la plus ancienne ; il a dû se présenter en même temps que l'indivision, dont il est le corollaire nécessaire ; il s'opère *sectione corporum ;* il a pour caractère propre de n'embrasser et de ne porter que sur les objets compris dans le patrimoine commun dès l'ouverture du droit des appelés.

Très usité dans le Droit romain, où la rigueur des principes répugnait quelque peu à faire entrer dans le partage des valeurs qui primitivement étaient étrangères aux biens indivis et où tel objet déterminé était susceptible, aux origines du Droit surtout, de concéder des droits que ne pouvaient équipoller d'autres valeurs, il se présente également à l'origine de la société féodale quand le partage, s'exerçant par tête, opérait la division du fief, l'élément territorial de l'époque. Mais si l'on se reporte aux débuts de l'institution des fiefs, aux causes qui l'amenèrent, et favorisèrent avec tant d'énergie pendant la première période de la féodalité l'organisation du vasselage, il sera facile de comprendre que les suzerains, préoccupés encore de l'esprit primitif qui avait créé cet état de choses, l'esprit de défense militaire, songeassent à remédier aux dangers d'une division excessive du fief par l'effet du partage, propre à en affaiblir la force. Ce fut là une des plus puissantes causes qui, dans certaines provinces, rendirent le droit d'aînesse excessif. Dans la succession féodale, l'aîné qui avait droit au manoir principal et à un préciput, dont la part prenait le nom de *mirouer de fief* parce qu'elle représentait, vis à vis du seigneur,

l'image du fief tout entier, devint peu à peu seigneur dominant vis à vis de ses puînés (1), et finit par absorber la presque totalité du fief. Mais dans les pays assez nombreux où la tendance générale résistait contre cette absorption, au profit d'un seul, de la succession patrimoniale, le système du partage avec soulte et de la licitation se développa rapidement sous les mêmes influences et pour les mêmes causes.

Plus tard, lorsque dans la seconde période de la féodalité, après les affranchissements du XII^e^ siècle, de nouveaux rapports survinrent entre le seigneur et le vassal pour la transmission des biens, et que les profits pécuniaires ou droits féodaux constituèrent les plus précieux avantages que le seigneur retirait du contrat de fief, le partage avec soulte et la licitation furent favorisés par de nouvelles considérations. On sait que déjà, antérieurement à cette époque, l'affranchissement du partage avait été conquis sur les exigences fiscales des droits féodaux. La question se trouva ainsi posée de nouveau à l'égard de la licitation, du partage avec soulte, et la même lutte recommença. On voulut voir dans ce mode de partage une aliénation directe et non forcée, on lui imprima le caractère translatif. Mais cette opinion alla en s'affaiblissant quand les principes du Droit romain dominèrent la matière; l'esprit des temps se montrait d'ailleurs contraire à ces prérogatives fiscales; ces deux causes puissantes minèrent ce système à tel point, que lorsque le Droit coutumier vint recueillir l'héritage du passé, en l'imprégnant de l'esprit ro-

(1) Qu'il garantissait à l'égard des suzerains : de là le droit *de parage* et de *frérage* que les puînés payaient à l'aîné. — V. Minier, p. 336.

main, la règle qui étendait les effets du partage pur et simple au partage accompagné de retour ou de la licitation, était passée en force de loi. Les art. 14 et 15 de la Coutume d'Orléans, et 125 de celle de Melun, et l'art. 80 de la Coutume de Paris ne laissent aucun doute à ce sujet. Ce dernier porte notamment que : « *Si l'héritage ne se peut partir entre cohéritiers et se licite en justice sans fraude, ne sont dues aucunes ventes si l'adjudication est faite à l'un d'eux.* » Remarquons que ces derniers mots indiquent très nettement les effets du partage quand l'adjudication est prononcée en faveur d'un tiers; si cette question offre aujourd'hui, quoique à tort, matière à la controverse, il ne pouvait en être de même sous l'empire du Droit Coutumier, alors que la nouvelle règle introduite en faveur du partage commençait à peine à se dégager. L'adjudication devait donc être faite à l'un des cohéritiers pour que le droit de vente ne fut pas dû; mais, outre cette condition, l'article exige encore que l'héritage ne se puisse partir et se licite en justice sans fraude. L'esprit qui dictait ces restrictions était évident. Ce n'était pas sans difficulté que l'on était arrivé à faire considérer la licitation comme une forme du partage affranchi des droits seigneuriaux. On n'osa ou on ne put aller jusqu'au bout.

Au reste, lorsque la Coutume de Paris demandait expressément pour l'affranchissement du partage que l'adjudication fût faite à l'un des cohéritiers, elle avait aussi pour but de trancher implicitement la question, si controversée dans l'ancienne jurisprudence, de savoir si l'affranchissement devait s'étendre jusqu'aux actes qui, faisant à la vérité cesser l'indivision, intervenaient pourtant entre personnes dont le titre n'était pas le

même, par exemple entre un cohéritier et le cessionnaire de l'autre. On ne tarda pas à reconnaître que le caractère du partage appartenait uniquement aux actes qui attribuaient l'immeuble aux copropriétaires primitifs ou à leurs héritiers, et que l'acte par lequel le cessionnaire d'une portion de la chose indivise en acquérait la totalité devait être assimilé à une vente. Sans parler des motifs juridiques qui avaient fait admettre cette solution, on y fut amené par cette considération que l'opinion contraire aurait eu pour effet de léser outre mesure les droits des seigneurs et de rendre la fraude singulièrement facile ; car au lieu d'acheter la totalité de l'immeuble aux deux communistes, l'étranger qui aurait eu l'intention de l'acquérir n'aurait pas manqué, pour éviter les droits de lods et ventes, d'acheter d'abord la portion de l'un d'entre eux et ensuite celle de l'autre par deux actes séparés. On voulut remédier à cette fraude.

§ 4. — La législation moderne s'est dégagée de tous ces éléments étrangers que le Droit féodal et l'étude du Droit romain avaient entassés. Le principe général, en cette matière, est que l'effet déclaratif du partage, introduit dans le Code par l'art. 883, doit s'étendre à tout acte à titre onéreux qui a pour résultat de faire cesser, d'une manière absolue, l'indivision entre tous les communistes. Il faut donc assimiler à un partage toute opération intervenue entre copropriétaires avec l'intention expresse ou tacite de faire sortir l'objet qu'elle concerne du patrimoine commun pour l'attribuer spécialement à l'un d'eux. Dans cette classe rentre la licitation d'un immeuble héréditaire tombé, par suite de l'adjudication,

dans le lot de l'un des cohéritiers, ou bien encore la cession de droits successifs faite à l'un des cohéritiers par tous les autres; il en est de même de la vente d'un immeuble indivis consentie à l'amiable, au profit de l'un des cohéritiers, par tous ses consorts.

§ 5. — Mais ce principe général ne s'est pas établi sans donner matière à de nombreuses controverses. Il soulève des questions qui ont besoin d'être débattues, sur lesquelles la doctrine est loin d'être fixée. Nous aurons à examiner d'abord s'il est nécessaire, pour qu'un acte soit considéré comme un partage, qu'il fasse cesser l'indivision d'une manière absolue, c'est à dire entre tous les copropriétaires; nous aurons ensuite à rechercher si tout acte à titre onéreux tombe sous l'application de l'art. 883, alors même que les parties auraient désigné leur opération sous un tout autre nom que celui d'une vente, d'un partage ou d'une licitation.

Avant d'entreprendre la discussion de ces deux points, établissons d'abord que l'acte qui intervient entre les intéressés doit être à titre onéreux. Ce principe ne souffre pas de difficulté sérieuse. L'essence du partage, en effet, c'est d'être un acte commutatif à titre onéreux. Dès l'instant que l'un des copropriétaires fait un abandon gratuit de son droit pour en investir l'un de ses consorts, il n'y a plus là un partage, il y a une véritable libéralité, une donation qui, pour être valable, doit être revêtue des formalités exigées par le Droit civil. Inutile, du reste, de rechercher si cette libéralité a pour résultat d'attribuer à un seul des copropriétaires, au donataire, la totalité du bien ou si elle intervient entre deux seulement des divers intéressés. C'est en conformité de ce

principe incontestable qu'il a été jugé que la cession à titre gratuit de droits successifs, entre cohéritiers, ne peut être assimilée à un partage, lors même qu'elle aurait fait cesser l'indivision d'une manière absolue et à l'égard de tous les cohéritiers. (Civ. rej., 8 fév. 1841, Sirey, XLI, 1, 436.) (1).

Maintenant, établissons que l'indivision doit cesser relativement à tous les copropriétaires pour que l'effet déclaratif du partage soit attaché à l'acte qui survient entre les parties. Cette règle a été combattue par deux arguments principaux puisés, l'un dans les précédents de l'ancienne jurisprudence dont les décisions étaient contraires au principe que nous avons émis, l'autre dans le texte de l'art. 888.

L'ancienne jurisprudence avait suivi, en effet, sur ce point, les principes du Droit romain qui, notamment, dans la L. 2, Dig., *fam. ercisc.*, décidait que, pour qu'il y eut partage, il n'était pas nécessaire que l'indivision n'existât plus entre toutes les parties. Guyot (*Traité des Licitations*) et Pothier n'avaient pas hésité à se rallier à cette manière de voir. Mais on n'aura pas de peine à se rendre compte de cette unanimité si l'on se rappele sous quelle influence travaillaient les légistes de cette époque : combien ils étaient favorable en général à toute opinion qui tendait à rendre le partage plus facile et à soustraire les actes qui s'y rapportaient aux conséquences fiscales qui auraient été la suite d'une interprétation différente ; et comment ce qui fut d'abord une doctrine, une théorie de circonstance finit par devenir un système juridique consacré par le

(1) V. aussi Championnière et Rigaud, *Traité des Droits d'enregistrement*, 111, 2723.

Droit écrit. Quant au Droit romain, sa décision s'explique facilement par cette circonstance que la nature du partage sous cette législation, son caractère attributif ne permettait pas de faire considérer les choses sous un autre point de vue : puisqu'il y avait eu aliénation entre deux parties, chacune ayant un droit incontestable, cette opération devait être respectée dans la limite du droit des contractants par les autres cohéritiers ; l'absence de la fiction laissait à l'opération, au contrat, son caractère naturel ; il nous semble même que la question ne pouvait présenter d'intérêt sous l'empire de ce droit, puisqu'elle ressortait logiquement de la nécessité des choses. Le Droit féodal l'emprunta, nous savons dans quel but, quoiqu'il eût placé la nature du partage sur une base purement fictive et telle que, sans les motifs indiqués ci-dessus, l'esprit si sagace des hommes qui le développèrent plus tard en Droit coutumier n'aurait pas fermé les yeux, presque volontairement, à la conséquence logique qui ressortait du principe nouveau. Mais ces raisons n'existent plus aujourd'hui. Le commentateur placé en face de la maxime de l'art. 883, peut en tirer les conséquences logiques, sans avoir à craindre de sacrifier les besoins de la société aux nécessités d'une interprétation logique.

Reste l'art. 888 dont les termes semblent, à la vérité, donner raison à l'opinion de ceux qui n'admettent pas la nécessité d'une cessation absolue de l'indivision. Cet article porte que « l'action en rescision pour cause de lésion en matière de partage est admise contre tout acte qui a pour objet de faire cesser l'indivision entre cohéritiers, encore qu'il soit qualifié de vente, d'échange, de transaction, ou de toute autre manière. » D'après ces ter-

mes, on a conclu que l'assimilation entre le partage et les actes auxquels cet article fait allusion, lesquels peuvent faire cesser l'indivision d'une manière relative seulement, était complète et consacrée par la loi elle-même, quoique tous les cohéritiers n'eussent pas participé à l'acte, puisque le législateur ne fesait pas cette distinction pourtant capitale. Mais ceux qui s'attachent à cet argument de texte ne font pas attention que, dans cet article, la loi ne dispose que pour un cas particulier, celui où le partage ayant occasionné une lésion au préjudice de l'un des cohéritiers il devenait équitable de lui fournir un moyen de se prémunir contre ce préjudice et de lui ouvrir une action en rescision propre à rétablir l'égalité, qui est de l'essence du partage ; notre article ne devait donc disposer que pour le cas où la difficulté se présentait entre cohéritiers ; il n'avait pas à s'occuper des effets de l'acte vis à vis des tiers. Or, en se plaçant au point de vue de l'égalité qui doit régner entre cohéritiers, il importe peu que cette égalité ait été blessée par un acte qui n'a fait sortir d'indivision que quelques-uns des cohéritiers ou par un acte qui a fait cesser l'indivision à l'égard de tous. Dans l'un comme dans l'autre cas, il y a eu une lésion, l'égalité du partage a été troublée ; il faut que celui qui a été victime du dol ou de la fraude de son cohéritier puisse faire rescinder l'acte qui en a été la suite, et qu'il le puisse sans distinction des effets produits par l'acte relativement à l'indivision. S'il en était autrement, il existerait pour le cohéritier frauduleux un moyen facile d'éluder les dispositions de l'action en rescision : ce serait de s'arranger tout simplement de façon à ce que l'acte fit cesser l'indivision à l'égard de tous. Cette opinion se trouve encore confirmée par

l'art. 889, dont la disposition reconnaît implicitement que si la vente d'un droit successif a été faite avec fraude à l'un des cohéritiers par les autres cohéritiers *ou par l'un d'eux*, la cession, ainsi entachée de fraude, tombera sous le coup de l'action en rescision : cet article suppose évidemment le cas où cette cession n'a pas eu pour effet de faire cesser l'indivision relativement à tous les cohéritiers. — Comment donc s'appuyer sur cet art. 888, lequel ne dispose que touchant les effets entre cohéritiers d'un acte rescindable, pour étendre à notre espèce le principe de l'art. 883 où le partage est envisagé surtout par rapport aux effets qu'il produit à l'égard des tiers qui ont traité avec les cohéritiers ? Il résulte de cette distinction que tout acte qui ne fera pas cesser l'indivision de la chose commune d'une manière absolue, vis à vis de tous les copropriétaires, ne pourra pas être considéré comme un partage ou une licitation, car qui dit partage dit attribution définitive au profit d'un seul de tout ou partie de la chose, et cela sans qu'il puisse continuer de subsister sur cette même chose un droit de propriété au profit d'une personne autre que celle dont la fiction légale a définitivement consolidé le droit.

Mais s'il n'est pas possible d'appliquer la fiction de l'art. 883 à un acte qui ne fait sortir un objet de l'indivision que relativement à quelques-uns des communistes, il n'y a plus les mêmes raisons pour restreindre l'application de ce principe au cas où l'acte à titre onéreux a fait cesser l'indivision, quoique cet acte ait été qualifié par les parties d'un nom emprunté ; il devra être considéré comme partage, quel que soit le nom sous lequel les contractants aient voulu déguiser leurs conventions. C'est ainsi que si les parties ont qualifié de vente une cession

de droits successifs, il faudra voir véritablement dans cet acte une licitation faite à l'amiable, dégagée de toute formalité ; que si l'un des copropriétaires ne dispose que d'une partie de la chose en se réservant le surplus, on devra considérer cet acte comme un partage avec soulte : la soulte sera ici représentée par le prix. Enfin, il arrive souvent que les parties donnent le nom de transaction à une opération qui n'est par le fait qu'une licitation ou un partage. Il est, au reste, bien évident que la transaction n'aura ce caractère qu'autant qu'elle aura pour but de fixer des droits indivis, de manière à attribuer à chacun des copropriétaires la part qui lui revient. La transanction se confondant alors avec le partage, est, comme lui, susceptible d'être rescindée. Dans le cas contraire, si la transaction a eu pour objet des difficultés survenues postérieurement à l'époque où l'indivision avait déjà cessé, il n'y a plus là de partage ; on rentre dans le Droit commun ; c'est un arrangement à l'amiable, qui n'est même plus rescindable pour cause de lésion (article 888).

Il faut encore considérer comme un partage, la renonciation à un droit indivis, lorsqu'elle fait cesser l'indivision d'une manière absolue et qu'elle a été consentie moyennant un prix. Il a été dit plus haut que si cette renonciation était faite dans un esprit de libéralité envers un ou plusieurs des copropriétaires, cet acte ne constituait pas un partage, mais avait tous les caractères et les effets d'une donation.

Une question dont la solution est plus embarrassante est celle de savoir si les effets déclaratifs du partage devront être étendus au cas où la convention passée entre les parties a reçu non seulement le titre, mais le

caractère et la forme d'un échange, comme lorsque les communistes ont cédé la totalité de leurs droits sur la chose à l'un d'entre eux, moyennant l'abandon qu'il leur fait d'un immeuble qui lui est propre. Cette convention a bien pour effet de faire cesser l'indivision à titre onéreux et à l'égard de toutes les parties, en quoi elle se rapproche singulièrement du partage, mais elle s'en écarte en ce que l'opération ne porte plus seulement sur les biens indivis et qu'elle substitue à la soulte une valeur qu'il est impossible de supposer avoir jamais figuré dans la masse commune. Cependant, si l'on se représente que la volonté des parties a été d'opérer surtout un partage, de mettre fin à une indivision onéreuse et de la faciliter en permettant à celui d'entre eux qui pouvait se charger de la chose commune de leur en payer l'équivalent au moyen de la seule valeur qu'il lui était peut-être possible de donner en échange ; si l'on considère que la question ne présente point de difficultés quand on suppose que la soulte, au lieu d'être représentée par un immeuble, a été payée au moyen d'une somme d'argent propre à l'acquéreur, prise en dehors des deniers de la succession, et que, par conséquent, toute la différence d'un cas à l'autre consiste en ce que la soulte se trouve être représentée tantôt par un immeuble, tantôt par une somme d'argent, il deviendra difficile de ne pas envisager cet échange comme une véritable opération de partage, soumise par suite à la fiction rétroactive de la loi. La plupart des auteurs, dans l'ancienne jurisprudence, et d'Argentré le premier de tous, suivaient ce système. Il est vrai que l'opinion de ces jurisconsultes, entraînés par système, comme il a été dit déjà, vers les mesures favorables à l'affranchissement du partage, est grandement

suspectée dans la discussion moderne ; mais les arguments qu'on leur oppose ne détruisent pas le fait principal, à savoir la volonté des parties, le but qu'elles se sont proposé d'opérer un partage. Pourquoi dès lors ne pas lui en donner les effets ? Nous ne devons pas nous arrêter devant cette raison avancée par quelques docteurs, que la fiction de l'art. 883 entraînant parfois des résultats fâcheux, il était convenable de la restreindre uniquement aux cas prévus par la loi ; c'est là un autre point de vue : parce que la maxime de la rétroactivité sera funeste même dans quelques-uns des cas où son application ne peut présenter aucun doute, il ne s'ensuit pas que le commentateur soit en droit d'aller contre la disposition du législateur ; son devoir se borne à chercher quels sont les actes qui, constituant un partage, sont régis par sa disposition ; or, posée en ces termes, la question ne nous semble pas douteuse, et l'on doit considérer comme un partage avec soulte l'échange qui fait cesser l'indivision à l'égard de tous les cohéritiers.

On a dit encore que si l'on reconnaissait un effet rétroactif à un acte semblable on devait au moins en scinder les dispositions qui, cependant, sont corrélatives et dépendent l'une de l'autre, et qu'on devait restreindre cet effet rétroactif à l'attribution de l'objet indivis faite au profit d'un des copropriétaires. Mais un acte ne peut avoir une double nature, réunir deux caractères opposés et qui s'excluent mutuellement, être déclaratif vis à vis de l'une des parties et attributif vis à vis de l'autre ; non, il faut dans l'espèce étendre à la soulte représentée par un immeuble la fiction que la loi a eu la volonté d'introduire pour une soulte représentée soit par une somme d'argent, soit par une créance.

§ 4. — L'art. 883 indique la licitation comme un acte parfaitement assimilable au partage pur et simple, quant à l'effet rétroactif que cet article a pour but de poser en principe ; mais il est important de remarquer que la loi ne dispose que pour une licitation dont la fin est de faire tomber l'immeuble héréditaire dans le lot d'un des cohéritiers. Reste à savoir si l'art. 883 sera applicable également à la licitation par suite de laquelle un tiers s'est rendu adjudicataire de l'objet licité. Nous avons eu occasion de citer déjà l'art. 80 de la Coutume de Paris, qui résolvait la question négativement : « Si l'immeuble est adjugé à un étranger, dit cet article, l'acquéreur doit ventes. » La jurisprudence coutumière fut générale sur ce point, après quelques controverses de peu de durée. Il était difficile, au reste, de décider autrement, car, pour qu'un acte ait le caractère de partage, il ne suffit pas qu'il fasse cesser l'indivision d'une manière absolue, il faut encore qu'il attribue la propriété de la chose commune à l'un de ceux qui la possèdent depuis le commencement de l'indivision. Or, lorsqu'un étranger se trouve nanti par suite d'une licitation en justice ou d'une cession à l'amiable d'un objet héréditaire, on ne peut pas dire qu'antérieurement à son titre d'acquisition il ait jamais eu un droit de propriété sur cet objet : il ne le détient qu'en qualité d'acquéreur ; par suite, le contrat qui l'investit de son droit n'est autre chose qu'une vente et n'en produira que les effets. Il est impossible, dans ce cas-ci, de concevoir, même par une fiction, que le droit acquis remonte plus haut que le jour de l'aliénation faite par les cohéritiers (1).

(1) V. dans ce sens Chabot, sur l'art. 882, n° 5, et sur l'art. 883, n° 3; Pujol, sur l'art. 883, n° 3; Duranton, VII. 520.

Mais que décider si, rentrant dans l'espèce prévue par l'art. 883, celle où la licitation s'opère entre cohéritiers seulement, nous supposons que l'acte à titre onéreux soit une adjudication prononcée en faveur de l'un des copropriétaires à suite de saisie de la chose indivise? Quelle sera la nature de cet acte : sera-ce une licitation ou une vente ordinaire? L'effet de cet acte serait-il déclaratif de propriété ou seulement attributif? On fait observer, pour expliquer l'incertitude du caractère de cet acte, que l'objet adjugé a été, par l'effet de la saisie, enlevé au patrimoine commun des cohéritiers, et que celui d'entre eux qui s'est porté adjudicataire a été obligé, pour obtenir la chose, d'acquérir et de payer non seulement les parts de ses copropriétaires, mais encore sa propre portion. Toutefois, il importe de remarquer que s'il est vrai de dire que la chose est sortie du patrimoine commun par la mise aux enchères, on ne saurait pourtant ajouter qu'elle a fait perdre entièrement aux saisis la propriété de la chose, puisqu'il est impossible d'indiquer sur quelle tête repose la propriété jusqu'au moment de l'adjudication; or, comme l'adjudicataire est ici précisément un des propriétaires, il en résulte que l'adjudication a confirmé en lui le droit de propriété plutôt qu'elle ne le lui a fait acquérir. Aussi, rangerons-nous cette adjudication avec les actes qui sont assimilables au partage, et, comme lui, rétroactivement déclaratifs de propriété.

La prescription est encore un événement que, dans une certaine hypothèse, l'on doit rattacher au partage et à ses effets. Quand un communiste a possédé pendant trente ans la chose indivise à titre de propriétaire exclusif, l'action en partage est éteinte quant à cet objet,

et ce résultat s'étend au cas où les différents copropriétaires ont possédé chacun *pro suo* et comme s'il y avait eu entre eux un partage relativement à chacune de ses portions. Cette possession prolongée peut-elle être considérée comme un acte de partage auquel on doive attacher l'effet déclaratif qui lui est propre, et devra-t-on faire remonter pour le communiste cette propriété jusqu'au premier jour, ou bien sa propriété ne prendra-t-elle date que du jour où a commencé sa prescription ? La prescription, d'après nous, n'est dans ce cas qu'une forme particulière du partage. Comme cet élément juridique ne constitue pas par lui-même une cause d'acquisition particulière, mais qu'il renferme surtout la présomption légale d'une cause légitime d'acquisition antérieure, nous en déduirons la conséquence que cette cause a produit ici un partage ou un acte équipollent.

Nous avons parlé d'une troisième forme de partage : celle du partage avec soulte. Il n'y a pas de doute en cette matière relativement à l'application de l'art. 883, quelle que soit, du reste, la nature de la soulte, soit qu'elle consiste en argent comptant, comme c'est le cas le plus ordinaire, soit qu'elle se compose d'une rente. Autrefois on regardait comme pur et simple le partage où la soulte consistait en une rente, attendu le droit de copropriété que le créancier conservait sur le lot du débiteur ; la rente foncière avait alors un caractère immobilier ; mais de nos jours, où la rente est rachetable et rentre par conséquent dans la classe des droits personnels, cette distinction n'est plus juridique.

§ 5. —Nous avons établi comme règle principale que pour être considéré comme un partage l'acte qui opère la

division doit avoir cet effet à l'égard de tous les copartageants : il faut en conclure que si l'indivision subsiste encore, après cet acte, entre ceux qui l'ont passé et les autres copropriétaires, on ne pourra pas lui appliquer les effets de l'art. 883. Cette conséquence paraît naturelle : elle a pourtant été controversée par de bons esprits, mais la jurisprudence de la Cour de Cassation a toujours été constante pour la maintenir. Ainsi, il a été jugé que la cession de droits successifs entre cohéritiers ne pouvait être considérée comme un partage, dans le sens de l'article 883, lorsque le cessionnaire et le cédant n'étant pas seuls appelés à l'hérédité, l'indivision continue, malgré la cession, de subsister, quant à la portion héréditaire de ce dernier, entre le cessionnaire et les autres cohéritiers. Nous avons déjà démontré qu'il existe effectivement, sous ce rapport, une immense différence entre un acte qui fait cesser l'indivision à l'égard de tous les cohéritiers, et un acte qui ne la fait cesser que relativement à l'un d'eux, en la laissant subsister à l'égard des autres.

De même, il a été encore jugé que l'art. 883 ne s'applique pas davantage à la licitation par suite de laquelle deux ou un plus grand nombre de cohéritiers se seraient rendus adjudicataires de l'objet licité; l'indivision, en effet, continue de subsister entre eux, puisque la licitation n'a eu d'autre résultat dans l'espèce que de maintenir dans le patrimoine commun, relativement à un nombre moindre de copartageants, le bien indivis (1).

La raison de ces solutions de la Cour suprême est parfaitement conforme, il nous semble, à l'esprit de la

(1) V. Sir. XXXV, 1, 341. Civ. cass., 13 août 1838. Sir. XXXVIII, 1, 701.

maxime; car de ce que chaque cohéritier est censé avoir succédé seul à tous les effets compris dans sa portion héréditaire, il résulte par une autre fiction légale, conséquence de la première, qu'il est réputé n'avoir jamais eu aucun droit sur les objets héréditaires dont il a perdu la copropriété par suite de l'acte qui l'a fait sortir d'indivision. La fiction ne consiste pas en ce chaque cohéritier est censé avoir succédé immédiatement à tous les effets compris dans son lot; elle consiste surtout en ce qu'il est déclaré y avoir succédé *seul*. Or, si l'opération qui accomplit la division relativement à l'un des cohéritiers est telle qu'elle laisse encore les autres cohéritiers dans l'indivision quant à cet objet, comment appliquer à ceux-ci la fiction suivant laquelle chaque cohéritier est censé avoir eu seul la propriété de cet objet, et par suite la disposition suivant laquelle eux, cohéritiers, sont censés n'avoir jamais eu la propriété du même objet, puisqu'ils l'ont encore? — Cette application logique de la doctrine introduite par l'art. 883 devait donc être celle de la Cour de Cassation (1).

§ 6. — Jusqu'à présent nous avons recherché quels sont les actes auxquels s'applique le principe de la rétroactivité du partage. Mais pour qu'il y ait lieu à l'application de ce principe, il faut que l'indivision existe préalablement à l'acte qui a pour objet de la faire cesser. Si donc cet acte intervenait à propos de droits non susceptibles d'indivision ou d'actes tels que la loi eût pris soin elle-même d'opérer cette division, il n'y aurait pas lieu d'appliquer la fiction légale de l'art. 883.

(1) V. pourt. en sens contraire Duvergier, *de la Vente*, 11, 147. Championnière et Ricard, 111, 2734 à 2737.

Or, parmi les droits que la loi semble faire rentrer dans la classe de ces choses non susceptibles d'indivision, il faut mentionner en première ligne les droits personnels. La question de savoir si le principe déclaratif que nous développons doit s'étendre aux créances héréditaires est extrêmement controversée : les uns soutiennent que les créances se divisent de plein droit entre les héritiers, proportionnellement à la part que chacun d'eux est appelé à recueillir dans l'hérédité, et cela dès l'ouverture de la succession. Il en résulte qu'il ne peut y avoir de partage relativement à une chose qui a toujours été la propriété exclusive de celui qui la possède, et que, si par l'effet d'un partage survenu postérieurement, à l'occasion de biens indivis, l'un des cohéritiers se trouve avoir dans son lot une part de créance plus considérable que celle qui lui est attribuée par la division légale et instantanée de la chose incorporelle à l'ouverture de la succession, il ne sera pas censé la tenir tout entière du défunt et y avoir succédé seul et immédiatement pour la totalité dès l'origine, ainsi que le voudrait le principe rétroactif du partage, mais qu'il tiendra cette créance d'abord à titre de propriétaire pour ce qui concerne la part qui lui était échue, et puis à titre de cessionnaire du chef de son cohéritier pour ce qui regarde l'excédant que le partage ultérieur a mis dans son lot. — D'autres auteurs, au contraire, ont été jusqu'à contester l'exactitude de la disposition légale qui opère de plein droit la division des créances dès l'ouverture de la succession ; ils ont soutenu que cette disposition était étrangère au cas de partage, et s'appuyant sur l'art. 832, dont les termes établissent que les créances laissées par le défunt peuvent être comprises dans le partage, ils

ont appliqué à ces dernières les règles du partage et soumis leur propriété à la fiction qui lui donne un effet déclaratif.

L'importance de la question est manifeste : plusieurs autres points dépendent de la solution qu'on adoptera ; si le cohéritier qui a dans son lot la créance entière est un cessionnaire de son cohéritier pour la part de créance qui appartenait à celui-ci, l'acte est soumis aux règles de la cession ; le partage ne transfère au cessionnaire qu'une propriété relative ; il n'en est saisi, à l'égard des tiers, qu'à partir du moment où il a obtenu dans un acte authentique l'acceptation du transport fait par le débiteur cédé, ou, à défaut de cette acceptation, que lorsqu'il lui a fait notifier la cession (art. 1690, C. Nap.) : jusqu'à l'accomplissement de l'une ou l'autre de ces formalités, la portion de la créance qui appartenait au cédant reste sur sa tête.

De là des conséquences nombreuses : La nouvelle cession que le cohéritier ferait à un tiers de sa part de créance serait valable à l'égard de son cohéritier, premier cessionnaire, si le tiers avait soin de faire notifier avant lui, au débiteur, le transport qui a été fait ; les créanciers de ce même cédant pourraient valablement frapper de saisie-arrêt la fraction de créance dont il reste saisi, tant que le cohéritier cessionnaire n'a pas accompli les formalités exigées par l'art. 1690 ; et par une conséquence directe le paiement fait par le débiteur entre les mains du créancier opposant est valable à l'égard du cessionnaire ; il en serait encore ainsi du paiement qui serait fait au cédant lui-même ; enfin, si le débiteur est ou s'il devient, même depuis le partage, créancier du susdit cohéritier cédant, il pourra opposer la compensation

à son ayant-cause, le cohéritier cessionnaire. Aucune de ces conséquences, au contraire, n'est possible si l'on admet que la cession faite par l'un des cohéritiers à l'autre, est un acte de partage, car, dans cette hypothèse, la créance étant censée, en vertu de l'art. 883, n'avoir jamais appartenu qu'à celui dans le lot duquel le partage l'a faite tomber, lui seul se trouve être le représentant de la personne du défunt à l'égard du débiteur.

Mais entre ces deux systèmes il en existe un troisième qui, considérant les dispositions du Code qui divisent la créance entre les cohéritiers comme beaucoup moins absolues, tout en les acceptant dans la mesure ou la loi a entendu leur faire produire de l'effet, combine les conséquences qui ont été attachées au partage avec celles que l'art. 1220 a consacré pour la division des créances.

En effet, il résulte de cet article que les créances qui font partie de l'actif héréditaire se divisent de plein droit, entre les cohéritiers, en proportion de la part pour laquelle chacun d'eux est saisi de l'hérédité. Il suit de là que du moment où le droit de l'héritier est devenu, à l'instant de l'ouverture de la succession, un droit actif, il peut exiger de la part du débiteur héréditaire le paiement de la portion qui lui revient dans la créance, et faire cette demande même avant tout partage ou liquidation.

Le principe de la divisibilité des créances entre les héritiers n'est point nouveau dans le Droit. La loi des XII Tables l'avait déjà formulé en ces termes : *Nomina inter heredes pro portionibus hereditariis ercta cità sunto;* l'interprétation des prudents l'avait développé en matière de partage : la L. 2, § 5, Dig., *familiæ erciscund.*, en

fait foi (1). Au reste, ce résultat n'a rien qui doive surprendre : il est de la nature d'un droit personnel d'être essentiellement divisible, car il est aisé de concevoir qu'un débiteur puisse opérer sa libération en payant à chacun des intéressés la part qui lui revient dans la créance, tandis qu'en matière de droit réel il n'en est pas de même, parce que le droit portant immédiatement sur la chose qui en est l'objet, ne peut être divisé que tout autant que la division de la chose elle-même a eu lieu et qu'il y a eu par conséquent une assignation de parts déjà faite. Cette conséquence, qui dérive de la nature même des choses, fut également admise par l'ancienne jurisprudence; elle ne pouvait donc échapper à la sagesse de nos législateurs, qui lui ont donné place dans l'art. 1220.

De ce que les créances héréditaires se divisent ainsi de plein droit entre les héritiers, il résulte que la cession que l'un d'eux ferait de sa part héréditaire dans la créance est parfaitement valable; que le paiement fait par le débiteur de la créance à l'un des cohéritiers pour la part dont il a été saisi le libère tant à l'égard de ce créancier qu'à l'égard des autres; que la saisie-arrêt opérée par l'un des créanciers personnels de l'héritier sur la part dont il a été saisi dans les créances héréditaires, peut être parfaitement poursuivie, et que dès lors les débiteurs de ce même héritier sont tenus de faire leur paiement entre les mains du créancier saisissant, jusqu'à concurrence de cette part (argum. de l'art. 1166); enfin, que si l'un des héritiers étant précédemment débiteur d'une personne se trouve devenir son créancier

(1) Ulpien dit dans cette loi : *nomina non veniunt in judicio familiæ erciscundæ*. — L. 2, § 5. Dig., *fam. ercisc.*

par suite de sa qualité de représentant du défunt, il y aura compensation entre sa dette personnelle et la part de créance qu'il a recueillie dans la succession. Cette compensation, bien entendu, ne s'opère que tout autant que les autres conditions auxquelles elle est subordonnée se trouvent accomplies; alors, elle a lieu de plein droit, car, d'après les termes de l'art. 1220, c'est véritablement en qualité de propriétaire et non pas seulement comme mandataire de ses cohéritiers que l'héritier est réputé *saisi* de sa part dans la créance et qu'il est autorisé à la demander.

Toutefois, la généralité des termes de l'art. 1220 ne va pas jusqu'à détruire, en matière de partage, l'effet d'un autre principe non moins général; il faut donc combiner l'art. 883 avec l'art. 1220 pour donner à l'interprétation de ce dernier article la portée qui lui est naturelle. Aussi pensons-nous que la disposition de l'article 1220 ne peut être acceptée que tant que l'hérédité n'a point été partagée, et que la division légale des créances héréditaires entre les divers héritiers, dans la proportion de la part pour laquelle chacun d'eux représente le défunt, n'empêche pas que le partage qui attribuerait à l'un ou à l'autre d'entre eux l'intégralité de quelques-unes ou même de toutes ces créances, ne soit régi par les dispositions de l'art. 883 et ne soit considéré comme simplement déclaratif, sauf cependant le maintien des droits acquis antérieurement par les tiers, comme le serait, par exemple, le paiement effectué par un débiteur à l'héritier dans l'intervalle du décès du testateur à la confection du testament.

Cette disposition signifie simplement que l'héritier au lot duquel est tombée une créance héréditaire, soit

dans son intégralité, soit pour une part beaucoup plus considérable que celle que lui avait attribuée la division légale, est censé la tenir directement du défunt, en vertu de la fiction de l'art. 883, et doit être considéré comme en ayant été saisi, même vis à vis des tiers, à partir de l'époque de l'ouverture de la succession, sans qu'il soit besoin d'ailleurs d'aucune des formalités exigées pour la cession.

Cette opinion a été contesté par quelques auteurs qui ne voient dans la clause du partage qui attribue à l'un des héritiers la totalité d'une créance qu'une véritable cession-transport soumise aux exigences de l'art. 1689 et suivants pour tout ce qui excède la part de cet héritier dans cette créance. M. Duranton (VII, 163, 429 et 519) raisonne dans ce sens et fait remarquer qu'il doit en être ainsi parce que, dit-il, il n'y a pas lieu de partager ce qui a été divisé déjà par la loi; il étudie ce principe jusque dans son origine, et citant l'autorité romaine: *nomina non veniunt in judicio familiæ erciscumdæ* (1), il s'attache à prouver que le partage ne peut pas plus modifier, au préjudice des tiers, les effets de la division légale des créances, qu'il ne modifie ceux de la division légale des dettes. Mais c'est introduire le principe romain dans notre législation avec une portée qu'il n'a jamais eu, même dans l'ancienne jurisprudence. Il est incontestable que le Droit moderne prononce la division des dettes entre les héritiers; c'est là un point hors de doute, et il faut remarquer à cet égard qu'aucune autre disposition dans le Code ne vient modifier l'effet de cette division légale; mais, relativement à la division des créances, le légis-

(1) L. 2, § 5; L. 3. Dig., *famil. erciscund.*

lateur, après avoir établi d'une manière générale qu'elles se partageront aussi entre les héritiers de plein droit, ajoute dans l'art. 832 un vœu qui peut amener d'autres résultats. Cet article porte qu'en matière de partage il convient de faire entrer dans chaque lot, s'il se peut, la même quantité de meubles, d'immeubles, de droits et de *créances* de même nature et valeur.

Il en résulte évidemment que le partage peut et doit embrasser les créances, comme objets héréditaires susceptibles de recevoir l'application de l'art. 883. Or, comment concevoir cette disposition si la division légale dont parle l'art. 1220 était irrévocable? Il suit de là que le principe établi par cet article n'a d'effet que jusqu'au partage et qu'à ce moment il est remplacé par un autre principe, celui qui règle les effets du partage en matière de succession, celui de l'art. 883.

Section troisième.

CONSÉQUENCES QUI RÉSULTENT DE LA DÉCLARATIVITÉ DU PARTAGE.

Nous venons d'étudier l'origine du principe qui rend le partage déclaratif et non attributif de propriété, et nous avons vu quels sont les actes auxquels s'applique cette maxime. Il nous reste à en développer les conséquences.

Elles furent naturellement plus nombreuses, plus recherchées dans l'ancienne jurisprudence, car c'était surtout à cause des conséquences qui ressortaient du principe, que le principe lui-même avait été admis contrairement à la réalité des choses, ainsi que nous l'avons

déjà dit. Depuis lors, la plupart ont disparu avec les institutions qui les avaient introduites. C'est ainsi que les règles qui dispensaient le partage des profits censuels ou féodaux, du retrait féodal ainsi que du retrait lignager, ont été abolies avec les Coutumes qui les avaient proclamées.

Aujourd'hui, le législateur s'est borné à poser le principe sans en déduire les conséquences; il n'a donné sur l'application de l'art. 883 que quelques dispositions de détail que la doctrine doit recueillir avec soin. Aussi, dans ce silence de la loi, est-il important de fixer nettement le sens du principe. Nous avons expliqué que le système du Code consiste à subordonner le droit de chacun des héritiers à la condition résolutoire du partage; chacun d'eux a un droit égal sur tous les objets qui composent la masse à partager, et ce droit est tel que chacune des parties de la chose indivise appartenant à tous, aucun d'eux par le fait n'en est propriétaire, et qu'il ne le devient *en fait* que lorsque le partage a fixé d'une manière définitive le lot de chaque intéressé en lui attribuant rétroactivement la propriété des objets qui y sont compris, en même temps qu'il opérait *ex tunc* la résolution des droits que les autres copartageants avaient sur ces mêmes objets. Ce sont les conséquences de ce principe que nous allons rechercher.

§ 1. — Il résulte d'abord de l'effet résolutoire du partage, que nous venons de signaler, que chacun des copartageants est censé n'avoir jamais eu aucun droit sur les effets entrés dans le lot des autres copartageants et que par suite les droits qu'il a pu conférer sur ces objets n'existent pas ou sont résolus. Ce premier point est

incontestable, car une personne ne peut transmettre plus de droit qu'elle n'en a elle-même : *nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet,* et il est évident que si son droit de propriété est soumis à une condition résolutoire, elle ne peut peut faire acquérir à un autre qu'un droit soumis à la même condition, et que l'arrivée de l'événement résolutoire devra éteindre le droit entre les mains du cessionnaire.

Mais si, d'un autre côté, l'objet ainsi aliéné est tombé dans le lot de celui qui avait consenti l'aliénation, comme il est censé en vertu de la maxime en avoir été toujours le propriétaire, l'engagement qu'il avait contracté se trouve avoir été valable et l'aliénation est confirmée.

Quelques auteurs ont pourtant voulu prétendre que les aliénations proprement dites faites par un cohéritier avant le partage étaient recevables en justice, que l'effet résolutoire n'était applicable qu'aux concessions de droits réels. Dans cette intention, ils soutiennent que l'art. 883 n'a trait qu'aux objets qui sont compris dans la masse à partager ; or, quand l'un d'eux a vendu un de ces objets, il a cessé d'être, quant à cet objet, dans l'indivision avec ces cohéritiers; l'indivision n'existe plus qu'entre l'acquéreur et les autres héritiers; donc, c'est entre eux que se fera le partage quant à l'objet aliéné. Mais ce raisonnement manque par la base; il renferme une pétition de principe, puisqu'il reconnaît comme incontestable ce qui est justement à prouver, à savoir que l'acquéreur ayant succédé au droit du cédant, l'indivision n'existe plus qu'entre lui et les autres cohéritiers. Il faut remarquer aussi que l'art. 883 ne distingue pas et qu'il s'applique aussi bien au cas où le cohéri-

tier aliène son droit qu'à celui où il se borne à constituer un droit de servitude ou d'hypothèque. L'opinion que nous combattons est encore contraire à l'art. 2205, qui veut que les créanciers hypothécaires qui font saisir les biens d'un cohéritier ne fassent saisir sa part qu'après avoir poursuivi le partage; pourquoi cette obligation, si l'effet résolutoire du partage ne fesait craindre la résolution du droit acquis sur les objets saisis avant le partage?

Ces principes sont essentiellement applicables au cas où une hypothèque a été consentie sur le bien indivis : le cohéritier qui a offert cette garantie à son créancier n'a pu le faire que sous condition, c'est à dire si l'immeuble grevé tombe dans son lot. Dans le cas contraire, l'hypothèque s'évanouit de plein droit. Ainsi, la validité de la garantie hypothécaire dépend de l'événement du partage.

En Droit romain, il n'en était pas de même (1), parce que, suivant les principes de ce Droit, le partage était simplement translatif de propriété; chacun des cohéritiers était véritablement propriétaire des objets héréditaires et par suite libre de consentir sur eux toute espèce de droits, sauf, il est vrai, le recours auquel il s'exposait de la part de ses cohéritiers.

Notre ancienne jurisprudence admit d'abord la même disposition, mais lorsque le partage prit le caractère déclatif qui lui est resté, une interprétation différente, en rapport avec le principe nouveau, se fit jour. On reconnut que l'hypothèque constituée par l'un des copropriétaires sur l'immeuble indivis était soumise à l'effet rétroactif adopté pour le partage. Combattue dès son

(1) V. L. 6, § 8. Dig., *comm. divid.*

apparition par les romanistes qui la déclaraient contraire à la saine doctrine, attaquée par Dumoulin avec violence, cette opinion particulière à nos Docteurs résista grâce à l'appui qu'elle trouva dans la pratique. Le Parlement de Paris la consacra par sa jurisprudence, et dès ce moment elle acquit, pour ainsi dire, autorité de loi. Pothier en parle comme d'une conséquence hors de toute contestation.

Au reste, nous devons remarquer que cet effet de la déclarativité du partage ne présentait pas autrefois un grand inconvénient, à cause de la nature générale et occulte du régime hypothécaire (on sait, par exemple, que tout acte notarié emportait hypothèque). Ce système aurait donc eu pour résultat d'autoriser une injustice en permettant à un créancier de conserver une hypothèque sur un bien qui n'avait jamais été dans le patrimoine de son débiteur, et d'arrêter, ou, tout au moins, de rendre les partages très longs et très difficiles quand un héritier dissipateur avait laissé prendre plusieurs hypothèques sur sa portion. Mais la réforme introduite par notre Code dans le régime des hypothèques, en consacrant le principe de la publicité et de la spécialité, semble diminuer la force des motifs qui avaient fait étendre à ces droits réels l'effet résolutoire du partage. Aujourd'hui le cohéritier peut parfaitement s'assurer avant le partage si les objets indivis sont grevés d'hypothèques, et, d'un autre côté, le créancier hypothécaire conventionnel n'a pas hypothèque sur les biens qui viennent augmenter le patrimoine de son débiteur. Ainsi, on ne trouve plus les inconvénients qui avaient fait abandonner la règle du Droit romain ; mais, quoiqu'il en soit, le législateur s'est prononcé suffisamment à cet égard ; les art. 2125 et 883

combinés ne laissent rien d'obscur sur le sort de l'hypothèque consentie par un cohéritier sur un des immeubles qui ne tombent pas dans son lot par l'effet du partage.

Ce que nous venons de dire de l'hypothèque s'applique également à tout autre droit réel, servitude réelle ou personnelle, droit d'usage, etc., concédé sur l'un des biens de la succession.

§ 2. — La rétroactivité qui ressort de l'art. 883 ne peut d'ailleurs jamais aller au delà du jour de l'indivision, quelque soit l'origine des droits des communistes, qu'ils dérivent du legs, d'une donation ou d'une vente, etc. Cette règle se trouve suffisamment indiqué, quoique indirectement, par les termes mêmes de l'article.

Mais il se présente quelques difficultés à cet égard au sujet de la combinaison de ce dernier article avec les art. 1476 et 1872, qui étendent, l'un à la communauté conjugale et l'autre à la société civile et commerciale, les règles établies au titre *des Successions* pour les partages entre cohéritiers. On a été jusqu'à dire que la fiction rétroactive introduite par l'art. 883 avait pour effet de faire considérer la société comme n'ayant jamais existé, puisqu'elle attribuait au copartageant la propriété de son lot dès le moment où l'indivision avait commencé à exister, c'est à dire dès la formation de la société, en sorte que les droits des associés remonteraient non pas à l'époque de la dissolution de la société mais bien à celle où elle s'est formée. Cette opinion, qui appartient à un éminent jurisconsulte, M. Troplong, nous semble exagérée en plusieurs points; elle est vraie pour certaines sociétés, celles qui n'ont pas une existence indépendante de l'existence des membres qui les

composent, car alors il est vrai de dire que l'indivision a existé entre tous les communistes dès l'évènement qui a formé l'association, et l'on comprend que le partage anéantisse rétroactivement cet état fictif; mais rien de semblable ne se présente pour la société commerciale dont l'existence propre, individuelle, comme être juridique, est parfaitement incontestable; quant à celle-ci, l'état d'indivision ne commence en réalité qu'à sa dissolution, puisque avant ce moment la propriété des objets sociaux était réputée appartenir à la société, laquelle possède, comme on le sait, un patrimoine particulier, distinct de celui des associés; c'est donc à cette époque seulement, à la fin de la société, que remontera l'effet du partage. Ainsi, dans la première catégorie, nous rangerions les socités civiles, et dans la seconde les sociétés commerciales.

Quant à la communauté conjugale, c'est une société civile et non un être de raison. Il faudra donc reconnaître que pour elle, l'état d'indivision est né le jour où a été passé le contrat de mariage, et que c'est de cet instant que dateront les droits échus aux époux par suite du partage postérieur.

§ 3. — En matière de prescription, le partage ne peut servir de juste titre pour arriver à la possession; il ne peut pas davantage être considéré comme une cause d'interversion de la possession. Le motif vient de ce que le partage n'est plus aujourd'hui un acte qui transmette la propriété; c'est un acte qui la reconnaît. Il ne faudrait pas croire pourtant que cet événement soit sans influence sur les conditions qui doivent accompagner la prescription, soit en ce qui regarde la durée de la pos-

session, soit relativement à la suspension ou à l'interruption de la prescription.

Ainsi, lorsque deux copropriétaires entre lesquels existe un immeuble indivis habitent deux ressorts différents, le possesseur de bonne foi, avec juste titre, qui sera en voie d'acquérir par prescription sur l'un et sur l'autre, acquerra par dix ans relativement à la part de celui qui habitera le même ressort que lui, tandis qu'il lui faudra encore dix ans, c'est à dire en tout vingt ans, pour prescrire la part de l'absent; mais si, par l'effet du partage, l'immeuble tombe en totalité dans la portion de celui qui est présent, alors la durée de dix ans aura suffi pour acquérir la totalité; il en faudra vingt, au contraire, si le même bien est resté dans la part de l'absent, quoiqu'une partie de l'immeuble ait été déjà prescrite par dix ans.

De même, si un immeuble indivis entre plusieurs cohéritiers, dont l'un est mineur, tombe par suite du partage dans le lot de ce dernier, toute possession précédente de la part d'un tiers qui commençait à prescrire sera considérée comme non avenue; elle sera utile, au contraire, si le même immeuble est attribué à un autre propriétaire, lequel ne pourra se prévaloir de la suspension qui existait en faveur du mineur, puisque cette suspension est censée n'avoir jamais existé, en vertu de la fiction rétroactive du partage.

Cette règle se reproduit exactement, avec la même étendue et les mêmes effets, dans le cas où tous les copropriétaires étant majeurs, l'un d'eux seulement aurait interrompu, soit par une interruption naturelle, soit par une interruption civile, la prescription déjà commencée.

§ 4. — Nous avons ici terminé l'interprétation de l'article 883 ; nous en avons recherché l'origine historique et étudié les effets ; il est facile maintenant de se rendre compte du mérite de la fiction légale que le législateur a cru devoir prendre dans l'ancienne législation pour la transporter dans la nouvelle.

Nul n'en conteste l'utilité quand elle s'applique seulement au partage pur et simple, quand elle a pour résultat d'attribuer à chacun des copropriétaires une portion égale dans la masse indivise : On lui reconnaît dans ce cas l'avantage de faciliter l'opération, de prévenir les recours multipliés et dangereux entre cohéritiers, si communs en Droit romain, d'empêcher le grèvement du patrimoine commun par la dissipation ou même par la mauvaise foi d'un des copropriétaires, et on n'ose pas plaider, à propos de ce partage, en faveur des créanciers ou des ayants-cause des copartageants, puisque dans ce cas ils sont toujours, relativement à leur débiteur, dans la même position que celle où ils se trouvaient avant qu'une succession lui fut échue. Mais les critiques surgissent dès qu'il s'agit d'appliquer la maxime au partage avec soulte, à la licitation, aux actes qui opèrent partage. On prétend que dans ce cas elle ruine des intérêts respectables, qu'elle laisse dans l'immobilité des valeurs peut-être immenses, et qu'elle force le possesseur par indivis d'une fortune territoriale considérable de rester quelquefois dans la gêne tant que les opérations du partage ne sont pas achevées ; on dit encore qu'elle peut venir en aide à la fraude et dépouiller de leurs droits des créanciers de bonne foi ; aussi fait-on des vœux pour que le législateur opère une réforme presque aussi nécessaire, dit-on, que celle du régime hypothécaire et qu'il

restreigne dans de justes limites cette fiction *désastreuse* qui peut devenir contraire au développement de la richesse publique.

Mais ces critiques nous ont paru singulièrement exagérées ou bien porter à faux. C'est l'intérêt de la famille qui a fait adopter le principe de l'art. 883 et l'a fait étendre jusqu'aux actes qui approchent du partage pur et simple. N'est-ce point là une raison suffisante? Serait-il donc vrai, comme dit M. Championnère, que la famille n'est aujourd'hui qu'une considération surannée et qui sent son vieux temps; que l'intérêt des tiers prévaut? « L'avantage de l'industrie est plus considérable et le devient chaque jour de plus en plus; les commerçants sont les plus forts et naturellement ils sont tiers, c'est à dire créanciers. Ils tendent à s'attribuer, pour cause d'utilité publique, le premier droit dans les successions et entraînent dans cette voie l'opinion servile aux plus puissants. La jurisprudence réfléchissant la pensée dominante ébranle incessamment le principe que l'art. 883 semblait avoir mis à l'abri de la mobilité ; » mais la volonté du législateur subsiste encore dans toute sa précision, et tant que les motifs qui l'ont déterminé emprunteront aux intérêts les plus respectables leur force primitive, nous laisserons à ce principe si efficace toute son étendue protectrice.

BIBLIOTHÈQUE TOULOUSE UNIVERSITAIRE

POSITIONS.

Droit Romain.

1 La novation éteint l'obligation corréale lorsqu'elle a lieu soit entre le débiteur et l'un des *correi credendi*, soit entre le créancier et l'un des *correi debendi*.

L. 1, § 1, Dig. *de Novat.* à laquelle on oppose la L. 27, pr. Dig. *de Pactis*.

2 L'exception *non numeratæ pecuniæ* a lieu aussi bien en matière de contrats réels comme exception *non datæ rei* qu'en matière de prêt.

Instit. lib. 4, tit. 13, § 2. — L. 14. Pr. Cod. *de Non numer. pecun.*

3 Le débiteur qui a payé par erreur et sans opposer la compensation, à la suite d'une action de bonne foi dirigée par son créancier contre lui, peut à son tour agir contre lui par la *condictio indebiti*.

L. 10, § 1, Dig., 16. 2, et L. 40. Pr. Dig. 12. 6.

4 Les fruits perçus *pendente conditione* appartiennent au débiteur et non point au créancier, même quand la condition vient à s'accomplir.

L. 8. Pr. Dig. 18. 6.

Droit Français.

1 La femme qui, sans autorisation de son mari, gère l'affaire d'autrui n'est pas obligée envers les tiers avec lesquels elle a contracté pour le besoin de sa gestion; mais elle demeure obligée envers le maître dans tous les cas où un gérant capable serait lui-même obligé.

2 Les héritiers du donateur peuvent opposer le défaut de transcription de la donation. — (Art. 941).

3 Le créancier muni d'une hypothèque *générale* en concours sur les divers immeubles de son débiteur avec des créanciers à hypothèque *spéciale* sur chacun de ces immeubles ne peut se prévaloir *absolument* du principe de l'indivisibilité de l'hypothèque. — Examen des divers cas qui peuvent se présenter.

Droit Criminel.

1 Les Cours d'assises lorsqu'elles jugent par contumace et sans jurés peuvent admettre, même dans ce cas, les circonstances atténuantes. — (C. Inst. Cr. 470, 471).

2 Si le récidiviste dont il est question dans l'art. 57 n'a pas été condamné à la surveillance, par suite du premier jugement, il pourra néanmoins être soumis à cette peine, car les dispositions pénales de l'art. 58 sont applicables à toutes les récidives punissables correctionnellement.

Droit Commercial.

1 L'endosseur qui peut faire valoir la libération résultant de l'art 168, et qui malgré cela paie sur protêt tardif, peut exercer la *condictio indebiti,* car il ne reste pas soumis à une obligation naturelle.

2 Le porteur non payé n'a pas, en vertu de la lettre de change, un droit spécial sur la provision à l'exclusion des créanciers du tireur.

Droit Administratif.

1 Lorsqu'un terrain a été pris pour l'ouverture d'un chemin vicinal, le prix de ce terrain est de plein droit productif d'intérêts.

2 On peut imposer à un usinier l'obligation de démolir son usine si les besoins de la navigation viennent à l'exiger ; mais ce droit n'existe pas pour l'administration à l'égard des usines établies sur des cours d'eau non navigables ni flottables.

3 Au pouvoir judiciaire il appartient de déclarer l'illégalité de toute perception qui n'est pas nommément indiquée dans la loi budgétaire.

APPROUVÉ :
Le Doyen de la Faculté de Droit,
LAURENS.

VU ET APPROUVÉ :
Le Recteur de l'Académie,
A. VINCENS DE GOURGAS.

Toulouse. — Imprimerie BAYRET ET C^e^, rue Peyras, 12.