

39

# DISSERTATIONS

POUR

# LE DOCTORAT

PRÉSENTÉES

Par Paul CHALVET,

NÉ A PARIS.

39

---

DROIT FRANÇAIS. — *Des partages d'ascendants.*  
DROIT ROMAIN. — *De l'action de in rem verso.*

---

TOULOUSE,  
IMPRIMERIE DE A. CHAUVIN,  
RUE MIREPOIX, 3.

—  
1856.



GARRIGOU

82

DISSERTATION

1850

LE DOCTORAT

DE LA FACULTÉ DE MÉDECINE

DE LA FACULTÉ DE MÉDECINE

TOULOUSE

IMPRIMERIE DE A. CHATELAIN

1850

1850

GARRIGOU

PLAN DE LA THÈSE.

INTRODUCTION.

Considérations philosophiques et morales. —  
Détermination du sujet.

**DES PARTAGES D'ASCENDANTS.**

PARTIE HISTORIQUE.

THÈSE DE DROIT FRANÇAIS.

DROIT ROMAIN.

Généralités. — Aperçu des diverses phases de la législation romaine.

Section 1<sup>re</sup>. De l'ancien droit romain.

Des *lege per procreantia*.

Des *in bonis inter conjunctas personas*.

Des *legis per simplem actum scripti ou non scripti*.

Section 2. Droit des constitutions impériales.

Grande extension donnée à la volonté du père de famille par les empereurs Constantin et Théodose.

Section 3. Droit des *Novelles*.

Restrictions de Justinien. *Novelles 18 et 497.*

PLAN DE LA THÈSE

INTRODUCTION

CHAPITRE I. — Considérations philosophiques et morales  
sur l'ascendance.

DES PARTAGES D'ASCENDANCE

PARTIE THÉORIQUE

THÈSE DE DROIT FRANÇAIS

PAR M. X. Y.

Présentée à la Faculté de Droit de la Ville de Paris

le 10 Mars 1844

Par M. X. Y., Docteur en Droit

et Avocat à la Cour

à Paris, chez M. X. Y.,

notaire, rue de la Harpe, n. 123

et chez M. X. Y.,

notaire, rue de la Harpe, n. 123

Paris

chez M. X. Y.,

notaire, rue de la Harpe, n. 123

et chez M. X. Y.,

# PLAN DE LA THÈSE.

## INTRODUCTION.

**Considérations philosophiques et morales. —  
Détermination du sujet.**

### I.

## PARTIE HISTORIQUE.

### CHAPITRE PREMIER.

#### DROIT ROMAIN.

Généralités. — Aperçu des diverses phases de la législation romaine.

SECTION 1<sup>re</sup>. De l'ancien droit romain.

Des legs *per præceptionem*.

Des fidécummis *inter conjunctas personas*.

Du partage par simple acte écrit ou non écrit.

SECTION 2. Droit des constitutions impériales.

Grande extension donnée à la volonté du père de famille par les empereurs Constantin et Théodose.

SECTION 3. Droit des *Novelles*.

Restrictions de Justinien. *Novelles* 18 et 107.

## CHAPITRE II.

### TRÈS-ANCIEN DROIT FRANÇAIS.

Loi des Visigoths. — Loi salique. — Formules. — Capitulaires de Charlemagne. — Droit féodal. — Assises de Jérusalem. — Recueil des Olims.

## CHAPITRE III.

### LÉGISLATION DES PAYS DE DROIT ÉCRIT.

Persistance, dans le midi de la France, de la législation romaine. — Du testament *inter liberos*. — De quelques questions controversées.

## CHAPITRE IV.

### DROIT COUTUMIER.

- SECTION 1<sup>re</sup>. Des coutumes muettes.
- SECTION 2. De la coutume de Bourgogne.
- SECTION 3. Des coutumes du Nivernais et du Bourbonnais.
- SECTION 4. Des coutumes de Bretagne et de Normandie.
- SECTION 5. De la coutume de Poitiers.

## CHAPITRE V.

### APPENDICE AU DROIT COUTUMIER ET AU DROIT ÉCRIT.

Des Démissions de biens, sous l'empire de la coutume de Bretagne, dans les autres coutumes et le droit écrit.

## CHAPITRE VI.

### DROIT INTERMÉDIAIRE.

Lois des 17 nivôse an II et 5 germinal an VIII.

II.

**PARTIE DOCTRINALE.**

CHAPITRE PREMIER.

DE LA NATURE DU PARTAGE D'ASCENDANTS.

Caractère juridique de cet acte entre le père et les enfants,  
— et par rapport aux enfants entre eux.

Différences entre le droit romain, — le droit coutumier,  
— le Code Napoléon.

Bref aperçu sur les lois fiscales.

CHAPITRE II.

CONDITIONS DE VALIDITÉ DES PARTAGES D'ASCENDANTS.

SECTION 1<sup>re</sup>. Par quelles personnes un partage d'ascendants  
peut-il être fait? — *Quid des collatéraux?*

SECTION 2. Entre quelles personnes? — *Quid des enfants  
naturels?*

SECTION 3. Quels biens peut-il comprendre? — *Des clauses  
pénales. — De la règle de l'art. 832.*

CHAPITRE III.

DES EFFETS DU PARTAGE D'ASCENDANTS.

SECTION 1<sup>re</sup>. Des effets du partage testamentaire. — *La suc-  
cession qui s'ouvre est légitime. — Conséquences.*

SECTION 2. Des effets du partage entre-vifs.

§ 1<sup>er</sup>. Effets du partage pendant la vie de  
l'ascendant.

1<sup>o</sup> Rapport de l'ascendant et de ses descendants.

2<sup>o</sup> Rapports réciproques des descendants.

3<sup>o</sup> Rapports des tiers,

A. Avec l'ascendant.

B. Avec les descendants.

§ 2. Effets du partage après la mort de l'ascendant.

#### CHAPITRE IV.

DES ACTIONS EN NULLITÉ ET EN RESCISION QUI PEUVENT ÊTRE INTENTÉES CONTRE LE PARTAGE D'ASCENDANTS.

SECTION 1<sup>re</sup>. Des causes de nullité de rescision ou de réduction.

§ 1<sup>er</sup>. Omission d'un enfant.

§ 2. Lésion de plus du quart.

§ 3. Avantages à l'un des enfants au-delà de ce que permet la loi.

SECTION 2. Durée des actions en nullité, en rescision, en réduction contre le partage d'ascendant.

CONCLUSION.

## INTRODUCTION.

« *In die consummationis dierum vitæ*  
» *tuæ, et in tempore exitûs tui, distribue*  
» *hæreditatem tuam.* »

(ECCLES., XXXIII.)

La pensée de laisser à ses enfants les produits lentement amassés d'une laborieuse existence est un des mobiles les plus puissants de l'activité humaine. « Quel est le père de famille, dit Cicéron (1), qui ne » pense pas à l'immortalité de l'âme et en même » temps à cette immortalité terrestre qui consiste » dans la durée de la famille? — C'est dans cette » vue qu'il plantera des arbres pour un autre âge :

(1) *Tusculanes*, I, 44.

» *serit arbores, que alteri sæculo prosint* (1). »  
» En instituant la propriété personnelle, la société  
avait donné à l'homme le seul stimulant qui pût  
l'exciter à travailler. « Il lui restait une chose à  
» faire, c'était de rendre ce stimulant infini. C'est  
» ce qu'elle a voulu en rendant la propriété hérédi-  
» taire (2). »

Aussi, dans tous les temps, les législateurs ont  
proclamé et sanctionné le droit de la transmission  
des biens.

Mais, trop souvent, les familles n'offrent que le triste  
spectacle de discussions et de procès entre les enfants  
d'un même père, lorsqu'il s'agit de partager, après sa  
mort, le patrimoine commun.

Le sang les avait joints, l'intérêt les sépare.

« Il reste souvent, disait M. Bigot Prémeneu (3),  
» au père et à la mère de grandes inquiétudes sur les  
» dissensions qui peuvent s'élever entre leurs enfants.  
» Combien est douloureuse, pour un bon père, l'idée  
» que des travaux dont le produit devait rendre sa  
» famille heureuse seront l'occasion de haine et de  
» discordes. »

Dans le but de prévenir les luttes intestines et  
d'assurer, entre les enfants, l'union, qui est le vœu le

(1) Staius, in *Synephebis*. Voir Cicéron, *Tusculanes*, *ibid*.

(2) M. Thiers, *De la propriété*; chapitre X, *de l'influence de la  
propriété sur le travail*.

(3) Séance du 2 floréal an II.

plus cher du père de famille , la loi , dans tous les temps , a permis aux ascendans de faire d'avance la distribution de la fortune qu'ils doivent laisser à leur décès. Aussi le père de famille anticipe souvent sur l'avenir, et consent à ouvrir son hérédité comme s'il se survivait à lui-même. Sachant avec circonspection attribuer à chacun ce qui convient mieux à ses facultés, il règle équitablement le partage et fait taire les contestations.

Il pourra alors s'éteindre en paix ; car il emporte la consolation d'avoir assuré le repos de ses héritiers. Ceux-ci auront simplement à respecter la volonté suprême de leur auteur et pourront continuer de s'aimer sans être exposés à ces débats ardents , souvent haineux , qui surgissent entre des copartageants.

Toutefois , le partage entre-vifs a un danger provenant de l'ingratitude des donataires , et en vue duquel le donateur doit agir avec plus de prudence et moins d'abnégation.

Notre ancien droit avait signalé souvent ce danger, que le vieux Loysel résumait dans ces deux vers :

Qui le sien donne avant mourir,  
Bientôt s'appreste à moult souffrir (1).

L'histoire a recueilli des traits nombreux d'ingratitude. La poésie a immortalisé la détresse de ce roi

(1) Loysel , *Instit. cout.* , n° 668. Legrand , *Sur Troyes* , art. 59.

malheureux banni par ses filles, à qui il avait partagé son royaume (1). « Ces tristes enseignements, » dit un moraliste, sont faits pour susciter de douloureuses réflexions. — Que le père de famille partage ses biens entre ses enfants, rien n'est plus sage; mais qu'il ne se dessaisisse jamais (2). »

C'est le partage d'ascendants entre-vifs et testamentaire dont nous allons essayer d'étudier les règles dans cette thèse. Nous passerons en revue les phases successives qu'a subies, dans les diverses législations antérieures à la nôtre, cette institution juridique. Nous parcourrons ensuite les textes du Code Napoléon qui s'y rapportent, et nous en exposerons la doctrine.

La faculté accordée par la loi au père de famille d'opérer lui-même entre ses enfants le partage de ses biens se présente dans la doctrine et dans la jurisprudence les plus diverses des époques du droit,

(1) Shakspeare, *Le roi Lear*.

(2) *Meliùs ut te rogent, quàm te respicere in manus filiorum tuorum* (Voir Legrand, art. 59, de la *Coutume de Troyes*).

On lisait cette épitaphe sur un tombeau dans l'ancienne église des Cordeliers, à Troyes :

« Ci gist le seigneur Louis Duval, escuyer en son vivant, seigneur hault justicier, moyen et bas de la terre et seigneurie du Fay, lequel décéda en cette ville de Troyes, l'an 1602, qui de son vivant avait donné tous ses biens à ses fils, se réservant les usufruits pour lui, sa vie durant. — Il prie tous ceux qui liront cette mémoire de prier Dieu pour luy, et qu'ils ne fassent pas comme luy, car il s'en est fort mal trouvé. »

Épitaphe recueillie par Grosley, Duhalle et Courtalon, et citée par M. Arnaud (*Archéologie de l'Aube*, p. 409. Troyes, 1837.)

comme plus ou moins distincte du droit ordinaire de disposer.

D'après les données du sens commun, on ne se rend pas compte *à priori* de cette distinction ; car il est impossible de comprendre le partage sans une donation préalable du père à ses enfants, et il semble que le droit de partager ne peut être qu'une extension du droit de disposer. — Le père de famille, dans le partage, commence, en effet, par disposer, puis il complète sa disposition et en détermine la mesure et la portée.

On est donc en droit de se demander d'où provient le caractère d'institution propre et originale imprimé quelquefois si fortement au partage d'ascendants?

On peut trouver, ce nous semble, la réponse à cette question, et la cause de la distinction entre le droit de partager et de disposer, dans l'établissement *des règles spéciales et sévères qui forment, dans toute législation régulière, le régime propre des donations.*

La sévérité dont la loi a fait preuve en établissant *les règles de fond* des donations, en les assujettissant à des *formes préconstituées* requises pour la *substance* de l'acte, se justifie par les considérations suivantes.

La donation a sa cause dans l'affection, mobile souvent capricieux et passionné. Le législateur a donc pour devoir d'assurer un caractère sérieux, sincère, réfléchi à l'acte du donateur. Il doit protéger ce dernier contre la captation et les basses manœuvres.

vres de la cupidité. La donation trompe souvent l'attente des héritiers, détourne les biens de leur cours naturel, et peut empêcher quelquefois l'accomplissement d'obligations positives du donateur envers ses enfants ou ses ascendants. Le législateur ordonnera d'interpréter restrictivement la volonté de l'auteur de la libéralité pour atténuer autant que possible les fâcheux effets de l'attente trompée des héritiers légitimes; il l'annulera même si elle viole certaines obligations du donateur.

De là les règles :

Sur le rapport et la réduction (art. 843, 921); sur la capacité des parties contractantes (art. 901, 907, 909, 910, 1096, C. Nap.); sur les causes de résolution (art. 955, 960, C. Nap.); sur la transcription pour la translation de la propriété à l'égard des tiers (art. 959, C. Nap.); sur la solennité de la forme du contrat qui garantit l'exécution de toutes ces règles.

Dans le partage d'ascendants, par lequel le père de famille régleme entre ses enfants, par une simple ordonnance, la disposition légale des biens, il n'y a ni affections capricieuses à craindre, ni espérances légitimes qui puissent être déçues.

Le législateur n'a donc pas alors de règles si sévères à poser, de conditions si nombreuses à exiger. On comprend dès-lors que le partage d'ascendants puisse se différencier du droit ordinaire de disposer, et on s'explique ainsi le caractère propre de cette institution.

Si donc une législation hérisse le droit de disposer

de difficultés et de formes rigoureuses, le partage d'ascendants formera une institution tout-à-fait spéciale et distincte des donations. C'est ce qui arrivait dans le droit coutumier, qui avait tant de respect pour les liens de famille et voulait conserver le patrimoine aux héritiers légitimes. Aussi verrons-nous les partages faits par le père de famille prendre des formes particulières, s'assujettir aux règles les plus différentes selon les diverses coutumes, et se présenter même avec des principes tout nouveaux, dans la coutume de Bretagne, qui les appelait *Démissions de biens*.

Dans les législations, au contraire, qui simplifient le régime des libéralités, le partage d'ascendants ne se présente plus avec des règles aussi exclusivement propres et avec un caractère aussi tranché; il se rapproche du droit ordinaire de disposer, se confond quelquefois tout-à-fait avec lui, et lui emprunte *ses conditions, ses règles et formalités* (art. 1076, C. Nap.).

C'est ce qui est arrivé en droit romain ;

C'est ce qui existe dans le droit actuel.

de difficultés et de formes rigoureuses, le partage  
d'ascendants former une institution tout-à-fait spé-  
ciale et distincte des donations. C'est ce qui résulte  
dans le droit coutumier, qui avait tout de même  
pour les biens de famille et venait conserver les parts  
même aux héritiers légitimes. Ainsi venons-nous leur  
partages faits par le père de famille pendant des siècles  
mes particulières, s'assujettir aux règles les plus  
différentes selon les diverses coutumes, et se pré-  
senter même avec des principes tout nouveaux, dans  
la coutume de Bretagne, qui les appelle *Donations*  
de biens.  
Dans les législations, au contraire, qui simplifient  
le régime des libéralités, le partage d'ascendants ne  
se présente plus avec des règles quasi exclusives  
propres et avec un caractère aussi tranché et irrépro-  
chable du droit ordinaire de disposer, se bornant  
quelquefois tout-à-fait avec lui, et lui empruntant ses  
conditions, ses règles et ses formes.  
C'est ce qui est arrivé en droit romain.  
C'est ce qui existe dans le droit actuel.  
C'est ce qui résulte de l'usage.  
C'est ce qui résulte de la législation.  
C'est ce qui résulte de la coutume.  
C'est ce qui résulte de la jurisprudence.  
C'est ce qui résulte de la doctrine.  
C'est ce qui résulte de l'équité.

## PREMIÈRE PARTIE.

---

# PARTIE HISTORIQUE.

---

### CHAPITRE PREMIER.

#### **Droit romain.**

*Defuncti dispositio custodiat, etiamsi  
solemnitate legum fuerit destituta.*

(CONSTANTIN, loi 26, *Code familiae  
erciscundæ.*)

*Patres substantiam dividere putantes, ut  
à fraterno certamine filios præservent, ad  
majores adhuc et sæviore eos contentiones  
adducunt..... Oportet providere cautela fi-  
liorum.*

(Nouvelle 18, chap. VII.)

**1. GÉNÉRALITÉS.** — Les deux textes qui viennent d'être cités résument l'histoire du droit romain sur la matière des partages d'ascendants.

Le partage de l'hérédité du père de famille se faisait, dans l'origine, exclusivement au moyen d'un testament qui devait être revêtu de toutes les formalités exigées par la loi. La rigueur du droit civil primitif fut tem-

pérée tout d'abord par la faculté qu'eut l'ascendant de partager au moyen de fidéicommis.

Bientôt on dispensa des formes solennelles le testament, en tant qu'il ne faisait qu'un partage des biens entre des enfants. On voulut que la volonté du père de famille fût respectée, de quelque manière qu'il l'eût manifestée (1).

2. Mais cet état de choses ne put pas durer. On vit surgir bien vite des abus nombreux et la confusion la plus grande. *In tantam ingressi sunt obscuritatem ut divinantibus magis quàm interpretantibus hæc egerent* (2). Au lieu des dissensions entre les enfants, qu'on voulait prévenir, on arriva *ad majores adhuc et sæviores inter eos contentiones*. Les nouvelles 18 et 107 vinrent alors porter des restrictions aux dispositions du Code, et créer la législation nouvelle et spéciale des testaments *inter liberos*.

Tels ont été les changements successifs de la législation romaine. Il sera facile de les constater en étudiant sur notre matière les divers textes du *Digeste*, du *Code* et des *Novelles*.

#### SECTION I<sup>re</sup>.

ANCIEN DROIT ROMAIN. — DES LEGS PER PRÆCEPTIONEM.  
— DES FIDÉICOMMIS. — DES PARTAGES SANS ÉCRITS.

3. A. *Premier mode de partage. Testamentum jure perfectum. Legs per præceptionem.* — La législation

(1) Loi 26, *de familiæ erciscundæ*.

(2) Nouvelle 107, *præfatio*.

romaine, telle qu'elle résultait de la loi des XII Tables, ne reconnaissait pas les partages des ascendants comme institution spéciale; mais le droit commun des testaments fournissait à tout citoyen, qui avait une hérédité à transmettre, le moyen de la distribuer et de la répartir entre ses héritiers.

Le citoyen romain avait, en effet, le pouvoir de disposer de son patrimoine comme il l'entendait. *Uti legássit pater familias super pecunia, ità jus esto*, portait la loi des XII Tables.

4. Le père de famille qui veut partager son hérédité entre ses enfants fait donc un testament *jure perfectum*, contenant des legs *per præceptionem*, ou des institutions *ex certis rebus* (1), et opère ainsi l'*attribution*, à chacun des cohéritiers, des valeurs qui composent son patrimoine (2). Cette disposition, qui n'avait d'ailleurs rien de spécial aux ascendants (3), évitait aux héritiers les dangers et les embarras d'un partage.

5. Dans le cas où le testateur avait partagé ses créances, les cohéritiers de celui à qui une créance avait été attribuée pouvaient être forcés, par l'action *ex testamento*, de lui céder leur action (4). — C'était moins un partage qu'une disposition de dernière volonté, si bien que le testateur pouvait omettre un ou plusieurs de ses héritiers. Il pouvait leur distribuer

(1) Loi 35, ff. *de hered. instit.* (38-5) Ulpien.

(2) Papinien, loi 33, ff. *familiæ erciscundæ*. — Ulpien, ff. loi 3, § 4, *ad Trebellianum*.

(3) Cujas, sur la loi 33, *familiæ erciscundæ*.

(4) Argum. des lois 3 et 4, ff. *familiæ erciscundæ*.

son patrimoine dans telles proportions que bon lui semblait; sa volonté était souveraine et faisait loi d'après les XII Tables.

6. La loi Falcidie vint apporter les premières restrictions à la faculté qu'avait le père de famille de partager inégalement ses biens. Cette loi décidait que les legs mis à la charge d'un héritier ne pourraient jamais excéder les trois quarts de sa part sous peine de réduction (1).

7. La disposition de dernière volonté du père de famille avait quelques-uns des effets d'un partage ordinaire. Ainsi chaque héritier avait droit à la garantie des objets qui lui avaient été assignés (2).

Quant aux dettes, lorsque le testateur avait gardé le silence sur ce point, chaque héritier en était tenu, non pas *pro modo emolumentis*, en proportion de ce qu'il avait retiré du partage, mais, indépendamment de la distribution faite par le testateur de l'actif, proportionnellement au montant de sa vocation. « Ces assignations » d'objets déterminés, dit un auteur, ne sont, en » effet, que des legs particuliers, lesquels n'obligent » point par eux-mêmes à supporter une portion quel- » conque des dettes du testateur (3). »

8. B. *Deuxième mode de partage d'ascendants. Des fidéicommiss inter conjunctas personas.* — La ressource que présentait le droit commun, de partager au moyen

(1) ff. 35, § 1, — et ff. 78, de *hered. instit.*

(2) Argum. de la loi 39, § ult., *familia erciseunda*, ff.

(3) M. Genty. — *Traité des partages d'ascendants.* — ff. loi 35, § 1, de *hered. instit.*

d'un testament *jure perfectum*, était insuffisante pour le but que se proposait le père de famille.

Les formes solennelles du testament, la difficulté de leur observance exacte, les chances de rupture qui en résultaient, devaient faire désirer au père d'avoir un moyen plus simple de faire exécuter sa volonté par ses enfants.

Le moyen se présentait même dans les limites du droit commun par la voie du fidéicommiss (1). — Dans ce mode, même latitude pour le testateur de disposer de ses biens, et, de plus, des formes simples ne prévalant jamais sur l'intention du disposant

9. Il était d'ailleurs conforme à la nature du fidéicommiss d'être plus particulièrement obligatoire du père aux enfants. *L'officium pietatis* fut, en effet, insensiblement sanctionné par le droit, et nous trouvons de bonne heure cette règle formulée dans les sentences de Paul :

« *Filio quibuscumque verbis à patre, fideicommissum*  
» *relictum jure debetur* : — *Sufficit enim inter conjunctas*  
» *personas quibuscumque verbis, ut in donatione volun-*  
» *tas expressa, et ideò etiam pridè quàm moriatur rectè*  
» *relictum videtur* (2). »

10. Les dispositions du père de famille, même édictées au moyen de fidéicommiss, pouvaient donner lieu encore à des contestations nombreuses. — Par exemple,

(1) Scævola, loi 39, § 4, ff. *famil. erisc.* — Diocl. et Maxim., loi 6, Code *de inoffic. don.* (3, 29). — Papin., loi 7, § 8, *de legatis*, 2<sup>o</sup>.

(2) Paul, lib. IV, titre I<sup>er</sup>, *de fideicommissis*, § XII.

si les enfants venaient à la succession *ab intestat*, le fidéicommiss qui leur était imposé comme héritiers testamentaires n'était pas obligatoire pour eux, à moins d'une clause spéciale (1).

De même, tout testament qui était imparfait ne pouvait pas imposer de fidéicommiss, à moins d'une clause expresse. C'est ce qui résulte de nombreux textes au *Digeste* et de constitutions impériales (2).

11. Les enfants pouvaient donc facilement faire annuler dans certains cas le testament paternel, et ils conservaient, malgré l'introduction des fidéicommiss, les armes que pouvait leur fournir la subtilité du droit.

C'était une inconséquence manifeste à laquelle Constantin vint le premier remédier, ainsi que nous allons le voir. Mais avant d'examiner ses constitutions, disons quelques mots d'un autre mode de partage que la pratique avait introduit.

12. C. *Troisième mode de partage d'ascendants. Partage par un simple acte écrit ou non écrit.* — Cette espèce de distribution, que ne reconnaissait pas le droit commun, n'était permise qu'aux ascendants, et même, dans l'origine seulement, à ceux qui avaient leurs descendants sous puissance (3).

Le père de famille, sans dresser de testament, faisait la distribution de ses biens entre ses enfants,

(1) Paul, ff. loi 84, *de legatis* 2<sup>o</sup>.

(2) Voir loi 29, Paul, ff. *Qui testamenta facere possunt*, 28-1. Ulpien, ff. loi 4, *de jure codicillorum*, 29, 7.

(3) Argum. des lois 20, § 3, *famil. erciscundæ*, 39, § 4 et 5 ff. *eodem titulo*.

en leur présence et avec leur assentiment. Ce cas dut se présenter souvent dès que l'usage se fut établi de laisser aux fils de famille, sous le nom de Pécule, la jouissance ou l'administration d'une portion de biens (1).

13. Ces assignations, faites par le père, avec ou sans écrit, étaient insuffisantes pour transférer aux enfants la propriété des lots qui leur étaient destinés. Ce n'était donc pas une donation entre-vifs, mais un acte qui ne devait avoir un effet définitif qu'à la mort du père, acte essentiellement révocable jusqu'à cette époque.

14. Si cet acte n'avait pas été révoqué, le juge devait le maintenir. — Le père était censé avoir voulu remplir l'office de juge. — Ces principes sont résumés dans la loi 20, § 3, au *Digeste*, *familiæ erciscundæ* : « *Si pater inter filios bona divisit, non videri simplicem donationem, sed potius supremi judicii divisionem.* »

15. L'idée d'ouverture anticipée de la succession reste complètement étrangère à la législation romaine. La preuve en est dans le fait, qu'après la distribution entre-vifs entre ses enfants, le père instituait ordinairement héritiers ces mêmes enfants (2), et était obligé de confirmer dans son testament l'acte d'appportionnement qu'il avait fait pendant sa vie, surtout quand les parts d'héritiers étaient inégales.

16. Mais bientôt le respect dû à la volonté du père de famille et la faveur attachée à ces actes finirent par l'emporter sur les règles rigoureuses du droit civil. —

(1) Loi 39, ff. *de peculio*.

(2) Loi 39, § 5, ff. *familiæ erciscundæ*.

Quand bien même l'acte de partage n'aurait pas été confirmé par testament, le juge était obligé de suivre la distribution réglée par le père de famille. — Cette distribution n'avait pas besoin même d'être faite par acte écrit, il suffisait que la volonté du père eût été clairement manifestée (1). C'était là évidemment un privilège en faveur de la puissance paternelle (2). C'est ce privilège, dit M. Genty (3), qui est « l'origine des partages d'ascendants considérés comme formant une institution spéciale et un genre particulier de disposition. »

17. On aurait peut-être pu ranger ce mode de partage par simple acte dans la classe des fidéicommiss *ab intestat*, mais il est évident qu'il ne fut pas envisagé ainsi par Papinien et les autres jurisconsultes qui en font mention. — On peut en donner deux preuves :

1<sup>o</sup> Si ce mode de partage eût été un fidéicommiss *ab intestat*, l'usage en aurait été permis à tout le monde, car le fidéicommiss est de droit commun. Or, la disposition du partage n'était valable qu'autant qu'elle avait été faite par le père de famille « *qui in domo dominium habet* » entre les enfants soumis à sa puissance. — La distribution par simple acte d'un lot à un étranger, eût été radicalement nulle (4).

(1) Loi 1, Code théod., *familiæ eriscundæ*.

(2) Le droit de partager par simple acte écrit ou non écrit ne fut accordé que plus tard aux autres ascendants et à la mère, sous Théodose.

(3) Introduction historique au *Traité des partages d'ascendants*.

(4) Argnm. l. 20, § 3, ff. *familiæ eriscundæ*, 39, §§ 1 et 5 ff. *codem titulo*.

2° Si cet acte du père de famille eût été un *fidei-commis ab intestat*, il aurait été exécuté au moyen de la procédure exceptionnelle (*extra ordinem*) des fidéi-commis. Il n'en était nullement ainsi, et les textes portent positivement que la distribution, faite par le père de famille, était exécutée par la procédure ordinaire, au moyen de l'action *familiæ erciscundæ*.

18. Ce partage des biens du père de famille entre ses enfants ne conférait à chacun des descendants un droit irrévocable à la part assignée, qu'après la mort du disposant.

Ce dernier, pendant sa vie, restait exposé à l'action des créanciers. — A sa mort, les enfants apportionnés devaient être tenus à l'égard des tiers pour leur part héréditaire.

19. Ils pouvaient sans doute exercer les uns contre les autres un recours pour la différence qui pouvait exister entre leur part héréditaire et le lot qui leur avait été assigné. — Ce recours était exercé en vertu des stipulations qui avaient dû intervenir entre eux lors de la confection de l'acte de partage, et, à défaut d'une convention expresse, par l'action *prescriptis verbis* (1).

20. Le père de famille, dans cette distribution qu'il faisait entre ses enfants, n'était nullement tenu de conserver l'égalité (2), sauf à lui à respecter la légi-

(1) Telle est la portée de la loi 20, § 3, au *Digeste*, de ce beau texte comme l'appelle Dumoulin. Titre II, lib. X, *familiæ erciscundæ*.

(2) Lois 10, 16, Code *familiæ erciscundæ*.

time de chacun. — Il pouvait laisser aussi une partie de ses biens indivise. A sa mort, les biens non divisés étaient répartis entre les enfants d'après leur vocation à la succession (1).

21. Il ne saurait être question, en droit romain, de partages entre-vifs faits par les pères entre leurs enfants en puissance. Il pouvait arriver que le père leur délivrât les lots de son vivant, mais il en conservait toujours la propriété et la disposition. Ce partage suivi de tradition ne transférait que la jouissance; la propriété n'était acquise par les enfants qu'à la mort de leur auteur. *Non videri simplicem donationem*, disait Papinien, *sed potius supremi judicii divisionem* (2).

## SECTION II.

DROIT DES CONSTITUTIONS IMPÉRIALES. — LATITUDE PLUS GRANDE ACCORDÉE AU PÈRE DE FAMILLE PAR CONSTANTIN ET THÉODOSE.

22. L'empereur Constantin pensa tarir une source de procès en décidant, par une constitution de l'année 321, que les écrits contenant partage dont les auteurs avaient entendu faire des testaments, bien que nuls comme testaments, n'en vaudraient pas moins entre les héritiers siens ou ceux que le préteur appelle au même rang.

(1) Loi 23, ff. *familiæ erciscundæ*. — Loi 24, Code *eodem titulo*. — Loi 44, Code *eodem titulo*.

(2) Voir Cujas. — Godefroy — sur la loi 20, § 3, ff. *fam. erciscundæ*.

23. Vainement objecterait-on que l'acte qualifié testament, ne pouvant valoir comme tel, ne peut revêtir aucune autre qualité et doit s'évanouir. La volonté du père prévaudra sur toutes les subtilités du droit, et le partage qu'il aura fait sera confirmé. « *Defuncti dispositio custodiatur, etiamsi solemnitate legum hujusmodi dispositio fuerit destituta* (1) ».

24. Ainsi, de cela qu'un acte contenant disposition de biens, au profit des enfants, sera qualifié de *testament*, il ne résultera pas que les règles du droit strict concernant les dispositions de dernière volonté lui soient applicables. L'acte imparfait qualifié testament vaudra autant que ces écrits qu'on n'a jamais prétendu entourer de solennités, et qui tirent leur force de la seule volonté du défunt.

25. Constantin ne posait pas là un principe nouveau, il ne faisait que développer les principes admis depuis longtemps pour les fidécumms *inter conjunctas personas*; cependant les interprètes y voient une innovation capitale, et la création du *testament inter liberos*.

Nous ne trouverons cette dernière institution que dans les *Novelles* de Justinien; c'est là et alors seulement que ce testament apparaît pour la première fois.

26. Les imperfections que pouvait présenter le testament du père de famille, sans que l'efficacité des dispositions qu'il contient au profit des enfants puisse être atteinte, ne sont nullement déterminées dans la consti-

(1) Voir loi 4, Code théod., *familiæ erciscundæ*.

tution de Constantin; cependant, de la loi 1, au Code de Théodose, *familix eriscundæ*, on peut induire que ces imperfections ne devaient porter que sur l'écriture ou les paroles. — Il est évident que si elles portaient sur la volonté, elles suffiraient pour empêcher la validité du testament. — « La volonté, dit Furgole, doit » être parfaite, et non douteuse ni incertaine. »

27. La loi 21, § 1, au Code *de Testam.*, porte que les dispositions contenues dans un testament imparfait, au profit de personnes étrangères, sont sans aucune espèce de valeur. Cela résulte, en effet, de la constitution de Constantin qui ne créait de privilège qu'en faveur des enfants.

28. Théodose et Valentinien, dans une constitution générale sur les testaments, disposent : « *Ex* » *imperfecto testamento voluntatem teneri defuncti,* » *nisi inter solos liberos habeatur, non volumus.* »

Cette disposition fut interprétée comme étendant aux ascendants, en général, et conséquemment à la mère, la même faveur que Constantin avait accordée au testament du père de famille (1).

29. Quant aux partages faits par simple acte écrit ou non écrit, les constitutions impériales donnèrent à la mère le droit de les opérer comme le père de famille. Ce partage essentiellement révocable, mais obligatoire pour les enfants, si l'ascendant n'avait pas changé de volonté, pouvait contenir des inégalités plus considéra-

(1) Titre IX. Collection de *Novelles* de Cujas à la suite du Code théodosien. Préface de la nouvelle 407.

bles que l'acte fait entre ses descendants par le père de famille.

Vis-à-vis leur mère les enfants n'avaient pas, en effet, de légitime, et si l'un d'eux avait été omis, il n'avait nullement le droit de se plaindre.

### SECTION III.

#### DROIT DES NOVELLES. — RESTRICTIONS DE JUSTINIEN.

30. Les constitutions de Constantin avaient accordé de trop grands privilèges aux dispositions par voie de partage. Les formes dans lesquelles devait se produire la volonté du disposant n'étant plus réglées, des abus nombreux s'introduisirent. En voulant prévenir la discorde dans les familles, on avait ouvert la porte à des dissensions bien plus graves. — Par une réaction trop vive contre les subtilités de l'ancien droit des testaments, la législation impériale n'avait pas craint d'affranchir les dernières volontés de l'homme de toutes les garanties destinées à en assurer l'expression sincère. Une grande confusion s'ensuivit et devait s'ensuivre. — Justinien ne tarda pas à revenir sur l'œuvre de ses prédécesseurs, qu'il avait lui-même accueillie d'abord.

31. Dans la nouvelle 18, chap. 7, Justinien déclare que les partages faits par simple acte ne seront valables qu'autant qu'ils auront été faits par écrit, auront été revêtus de la signature de l'auteur du partage et de celle de tous les enfants, et contiendront l'énumération de tous les objets partagés.

Cet acte ainsi fait, la volonté de l'ascendant sera certaine, et l'*arbiter familiæ eriscundæ* devra la faire exécuter, dit Justinien (1).

32. Dans la nouvelle 107, Justinien crée une espèce particulière de testament, appelée *testamentum inter liberos*. — Dès-lors les règles qui faisaient produire des effets au partage contenu dans un testament irrégulier, sont remplacées par des dispositions de la nouvelle qui organise une législation spéciale.

33. Le testament *inter liberos* doit être fait par écrit. La date, le nom des enfants, les portions qui sont assignées par le testateur, doivent être écrits de la main de ce dernier.

Une disposition au profit d'une personne étrangère peut être valablement faite dans un testament *inter liberos*, mais dans ce cas des témoins seront nécessaires. Ils devront être au nombre de cinq, ainsi que les lois l'exigent pour la validité des legs ordinaires.

34. Quand il n'y aura de dispositions qu'en faveur des enfants, la présence d'aucun témoin ne sera exigée.

En effet, la nouvelle 18 et la nouvelle 107 énumérant limitativement les formes qui doivent entourer la volonté de l'ascendant, ne mentionnent pas la présence des témoins; tandis que la nouvelle 107 l'exige quand il s'agit de dispositions au profit d'étrangers. — Il faut en

(1) Loi 39, § 5, *eodem titulo*, ff. *famil. erisc.* Code, loi 21,

conclure que la présence de témoins est inutile dans un testament *inter liberos tantum* (1).

35. Les inégalités étaient permises dans le partage d'ascendant, et on comprend cette disposition dans le droit romain, où l'on veut, avant tout, que la volonté du père de famille soit respectée, et qu'un enfant ne puisse pas, sous le prétexte que sa part n'est pas égale à celle de son cohéritier, remettre en question le partage opéré par son père (2).

Le partage dans lequel un enfant a été omis n'est pas nul; seulement les enfants omis ou prétérits ont le droit de réclamer leur légitime (3).

36. Telles sont les règles principales qui régissent le testament *inter liberos*, créé par Justinien. Nous retrouverons cette espèce de testament en étudiant le partage d'ascendants dans les pays de droit écrit.

(1) *Contrà* Cujas, *Consultatio prima*. — Hotomanus, conf. 15. — Maynardus, conf. 5, chap. XV. *Secus* Furgole, n<sup>o</sup> 49. FABER, *de cad.* 35, *error.* 2.

(2) Loi 8, Code *de inoffic. testam.*

(3) Lois 32, 36, Code *eodem titulo*.

---

## CHAPITRE II.

### Très-ancien droit français.

*Præcipiente patre, divisionem ab eo factam durare.*

(*Capitulaires de Charlemagne, liv. VII, ch. 248.*)

37. Vers la fin du cinquième siècle, l'occupation des Gaules était accomplie. Les Bourguignons, les Visigoths, les Francs avaient successivement franchi le Rhin, apportant sur le territoire gaulois leurs mœurs et leurs coutumes. La nécessité d'une codification de ces coutumes se fit bientôt sentir parmi les peuples barbares. Elle eut lieu au septième siècle, et prit pour base les usages germaniques; les évêques chrétiens en furent les guides; les lois romaines, les modèles.

38. Dans le code rédigé avec le concours du clergé, en 649, par Chinsdawinth, pour ses sujets visigoths, on reconnaît facilement l'influence du droit romain. La matière des testaments y est longuement traitée, et le testament *inter liberos* est l'objet de quelques dispositions (1).

(1) Lib. IV, titre II, legg. VIII. Canciani, *Leges barbarorum antiquæ. Codex legis Visigothorum.*

« Les partages d'ascendants étaient autorisés par les  
» mœurs de toute antiquité; mais les parents devaient  
» observer l'égalité entre leurs enfants, dit Gonde-  
» baud, rédacteur de la loi des Burgondes (1). »

39. On trouve dans la loi salique des moyens détournés de transmettre l'hérédité; mais, sur la matière des partages de succession, la loi des Francs saliens (2), pas plus que celle des Francs ripuaires, ne contient aucune disposition (3). Le partage d'ascendants est mentionné dans le recueil des *Formulae veteres*, du moine Marculfe (4); mais pour trouver un texte précis, il faut ouvrir le livre VII des *Capitulaires*, que les rois de la première et de la deuxième races promulguèrent à titre de lois générales pour tous les peuples soumis à leur domination.

Au chapitre CCXLVIII, on lit :

« *Nulli quidem de bonis usurpandis vivorum, nec*  
» *dividendis contra bonos mores, concessa licentia est;*  
» *sed præcipiente patre, divisionem ab eo factam durare,*

(1) *Lex Burgundiorum nuncupata Gundebada.* — Recueil de Canciani, titre IV, page 4 et suiv. Voir le titre I<sup>er</sup> de la loi Gombette, titres LI, LXXVIII et LXXXVI; conférer avec le titre I<sup>er</sup> du Papien, dont la rédaction se place entre la loi Gombette et l'an 534.

(2) Loi salique, titre XLVIII, *de affatomiæ.* — Voir Ducange, v<sup>o</sup> *traditio.*

(3) Voir Pardessus, page 721, *Dissertation sur la loi salique.*

(4) Voir chap. XXI, Recueil Marculfi Monachi *formularum*, liv. II, form. 14; *Appendix*, form. 19; Recueil de Sirmond, form. 25; de Mabillon, form. 54.

» *si modo, usque ad extremum ejus vivendi spatium,*  
« *voluntas eadem perseverasse doceatur* (1). »

40. Les lois barbares étaient en général *personnelles*, c'est-à-dire qu'elles n'avaient été écrites que pour les conquérants, et que les vaincus avaient pu conserver leurs anciennes lois et leurs usages juridiques.

Dans la Gaule méridionale, il n'en était pas partout de même. La loi romaine, fondue dans le *Bréviaire* d'Alaric, avait conservé le caractère de loi *réelle et territoriale* dans le territoire de Toulouse, de l'Aquitaine et du pays qualifié plus tard la Provence, par dérivation indicative de l'ancienne province romaine(2).

— La *lex Visigothorum*, promulguée en Espagne vers le milieu du septième siècle, ne fut suivie, en effet, que dans la Septimanie (3). Ce Code n'était pas exclusif de la loi romaine, qui était devenue loi personnelle dans cette contrée, que l'on appelait indifféremment Gothie ou Septimanie au huitième et neuvième siècles, « *Septimaniam seu Gothiam*, » dit deux fois Charlemagne dans son testament (4).

(1) Cette citation est faite, d'après Brodeau, sur Louet, v<sup>o</sup> partage. — Le passage du capitulaire, qui est de Charlemagne, semble tiré de la loi dernière, au Code *de pactis*.

(2) M. Laferrière, 2<sup>e</sup> vol., liv. III, époque gallo-romaine.

(3) Voir Canciani, *Préface de la loi des Visigoths*.

(4) M. Laferrière, tome II, liv. III, époque gallo-romaine: « C'est » ainsi que se concilie l'opinion de Montesquieu (*Esprit des Lois*, » liv. XXVIII, chap. VII) et de l'abbé de Gourcy, dit M. Laferrière, sur le caractère réel et territorial du droit romain, avec » ceux qui ont prétendu que le droit romain était devenu une loi » personnelle. »

41. Si donc la *personnalité* du droit romain avait passé dans la Gothie avec le Code visigothique, la *réalité* avait subsisté du moins dans toutes les autres parties de la Gaule méridionale avec le Code d'Alaric II (1).

42. En 864 apparaît, pour la première fois, dans un édit de Charles-le-Chauve (2), la séparation législative entre la France du nord et la France du midi, limitées à la Loire. — Le droit germanique était celui que suivait la majorité des habitants du nord de la France; le droit romain, celui de presque tous les peuples du midi. Le système de la personnalité des lois anéanti, le droit germanique subsista dans le nord de la France, et le droit coutumier, qui s'établit bientôt, se ressentit de son influence. Le droit romain persista dans le midi. On appela pays de droit écrit ceux qui étaient régis par cette législation.

43. Le droit féodal, expression d'une société qui vint transformer l'Europe, contribua à la chute de la personnalité des lois. — Ce droit nous serait presque totalement inconnu aujourd'hui, sans un monument législatif destiné à un pays bien éloigné de la France. — Les croisades, cette grande épopée de la féodalité, ont

(1) On établit ce dernier point au moyen du *commonitorium* du *Bréviaire* d'Alaric, compilation de droit romain. *In foro tuo nulla alia lex... proferri nec recipi præsumatur*. Voyez encore Cassiodore, *Variarum*, VIII, 3. *Et Gothis et Romanis apud nos esse jus commune*. Contra Savigny, *Histoire du droit romain au moyen-âge*, traduction de Guénoux, tome I, chap. III, et tome II, chap. II.

(2) *Edictum pistense*.

donné naissance à cet ouvrage qui est le plus pur et le plus ancien des monuments de l'ancien droit français. Les assises de Jérusalem, rédigées par les croisés au onzième siècle, sous le souvenir récent des coutumes françaises, en étaient l'expression fidèle. Elles disparurent dans le pillage de Jérusalem, en 1187, par Saladin, mais nous en avons des commentaires contemporains de la rédaction.

44. Les assises sont muettes sur le partage d'ascendants. Elles contiennent, du reste, peu de dispositions sur la puissance paternelle.

Deux textes, l'un de Pierre de Fontaines, l'autre de Philippe de Beaumanoir, nous démontrent que le droit féodal reconnaissait au père le droit de partager ses fiefs entre ses enfants, mais après assentiment du seigneur.

» Par nostre usage, dit Pierre de Fontaines (1),  
» puet li frans doner à ses enfanz le tierz de son  
» franc-fief em partie, et si départir entre ses enfanz,  
» combien qu'il en ait. »

45. Le Recueil des *Olim*, dans une espèce assez curieuse qui se réfère à l'année 1254, nous fait connaître quelques-uns des caractères du partage dans le droit féodal (2).

Le comte d'Angoulême s'était engagé par transac-

(1) Chap. XXXIV, n° 2, édit. Marmier. — Voir Philippe de Beaumanoir, coutume de Beauvoisis. Chap. XIV, n° 24, édit. Beugnot, p. 234. — Comparez encore Beaumanoir, chap. XLVII, n° 44, et Pierre de Fontaines, chap. XV.

(2) Voyez encore *Olim*, tom. I, n° 20, édit. Beugnot, p. 411.

tion envers Pierre Bauderons, à lui concéder, à titre de fief, la terre de Monsac.

Le comte meurt; Pierre Bauderons attaque la comtesse d'Angoulême comme ayant *la garde* de ses petits-enfants mineurs, représentant eux-mêmes le fils aîné du comte prédécédé.

La comtesse objecte qu'avant la transaction le comte d'Angoulême avait partagé entre-vifs cette terre entre ses deux fils puînés Godefroy et Guillaume.

Les juges décidèrent en faveur de Pierre Bauderons; mais pourquoi? Parce qu'après enquête, il fut reconnu que le comte, qui avait bien réellement partagé entre ses deux fils la terre de Monsac, avant la transaction intervenue entre lui et Bauderons, la *tenait et possédait* encore à l'époque de cette transaction. Le comte d'Angoulême avait pu, dès-lors, révoquer le partage, ce qu'il avait tacitement fait en s'engageant vis-à-vis de Pierre Bauderons à lui concéder la terre qui en avait fait l'objet.

46. Ne peut-on pas induire des motifs de cette décision que, dans le droit féodal, d'abord, le partage fait par le père entre ses enfants est valable quand il y a même un enfant omis, car le fils aîné avait été préterit, le partage ayant eu lieu entre les deux fils puînés seulement; en second lieu, que le partage peut être révoqué par le père; en troisième, que si le père a pu révoquer le partage dans l'espèce et valablement engager l'immeuble, c'est qu'il le possédait et tenait à cette époque; qu'en conséquence, s'il ne l'avait pas tenu et possédé, il aurait perdu le droit de révocation du par-

tage. Voilà une première trace du partage avec des-saisissement actuel.

47. Mais tous ces effets du partage ne sont et ne peuvent être que des conjectures, à cause de l'absence de documents précis sur cette période. Nous arrivons maintenant à une époque où les monuments sont abondants et positifs; c'est l'époque de la rédaction officielle des coutumes.

La diversité des lois antérieures, l'ignorance des juges, quelquefois des rivalités locales, occasionnèrent leur fractionnement à l'infini. Soixante coutumes générales et environ trois cents locales se partagèrent le sol de la France coutumière. On conçoit que nous ne les étudierons pas toutes; d'ailleurs, on retrouve dans beaucoup d'entre elles des principes identiques, déguisés seulement sous une rédaction différente.

48. Les coutumes de Bourgogne, de Bourbonnais et de Nivernais, de Normandie et de Bretagne, accessoirement celle de Poitiers, nous occuperont spécialement. Ce sont ces coutumes qui sont entrées pour la meilleure part dans la composition du droit commun de la France sur notre matière.

Mais, avant de les aborder, nous devons jeter un rapide coup-d'œil sur la législation des pays où avait persisté le droit romain.

### CHAPITRE III.

#### Législation et jurisprudence des pays de droit écrit.

« Il n'y a point de matière qui soit plus em-  
» brouillée dans les écrits des interprètes que  
» celles des testaments des ascendants en fa-  
» veur de leurs descendants que l'on appelle  
» *inter liberos*. »

(FURGOLE, *Testam.*, ch. II, § 1, n° 30.)

49. La persistance des principes du droit romain, quant au droit de disposer, empêcha tout développement original de l'institution des partages d'ascendant dans les pays de droit écrit.

Le testament *inter liberos* du droit romain resta en vigueur dans le midi de la France. — Mais la nouvelle 107 de Justinien, qui avait créé ce mode de disposition, donna lieu aux plus grandes controverses exégétiques, qui sont loin d'avoir un grand intérêt juridique, et n'ont pas peu contribué à embrouiller la matière, comme dit Furgole.

50. On peut signaler de nombreux arrêts de parlements du Midi, qui prouvent l'usage et l'application exclusive des règles de la législation romaine.

C'est ainsi que le parlement de Provence rendait, le 28 avril 1659, un arrêt, par lequel, en se fondant sur

les lois romaines, il décidait « qu'un partage de biens, » fait par le père entre ses enfants, ne pouvait être par » eux débattu, sauf la demande de leur supplément » de légitime (1). »

51. Le testateur devait, ainsi qu'en droit romain, écrire de sa propre main la date de l'acte, le nom de ses enfants, les portions qu'il leur assignait. — La question de savoir s'il fallait la présence de témoins dans le testament *inter liberos*, se discutait encore dans les pays de droit écrit. — L'opinion de Cujas, celle d'Hotoman et de Maynard, sur la nécessité de témoins, était vivement combattue par Furgole, Jason (2) et Faber.

52. L'égalité n'avait pas besoin d'être observée par le père. Il en était de même en droit romain. On avait cependant discuté sur cette question devant le parlement de Toulouse, mais le président Favre trouvait les discussions sur cette question tout-à-fait inutiles. « *Vero* » *intelligimus*, dit-il, *valdè otiosam et ridiculam esse* » *questionem. Quid prodest factam esse à patre divi-* » *sionem, si non aliter valet quàm servata inter liberos* » *æqualitate* (3)? »

53. A l'exemple du droit romain, dans les pays de droit écrit, le testament *inter liberos* se distinguait du partage par simple acte. Furgole insiste sur leur diffé-

(1) Boniface, tome I, liv. I, titre XIII, chap. II.

(2) Jason, *ad legem fin. Code de fideicom.* — Voir dans la partie de droit romain les autres autorités citées.

(3) *Decad.* 35, *error.* 3.

rence. Lebrun, dans son *Traité des successions* (1), les a confondus, ainsi qu'on peut l'induire du passage suivant : « Le père, dit-il, qui fait le partage, doit instituer ses enfants et exprimer les onces pour lesquelles il les fait ses héritiers. » Cela n'est requis, dit Furgole, que dans le testament *inter liberos*, et non dans les actes de partage par simple acte, qui sont un mode de disposition bien différent.

54. Ferrière, sur la nouvelle 107 (2), enseigne que le partage serait nul si quelqu'un des enfants était prétérit. Furgole combat vivement cette opinion, en disant que la disposition du père de famille n'est pas un testament ordinaire où il soit nécessaire de faire mention de tous les enfants, ni de les instituer, mais un acte qui doit valoir comme codicille ou comme donation à cause de mort, et que la prétérition d'un enfant ne saurait annuler. Ce dernier pourra seulement demander sa légitime à laquelle les ascendants ne peuvent porter aucune atteinte. Quand le lot, laissé à un des enfants, ne remplit pas sa légitime, « le partage » ne laisse pas d'être bon, ajoute Furgole, mais l'enfant qui se trouve lésé peut demander le supplément de légitime, au paiement duquel tous les enfants doivent contribuer au sol la livre, à proportion chacun de leur portion; et cela par mon avis doit toujours avoir lieu en pays de droit écrit, parce que n'y ayant pas d'héritier par forme de

(1) Liv. IV, chap. Ier, nombre 8.

(2) Chap. III, nombre 4.

» quote, on ne peut pas régler les charges par portions héréditaires. »

55. Tous actes de partage *inter liberos* devaient être exécutés de quelque façon qu'ils eussent été faits, pourvu que les formalités extérieures requises par les *Novelles* y eussent été observées.

56. Considérés ordinairement dans les pays de droit écrit comme des donations à cause de mort, les actes de partage d'ascendants pouvaient être révoqués malgré la signature et le consentement des enfants, « *ambulatoria est enim voluntas defuncti usque ad vitæ su-* »  
» *premium exitum* (1). »

57. Des auteurs ont pensé que la faculté accordée aux parents de diviser leurs biens entre leurs enfants était le résultat de la puissance paternelle. — « Ces » auteurs ont équivoqué, dit encore Furgole, et cela » ne peut pas être susceptible de doute dans les pays » de droit écrit, puisque la nouvelle 107 accorde cette » faculté, non-seulement au père, mais encore à la » mère et à tous les ascendants de l'un et l'autre sexe, » sans aucun égard à la puissance paternelle. » On peut en conclure que le droit de faire valablement un partage de ses biens était, dans les pays de droit écrit, un privilège du lien du sang en ligne directe. Aussi les partages entre collatéraux n'étaient nullement permis dans le midi de la France.

58. La garantie est de la nature du partage ordi-

(1) Loi 4, ff. de *adimendis vel transferendis legatis*, 34, 4. Voir Lebrun, *Des successions*, liv. IV, ch. 1<sup>er</sup>, nombre 42.

naire, quand même elle n'aurait pas été stipulée (1), à moins qu'on n'y eût expressément renoncé (2). Mais est-elle due dans le cas du partage par le père entre ses enfants? — C'était un point sur lequel les auteurs étaient loin d'être d'accord dans les pays de droit écrit. — Les uns veulent que la garantie soit toujours une conséquence de l'acte de partage; ce sont Dupérier et M. de Catellan (3); d'autres, tels que Peregrinus (4) et Menochius (5), soutiennent que la garantie n'est pas due par l'enfant apportionné, à son frère, à moins que l'éviction n'arrive avant la délivrance du lot de celui qui est évincé.

Plusieurs autres auteurs proposent la distinction suivante :

Un testateur institue ses enfants héritiers dans un testament *inter liberos*. Puis, par un acte bien distinct, il assigne à chacun leurs lots; le père remplit là les fonctions d'expert. — Pas de doute que la garantie ne soit due : c'est une espèce d'échange que ce partage qui n'est que l'exécution de la volonté du testateur (6).

Mais supposons un acte dans lequel aucun enfant n'est institué héritier, mais où chaque enfant est seulement apportionné d'un lot déterminé; c'est là une

(1) Loi 25, § 21, ff. *familiæ erciscundæ*.

(2) Loi 14, Cod. *eod. título*.

(3) Dupérier, tom. I<sup>er</sup>, lib. II, question 2. — Catellan, liv. V, ch. LXVI.

(4) *De fideicom.*, art. 52, n<sup>o</sup> 53 et suiv.

(5) Lib. IV, *Præsumpt.*, 118.

(6) Loi 77, § 8, ff. *de legatis*, 2<sup>o</sup>.

série de dispositions par préciput. — Aucune idée d'échange entre les copartageants ne saurait être admise, conséquemment aucune espèce de garantie, car celle-ci n'a jamais lieu dans les libéralités par préciput (1).

59. Cependant si, après l'éviction, le fils évincé n'avait pas sa légitime, Cujas enseigne, sur la loi 77 précitée, que cet enfant pourrait attaquer ses copartageants, mais non pas au moyen de l'action en garantie, seulement au moyen d'une action en supplément de légitime (2).

60. L'ordonnance de 1735 fit cesser les controverses, dans les pays de droit écrit, sur la nouvelle 107. Le partage dut être fait toujours en présence de deux notaires ou tabellions, ou d'un notaire avec deux témoins, ou bien par acte entièrement écrit, daté et signé de son auteur (art. 16).

61. On a pu le remarquer, la législation était uniforme et l'institution du partage d'ascendants sans originalité dans le droit du midi de la France ; il n'en était pas de même dans les pays coutumiers, où la prohibition du droit de disposer entre les héritiers présomptifs, les réserves coutumières, la distinction des biens en propres et acquêts, devaient nécessairement donner au partage d'ascendant un caractère nouveau, particulier et bien différent de celui que nous lui avons vu en droit romain.

(1) Loi 35, § 4, ff. *de hæred. instit.* Loi 24, Code *famil. ercisc.*

(2) Voir Furgole, tom. III, ch. VIII, sect. I.

## CHAPITRE IV.

### Droit coutumier.

« Permettre le partage, ne serait pas à propos  
» ès provinces où les pères et mères et autres ne  
» peuvent avantager aucun de leurs enfants plus que  
» les autres ; car un d'entre eux plus hargneux,  
» auroit occasion de dire l'un des lots être de plus  
» grande valeur ou de plus grande incommodité  
» que les autres. »

GUY COQUILLE.— *Institution au droit français*, page 128, édit. de 1666.

62. Beaucoup de coutumes admettaient le partage d'ascendants ; d'autres n'en traitaient nullement ; nous appellerons ces dernières, suivant la locution consacrée, Coutumes muettes. Parmi elles se trouvait notamment la Coutume de Paris. — Les coutumes qui autorisaient expressément le partage étaient :

Dans le nord de la France, les coutumes d'Artois (1), de la gouvernance de Douai (2), de Péronne (3) et de Lille (4).

A l'est, celle de Lorraine (5).

(1) Art. 85.

(2) C. II, art. 39.

(3) Art. 107.

(4) Tit. V, art. 58.

(5) Titre des Testaments, art. 4.

Dans le midi des pays coutumiers, les coutumes de Bourgogne (1), de Bourbonnais (2), de Nivernais (3), de Poitou (4).

A l'ouest, celle de Bretagne (5).

Les coutumes de Bourgogne, de Bourbonnais, de Poitou et de Bretagne, feront chacune l'objet d'une section spéciale.

63. L'acte de partage, qui se faisait communément par un acte notarié en présence de deux témoins, ou par un acte sous seing privé, écrit, daté et signé de l'ascendant, ne se confondait jamais, en droit coutumier, avec un testament; — de même que dans le droit romain, il n'était point un acte d'attribution, mais de simple distribution. — Celui qui avait partagé ses biens pour après son décès, n'en mourait pas moins *intestat*; son partage laissait subsister la succession légitime; ses descendants restaient donc héritiers, et ne devenaient pas simples légataires (6).

64. En conséquence, l'enfant qui renonçait à la succession ne pouvait prétendre, à titre de légataire, aux biens qui lui avaient été assignés pour son lot. « Chacun, disait Coquille, prendra en qualité d'héritier; et s'il ne prend en qualité d'héritier, il n'aura rien. »

(1) Titre VII, art. 6 et suiv.

(2) Art. 246.

(3) Chap. XXXIV, art. 17.

(4) Art. 249.

(5) Art. 560.

(6) Voir M. Genty : *Traité des partages d'ascendants*, page 23, n° 22.

65. Si l'ascendant n'avait pas partagé le passif, ceux des enfants qui acceptaient étaient tenus, comme en droit romain, non point en raison de l'émolument que leur procurait le partage, mais en raison de leur part héréditaire.

66. Dans toutes les coutumes, le partage était nul, dit Auroux des Pommiers, lorsque l'un des descendants avait été omis, contrairement à ce qui s'était pratiqué en droit romain.

#### SECTION I.

##### DES COUTUMES MUETTES.

67. Un assez grand nombre de coutumes défendaient d'avantager un des héritiers plus qu'un autre. — Ces coutumes étaient dites *coutumes d'égalité*. Elles se subdivisaient elles-mêmes en coutumes d'égalité parfaite ou absolue et en coutumes d'égalité simple, selon l'égalité plus ou moins rigoureuse qu'elles imposaient. On comprend que, sous l'empire des règles de ces diverses coutumes, le partage d'ascendants ne pouvait exister comme institution de droit permanente et définie. Le texte de Coquille, cité tout-à-l'heure, en donne un des véritables motifs. Reconnaître à un ascendant le droit de faire un partage, c'était, en outre, lui ouvrir une voie indirecte pour se soustraire à la prohibition de la coutume et porter atteinte à l'égalité prescrite entre les cohéritiers.

68. Cependant quelques-unes de ces coutumes admi-

rent expressément le partage d'ascendants, mais avec des restrictions que nous aurons occasion de remarquer; mais le plus grand nombre garde le silence sur l'institution qui nous occupe.

Dans ces dernières, les actes de dernière volonté étant assujettis à des formalités prescrites à peine de nullité, et le partage d'ascendants n'étant l'objet d'aucune exception, les ascendants qui voulaient faire un partage entre leurs enfants ne devaient pas pouvoir se dispenser d'accomplir ces formalités (1); dès-lors, le partage du père entre ses descendants ne pouvait avoir aucun caractère particulier.

69. Cependant, l'influence du droit romain, l'exemple des coutumes voisines, des considérations d'équité l'emportèrent en fait sur la rigueur du droit.

« Le plus souvent, dit Papon, partages de père et » mère entre leurs enfants, y ayant à peu près gardé » égalité et légitime save, sont observés (2). »

« *Si bona dividerit pater ipsemet*, disait Mornac (3), » *non ita facile discedunt iudices à paterno iudicio.* »

70. De plus, dans les coutumes muettes, le partage d'ascendants fut, en fait, favorablement reçu par la doctrine et la jurisprudence, qui jugèrent convenable de le dispenser des formes, règles et maximes auxquelles les coutumes soumettaient les dispositions de dernière volonté.

(1) Voir M. Genty, *Traité des partages d'ascendants*, page 31, n° 29.

(2) Papon, liv. XV, titre VII, n° 7.

(3) Sur la loi 20, ff. *familiæ erciscundæ*.

71. Dans celles de ces coutumes qui permettaient l'inégalité entre enfants, le père pouvait faire une division de son patrimoine comme il l'entendait, sauf à respecter la légitime.

Pour les coutumes d'égalité parfaite, la moindre inégalité pouvait faire rescinder le partage; mais en fait, sinon en droit, on pouvait poser ce principe, que « l'égalité ne se prend pas arithmétiquement; il suffit » qu'il n'y ait pas une disproportion considérable, » nous assure Boullenois (1).

## SECTION II.

### COUTUME DE BOURGOGNE.

72. De toutes les provinces de France, la Bourgogne est celle où l'on rencontre les documents les plus complets pour suivre le développement historique des partages d'ascendants.

Déjà, dans la période barbare, elle nous présentait des documents précis sur notre matière. — Si l'on en croit les traditions du pays, attestées par les juriscultes du dix-septième et du dix-huitième siècles, l'influence du droit romain, déjà sensible dans la loi Gombette, n'aurait cessé de s'étendre, et le duché de Bourgogne aurait joui pendant plusieurs siècles de toute liberté dans l'exercice du droit de tester. « Mais,

(1) Voir, sur les coutumes muettes, Lebrun, *Successions*, liv. IV, chap. Ier, n° 44; — Ricard, *Donations*, n° 4653; — Legrand, sur *Troyes*, art. 95. Voir M. Genty, *Traité des partages d'ascendants*, n° 29.

» dit Davot (1), l'exemple des provinces voisines, où  
» les réserves coutumières s'étaient établies, ne laissa  
» pas dans la suite d'en introduire aussi parmi nous. »

73. « L'on ne puet faire ses héritiers meilleur l'un  
que l'autre, » disait déjà l'art. 224 de la *Très-ancienne  
coutume*, que le président Bouhier présume remonter  
au temps de saint Louis (2).

« Le testateur, disait l'art. 5, titre VII, de la cou-  
tume de 1459, ne peut, par testament ni ordon-  
nance de dernière volonté, faire l'un de ses vrais  
héritiers légitimes, et qui, *ab intestat*, lui doivent  
succéder, meilleur l'un que l'autre. »

74. La jurisprudence des arrêts avait corrigé cette  
rigueur en permettant au père de famille de faire à  
son fils des donations avec dispense de rapport (3).

La coutume réservait à tous les héritiers, sans dis-  
tinction, le tiers de leur part héréditaire à titre d'insti-  
tution (4). — L'étendue de cette réserve et l'obligation  
de maintenir l'égalité entre les cohéritiers empêchait le  
partage d'ascendants de prendre une organisation fran-  
che et précise. La noblesse en fit l'objet de vives récla-  
mations aux Etats provinciaux de 1569, et revendiqua,  
comme un de ses droits les plus chers, l'ancienne  
liberté de tester (5).

(1) *Sur Bourgogne*, tome V, page 343.

(2) Tome I, page 432.

(3) Voir procès-verbaux pour la réformation de la coutume, séance  
du 4<sup>er</sup> juin 1569, titre 1<sup>er</sup> du président Bouhier.

(4) Titre VII, art. 2, 3, 4.

(5) Voir procès-verbaux, 1<sup>er</sup> volume du président Bouhier.

75. Huit articles furent alors ajoutés au titre des successions ; l'on abrogea les réserves au profit des collatéraux et l'obligation d'observer l'égalité absolue entre eux (1).

76. Quant aux enfants, le premier article ajouté statuait en ces termes :

« Entre gens nobles, le père et la mère dûment  
» autorisée, ou la mère après le trépas de son mari,  
» peuvent partir et diviser tous et chacun leurs biens,  
» meubles et immeubles, entre leurs enfants émanci-  
» pés ou en puissance, et vaut ladite disposition et  
» partage, sans que lesdits enfants puissent aller au  
» contraire, pourvu que cette disposition et partage  
» soit faite vingt jours avant le trépas desdits père ou  
» mère, autrement ne vaudra, et demeurera la succes-  
» sion *ab intestat*. »

Cet article ne parlait que des gens nobles, mais il fut étendu sans difficulté aux roturiers, car, dit Martin, cité par Davot : « Le tiers état voyant la noblesse ré-  
» solue à ce changement et que ceux de l'Eglise y  
» adhéraient, il fut avisé, en une assemblée solennelle,  
» tenue en l'hôtel de ville, à Dijon, que la loi qui  
» semblait être particulière serait faite générale pour  
» les trois états. »

77. Le parlement de Bourgogne n'accueillit pas avec faveur la clause relative à la survie de vingt jours, et

(1) Ce sont les art. 6 à 13 de la dernière rédaction ; ces articles furent intercalés dans l'ancien texte qui ne fut pas mis d'accord avec les additions. — Voir notamment l'art. 5 précité.

ne voulut, le 9 décembre 1575, homologuer les articles ajoutés qu'en refusant tout effet à la clause qui présumait que vingt jours avant la mort les facultés intellectuelles de l'ascendant étaient affaiblies, et que le testateur avait pu céder plus facilement alors à des suggestions ou captations : « Il fut représenté au parlement que si l'article n'était pas admis en plein, il » faudrait en revenir à l'ancienne coutume encore plus » gênante; la modification du 9 décembre fut levée, et » l'homologation prononcée par un autre arrêt du 15 » du même mois (1). »

78. Les prévisions du parlement, sur les difficultés qu'occasionnèrent la clause de survie, se réalisèrent bientôt; — on chercha à restreindre sa portée; on ne l'appliqua pas, par exemple, aux partages dans lesquels les père et mère observaient l'égalité (2).

D'une autre part les parties cherchèrent tous les moyens possibles pour éluder la règle de la survie. — Dans la crainte de ne pas survivre vingt jours, une mère morcela le partage en autant de dispositions particulières qu'elle avait d'enfants. « Tout tomba, dit » Davot (3); la fraude était évidente. »

Au moyen d'institution contractuelle, on chercha encore à se dispenser de la condition de survie; le parlement décida alors que les institutions contractuel-

(1) Voir Bouhier, tome I, page 98.

(2) Taisand, sur *Bourgogne*, art. 6. — Arrêt du parlement de Bourgogne du 24 janvier 1613.

(3) Page 346.

les devaient être assujetties à la clause de l'article de la coutume (1).

79. Les enfants seuls pouvaient recevoir au moyen d'un partage d'ascendants. — Les père et mère pouvaient introduire les plus grandes inégalités dans le partage; les enfants lésés n'avaient que leur action en supplément de légitime (art. 7).

Le partage devait être de tous les biens. Il pouvait être exécuté pendant la vie du père. — Ce mode de partage anticipé n'était pas prévu par la coutume, car la règle de survie prouve bien que la coutume n'avait en vue que des partages subordonnés au décès.

80. On avait douté : « Lorsque le disposant, père »  
» ou mère, n'est pas demeuré dans les simples termes »  
» d'une disposition de dernière volonté, mais qu'il a »  
» passé plus avant par la tradition réelle faite à ses »  
» enfants de ses biens, si un tel partage était révoca- »  
» ble, parce qu'il semble que la tradition lui fasse »  
» changer de nature et lui fasse prendre celle d'une »  
» donation entre-vifs (2). » — Taisand invoque à l'appui de cette opinion l'intérêt des tiers qui auraient traité avec les enfants. « Néanmoins, ajoute-t-il, les »  
» derniers arrêts ont jugé que tous partages étaient »  
» révocables, quoique la tradition s'en soit suivie, et »  
» que la coutume, donnant la liberté de révoquer aux »  
» père et mère, ceux-ci ne faisaient injure à personne »  
» en usant de leur droit (3). »

(1) Arrêt du 31 mars 1729.

(2) Taisand, *sur Bourgogne*, art. 8, n° 4.

(3) Voir des arrêts des années 1614, 1622, 1657, 1658.

81. La révocabilité du partage cessait seulement lorsque la disposition était faite par contrat de mariage; mais cessait-elle à l'égard de tous les enfants? — Ici on ne peut donner de solution certaine à cause de la discussion qui existe entre les auteurs.

Taisand (1) se prononce pour l'affirmative, en disant « que le contrat de mariage est une loi que les père et mère se sont faite. » Il cite à l'appui des arrêts du parlement de Paris de 1625 (2) et de 1688.

Lebrun (3) et Coquille (4) se rangent du côté de la négative; ils apprécient, selon nous, plus sainement l'effet des actes, qui ne doit exister qu'entre les parties contractantes.

82. La coutume de Bourgogne disposait encore que la légitime devait toujours être laissée aux enfants mâles en corps héréditaires; elle pouvait être payée aux filles en deniers clairs. « On peut remarquer, » ajoute Taisand (5), par occasion et en passant, que « c'est le seul avantage que notre coutume donne aux » enfants mâles, préférablement aux filles. »

### SECTION III.

#### DES COUTUMES DE BOURBONNAIS ET DE NIVERNAIS.

83. La coutume de Bourbonnais a été publiée pour

(1) Voir l'art. 5, note 2, page 412.

(2) *Journal des Audiences*, tome I, liv. I, chap. LVIII.

(3) *Successions*, liv. III, chap. II, nos 12-14.

(4) *Sur Nivernois*, titre des donations, art. 12.

(5) Taisand, sur l'art. 7, note 4, page 437.

la première fois en l'année 1500, réformée en l'année 1521; — elle contenait dans son article 216 toutes les dispositions relatives aux partages de père et de mère. C'est cet article qui a servi de type aux réformateurs de la coutume de Bourgogne. — En voici le texte :

« Le père et la femme autorisée ou la mère après le »  
» trépas de son mari et usant de ses droits, peuvent, »  
» durant leur vie, jusqu'à quarante jours avant leur »  
» trépas, partir et diviser leurs biens meubles et im- »  
» meubles entre leurs dits enfants, soit en puissance »  
» ou non, et tient et vaut telle disposition et partage, »  
» et ne peuvent les dits enfants aller au contraire, »  
» sinon que par le dit partage ne fut venu moins »  
» que de leur légitime. Et est tel partage et division »  
» ambulatoire et révocable jusqu'au trépas du dispo- »  
» sant, après lequel les dits enfants et chacun d'eux »  
» se peuvent dire et maintenir saisis et vêtus des cho- »  
» ses à eux venues par ledit partage; et se peut »  
» bailler la dite légitime en choses certaines, et s'il »  
» était moins délaissé à l'un des enfants que sa dite »  
» légitime, elle est suppléée par les autres enfants »  
» *pro rata*, ledit partage demeurant au résidu en sa »  
» force et vertu. »

On trouve des dispositions analogues dans la coutume de Nivernais, titre XXXIV, art. 17.

84. Ce pouvoir, conféré au père et à la mère, n'était pas étendu aux autres ascendants, à moins d'une concession expresse de la loi municipale. — Entre collatéraux, un partage d'ascendant ne pouvait pas intervenir. — Auroux des Pommiers cite un arrêt, en date

du 14 août 1587, rendu sous l'empire de la coutume de Bourbonnais, qui annule un partage fait par un oncle entre ses neveux.

85. Cette restriction, au père et à la mère, de la faculté de partager pour après leur mort, existe aussi dans la coutume de Bourgogne; mais cette restriction a, sous l'empire de la coutume de Bourbonnais, une portée bien plus grande, à cause de la prohibition de l'art. 217 de la coutume dont nous nous occupons.

« Le père et mère ou l'un d'eux, ne peuvent donner entre-vifs à leurs enfants hors contrat de mariage. » — « *Idem de ascendantibus favore æqualitatis,* » avait ajouté Dumoulin, et cette interprétation avait prévalu.

Dans la coutume de Bourgogne, nous avons vu que l'on autorisait les donations entre-vifs même avec dispense de rapport; la prohibition de disposer entre ses héritiers, dans la coutume de Bourbonnais, donne donc un grand intérêt à la concession expresse du droit de partage. Cette prohibition des donations entre-vifs des père et mère aux enfants était telle, que, sauf par contrat de mariage, et sauf la donation faite à un enfant pour son entrée en religion, il n'était pas permis au donataire de renoncer à la succession pour s'en tenir à son don (1).

86. Dans la coutume de Nivernais, le partage était permis même aux collatéraux.

87. La légitime, dans la coutume de Bourbonnais,

(1) Auroux des Pommiers, sur l'art. 217.

s'estimait au temps du décès. — Elle devait nécessairement consister *in corporibus hæreditariis*, dit Papon, sur l'art. 216 de la coutume.

88. Le partage produit les effets de la délation de l'hérédité *ab intestat*, les enfants sont saisis et jouissent de l'accroissement.

89. Le partage des père et mère est essentiellement révocable; mais ce principe reçoit exception quand le partage est fait par contrat de mariage, mais seulement à l'égard de l'enfant futur époux. — La révocabilité du partage cesse encore, dit Brodeau (1), quand le partage est exécuté par le père et la mère en faisant la *tradition* réelle de leurs biens sous la simple réserve d'une pension, sauf à augmenter la pension s'il y a lieu.

« Ce que le lieutenant général de Nevers ayant ainsi jugé par sentence de 1641, je l'ai trouvé fort juridique, et ai conseillé d'y acquiescer. »

Auroux des Pommiers, développant cette doctrine, insiste sur les avantages d'une disposition stable, et sur les garanties dues aux tiers; mais, ajoute-t-il aussitôt, au n° 29, « si le père malgré la tradition réelle n'a pas prétendu donner un effet présent à son partage, la disposition comme œuvre d'une volonté toujours ambulatoire, demeure toujours révocable. »

(1) Brodeau écrit sur la coutume de Nivernais, qui contient des dispositions analogues à celle de Bourbonnais. — D'ailleurs, Auroux des Pommiers s'approprie la doctrine de Brodeau en la citant et l'appliquant à la coutume qu'il commente.

Mais Auroux oublie de nous dire quelle sera la présomption pour discerner la volonté du père.

D'un autre côté, Davot (1) atteste qu'en Bourbonnais comme en Bourgogne, le partage réel était révocable. — Nous ne devons voir dans ces opinions contradictoires qu'un effet de l'hésitation de la jurisprudence avant l'établissement de la doctrine des démissions de biens, telle qu'elle se répandit à la fin du dix-septième siècle, et fut formulée définitivement au dix-huitième.

90. Les principes de la survie du disposant sont encore les mêmes qu'en Bourgogne, sauf la durée du délai, qui est de quarante jours au lieu de vingt.

#### SECTION IV.

##### COUTUME DE BRETAGNE.

91. La coutume de Bretagne, dans sa dernière rédaction, témoigne d'un bien plus grand développement juridique que la plupart des autres coutumes du royaume.

Dans les coutumes de Bourgogne, de Nivernais, de Bourbonnais, que nous avons étudiées jusqu'ici, l'inégalité dans le partage était permise au père de famille, et le descendant qui avait reçu moins que les autres n'était admis à se plaindre qu'autant que sa légitime ne se trouvait pas entière. — Cette plainte était exercée au moyen, non pas d'une action en nullité,

(1) Tome 5, page 326.

mais seulement d'une action en complément de légitime.

92. Il n'en était pas ainsi dans la coutume de Bretagne. L'inégalité dans le partage n'avait pu y être autorisée à cause du principe de l'ancien droit français, défendant les avantages entre héritiers. Le partage fait par l'ascendant était donc rescindable pour lésion, dès qu'une égalité parfaite n'avait pas été conservée entre les enfants (1)

C'était un point admis dans les coutumes d'égalité, qui autorisaient ce mode de disposition. On conçoit combien il occasionnait de difficultés, et combien « d'enfants hargneux, comme disait Guy Coquille, » trouvaient moyen de dire l'un des lots être de plus » grande valeur ou de plus grande incommodité que » les autres. »

93. La coutume de Bretagne régla la matière des partages avec une rare précision ; et pour mettre fin à tous les procès occasionnés par l'impossibilité d'atteindre dans les partages l'égalité mathématique, elle indiqua, la première, la fraction que le juge devait négliger lorsque l'évaluation du père de famille était contestée (2), disposition éminemment sage, sans laquelle l'institution du partage ne pouvait avoir la moindre stabilité.

« Le père noble (3), dit l'art. 560, pourvu de sens,

(1) Voir d'Argentré, *sur Bretagne*, art. 256.

(2) Boullenois assure qu'il ne connaît aucune disposition de ce genre dans les autres coutumes.

(3) Disposition étendue aux roturiers.

» pourra, par l'avis et conseil de quatre parents de  
» ses enfants, deux paternels et maternels, partager  
» lesdits enfants de son vivant, laissant à son aîné, fils  
» ou fille, la principale maison, et tiendra ledit par-  
» tage après sa mort, s'il n'appert qu'il l'ait révoqué  
» par testament, ou autre déclaration faite par écrit,  
» pourvu qu'aucun de ses enfants ne soit lésé ni grevé  
» outre la sixième partie de sa légitime; et s'il veut  
» partager ses enfants aux biens de leur mère, le  
» pourra faire, elle vivante et consentante, et non  
» autrement. »

94. Les autres coutumes prirent pour règle le chiffre déterminé par la coutume de Bretagne. Cette inégalité était, d'après d'Argentré, celle qui était censée résulter de l'erreur; car « si c'eût été sciemment et à des-  
» sein que l'auteur du partage y eût introduit des  
» inégalités, ce partage n'aurait pas dû faire autorité,  
» parce que la coutume pardonne à l'erreur et non à  
» la fraude (1). »

95. Nous n'insisterons pas maintenant davantage sur la coutume de Bretagne. Les partages subordonnés au décès du père de famille y avaient, à part les différences que nous venons de mentionner, le même caractère que dans les coutumes de Bourgogne et de Bourbonnais.

96. Quant aux partages suivis de tradition, ils se présentent en Bretagne avec un caractère tout-à-fait nouveau, et ont donné naissance à une institution qui

(1) D'Argentré, sur *Bretagne*. Voyez le *Commentaire d'Hévin*.

a eu une telle importance dans le droit coutumier, et une telle influence sur notre législation actuelle, que nous l'exposerons dans un chapitre spécial.

#### SECTION V.

##### COUÛME DE POITIERS.

97. Nous avons cru devoir consacrer quelques lignes à la coutume de Poitiers, non pas que le partage d'ascendants y eût une physionomie propre et différente du partage des autres coutumes, mais à cause d'une disposition de l'art. 219 du coutumier de Poitou, qui est contraire au droit commun de la France, et qui a exercé la sagacité des jurisconsultes dans le but de l'é luder.

La coutume de Poitou, dans son art. 219, porte :  
« Les père et mère ne peuvent faire partage de leurs  
» propres entre leurs enfants ou héritiers outre leur  
» volonté. »

Mais l'art. 216 permettait la donation, même inégale, entre les enfants, de tous les biens meubles et acquêts immeubles.

98. Au moyen de cet article, Dumoulin, Chartier et de Chappes proposèrent un expédient pour éluder la rigoureuse exigence de l'art. 219.

Pour cela, le père donnait tous ses meubles et acquêts à un des enfants; puis il partageait ses propres entre tous, avec cette clause, que, si les enfants agréaient le partage des propres, la donation faite à l'un d'eux serait comme non avenue.

Des arrêts de 1597 et 1613 accueillirent ce moyen (1) et favorisèrent la volonté du père de famille. — Boucheul va même jusqu'à assurer que l'alternative de suivre le partage fait par le père ou d'abandonner tout droit aux biens disponibles se suppléa dans la jurisprudence. Coquille émet la même opinion (2).

99. Beaucoup de difficultés s'élevèrent aussi sur l'interprétation des nouvelles 18 et 107, non-seulement dans les pays de droit écrit, mais encore dans les pays coutumiers qui ne s'expliquaient pas sur les formes du partage d'ascendants.

L'ordonnance de 1735 vint mettre fin à toutes les incertitudes.

Une forme précise fut ordonnée par elle, non-seulement pour les testaments *inter liberos*, mais encore pour les partages ordinaires. La forme du testament *inter liberos* fut établie pour tous les actes de partage d'ascendants, c'est-à-dire que la rédaction d'un acte public, reçu par un notaire et deux témoins, fut exigée, ou tout au moins un acte sous seing privé écrit en entier par le testateur. — Les tribunaux n'eurent plus le droit de confirmer les partages nonobstant le défaut de formalité. — La forme prescrite par la loi devait être observée sous peine de nullité (3).

100. L'ordonnance de 1735 prohiba les testaments

(1) Voir Boucheul, Le Rat, Touveneau, sur l'art. 246 de Poitou; — Brodeau, sur Louet, n° 24; — Valin, sur Rochelle, art. 42.

(2) Coquille, sur Nivernois, art. 47, titre des successions.

(3) M. Genty, *Traité des partages d'ascendants*, page 37.

mutuels et conjonctifs , mais excepta de cette prohibition les testaments contenant partage par le père et la mère. — Nous verrons s'il en est encore de même sous l'empire du Code Napoléon.

## CHAPITRE V.

### Appendice au droit coutumier et au droit écrit. — De la démission de biens.

« *Dimissio, juris Britannici singularis,*  
» *ut exteris ignota, nostris verò hominibus*  
» *paucissimis quidem fontibus cognita.* »

(D'ARGENTRÉ, *Cout. de Bretagne*,  
au titre des *appropriances*).

101. La démission de biens, ou l'acte par lequel le père de famille règle entre ses enfants sa propre succession, au moyen d'une *expropriation effective*, comme disait Coquille, figure dans le droit commun de la France, au dix-septième et au dix-huitième siècle, parmi les institutions les plus usuelles comme les plus importantes.

« L'usage en a été si fréquent parmi nos ancêtres, dit d'Argentré sur l'art. 271 de la *Coutume de Bretagne*, qu'il y a peu de personnes qui n'en trouvent dans leurs anciens titres (1). »

Le parallélisme qui existe entre cette institution et le partage d'ascendants, et parfois sa grande ressemblance avec lui, l'influence que ce genre de disposition

(1) *Coutume de Bretagne*, avec les *Commentaires* de d'Argentré, traduits par Hévin. Rennes, 1746.

eut plus tard sur le Code Napoléon, nous oblige à ne pas passer sous silence la démission de biens.

102. Son origine est toute française. — On en trouve les premières traces au chapitre CCXXXIII de la *Très-ancienne coutume de Bretagne* (1). C'était dans ce pays que s'étaient maintenus avec le plus d'intégrité les usages celtiques. *Donation à titre universel de tous les biens au profit de tous les héritiers présomptifs*, tel était le caractère de la démission de biens. Pour en exprimer les effets d'une manière saisissante, on disait que « *c'était une ouverture anticipée de la succession.* »

103. Au point de vue juridique, elle formait une institution d'une nature indécise. — Ayant un effet actuel, ce ne pouvait être une disposition testamentaire; soumise au système des successions pour la dévolution des biens, ce ne pouvait être une donation entre-vifs.

104. « Père et mère, porte l'art. 537 de la *Coutume de Bretagne*, et autres personnes se pourront démettre en tout ou partie de la propriété de leurs biens, avec rétention de l'usufruit d'iceux (2) en faveur de leur héritier présomptif (3), principal et noble (4), et sera

(1) Dans les deux premières éditions de la *Coutume de Bretagne*, on ne trouve pas la démission de biens expressément réglementée. Ce n'est que lors de la dernière réformation de la coutume en 1580, que, sur les vives instances de d'Argentré, plusieurs articles lui furent consacrés.

(2) Ou sans rétention (extension de la jurisprudence. Voir arrêt de 1625 rapporté par Poullain-Duparc).

(3) Direct ou collatéral (arrêt de 1625).

(4) Ou roturier (arrêt de 1592. Voir Poullain-Duparc, sur l'art. 537).

» la démission *bannie* par trois dimanches consécutifs  
» à l'issue de la grand'messe, certifiée devant le juge  
» et enregistrée au greffe... et ce fait en la forme sus-  
» dite. Les contrats d'aliénation qui seront faits depuis  
» lesdites démissions seront de nulle valeur, et néan-  
» moins lesdites démissions, le seigneur jouira des  
» rachats et autres profits de fief, par le *décès* de ceux  
» qui se seront démis. »

105. Pour bien apprécier la portée de la démission de biens sous la *Coutume de Bretagne*, il faut savoir que, d'après les plus vieilles traditions, toute donation faite à un héritier présomptif retombait dans la succession du donateur lors de son décès, et cela à l'égard de tous les créanciers héréditaires aussi bien qu'à l'égard des cohéritiers du donataire (1). Pour affranchir les biens donnés du rapport à l'égard des créanciers postérieurs à la donation, il n'y avait qu'un moyen indiqué par la coutume : c'était la *démission de biens*.

Elle constituait donc un titre d'acquisition spécial, et était vraiment, vis-à-vis des créanciers, un acte translatif de propriété; opinion soutenue d'abord par d'Argentré, accueillie par les réformateurs de 1580.

106. Nous ne pouvons croire que l'abandon anticipé des biens consenti par le père et la mère à ses enfants n'eut jamais d'autre motif qu'un instinct de cœur. On

(1) Cette disposition remarquable n'était pas particulière à la Bretagne. On la retrouve dans l'art. 52 de la *Coutume d'Amiens*, dans l'art. 82 de celle d'Artois, qui accordent au créancier du donateur l'action personnelle contre le donataire en avancement d'hoirie (conférer *Coutume de Bourbonnais*, art. 316).

usait de ce mode de disposer pour s'affranchir de la taille, nous assure Boullenois; on l'employait encore pour arriver à des donations affranchies du rapport aux créanciers.

La démission de biens « passe même pour une hon-  
» nête interdiction du père de famille, dit Hévin, *sur*  
» *Bretagne*. La démission, ajoute-t-il, peut être définie  
» un avancement d'hoirie qui, par la cause impulsive  
» et les solennités établies par la coutume, dégénère  
» en une espèce d'interdiction (1). »

Les solennités ajoutées par les derniers réformateurs étaient, en effet, celles des interdictions que trace l'art. 521, et il est traité des démissions, non pas dans le chapitre des donations, ni même dans celui des appropriances, mais sous le titre des *mineurs et autres auxquels on baille administrateurs*.

107. Une certaine part de propriété subsiste encore dans la personne du démettant; si ce dernier se remarie depuis la démission, sa veuve a son douaire sur les biens démis (2). — Les droits de rachat et autres droits de fief ne s'ouvrent pour le seigneur que par la mort du démettant (3).

108. La démission ne constitue pas, en effet, pour

(1) 25<sup>e</sup> *Consultation sur la Coutume de Bretagne*, p. 131. Cette idée avait déjà été exposée par d'Argentré.

(2) Hévin et Poullain-Duparc, *sur Bretagne*, art. 537. *Contrà* Merlin qui reproduit seulement l'opinion isolée de Perchambault, *sur Bretagne*, titre des successions, § 49.

(3) Voir Hévin, Poullain-Duparc, *loc. cit.*

les démissionnaires une *délation de succession*, mais un simple avancement.

Le titre du démissionnaire était bien un titre actuel, mais seulement provisoire, basé sur une éventualité, à savoir, sur la qualité d'héritier présomptif; car le droit du démissionnaire se résolvait s'il ne devenait pas héritier. La démission établissait, du vivant du démettant, un état de choses formé à l'image de celui qui se serait produit si la succession eût déjà été ouverte; mais l'ouverture de la succession n'était pas avancée d'un seul instant; elle ne s'ouvrait et ne se déférait que comme à l'ordinaire, à la mort du démettant. « La » démission faisait place alors à un état de choses dé- » finitif, réglé par la dévolution effective de la suc- » cession, dit un auteur (1). » La propriété résultant d'une démission n'était guère qu'une sorte de domaine utile, ajoute-t-il; le domaine direct restait sur la tête du démettant, qui le transmettait définitivement à sa mort à ses héritiers. Ce n'est donc pas une succession anticipée proprement dite : c'est seulement une anticipation de l'espérance héréditaire, comme disait d'Argentré, *hereditarie spei anticipatio*.

109. D'une autre part, la démission ressemblait à une véritable donation; car, en Bretagne, le démettant ne pouvait la révoquer (2) à volonté, mais seulement pour quelque cause prévue par la coutume, et

(1) M. Genty, p. 70, *Introduction historiq.*

(2) Il en était de même en Normandie. — L'art. 12, titre VI, de la *Coutume de Clermont* admet aussi l'irrévocabilité.

pour celles qui autorisaient la révocation des donations ordinaires. Il ne pouvait plus aliéner les biens démis, ni hypothéquer les immeubles.

110. Ces quelques aperçus sur le caractère de la démission, en Bretagne, démontrent le vague et l'indécision de sa nature juridique, et l'exactitude de l'assertion du jurisconsulte breton : *Dimissio exteris ignota, hominibus paucissimis quidem fontibus cognita.*

Nous pensons cependant que l'on peut résumer exactement le caractère de l'institution qui nous occupe en établissant :

*Par rapport au démettant*, la démission est une donation ;

*Par rapport aux démissionnaires*, elle est une avance de la succession avec saisine actuelle, mais sous condition résolutoire d'une succession à échoir ;

*Par rapport aux créanciers et aux tiers*, elle est un acte entre-vifs translatif de propriété.

111. L'étude comparée des coutumes transporta bientôt la démission de biens hors des limites de la Bretagne, notamment dans le ressort du parlement de Paris, mais le mot y passa plutôt que la chose.

Les jurisconsultes, commentant les coutumes autres que celle de Bretagne (1), appliquèrent le mot démission de biens au partage avec dessaisissement actuel. Il est impossible de préciser l'époque de cette transformation ; mais les jurisconsultes contemporains de d'Argentré sont entièrement muets sur ce point. Le mot

(1) Voir notamment Lebrun, liv. I, ch. I, section 5.

*démission de biens* ne figure même pas dans le *Recueil alphabétique* de Louet, mort en 1610.

112. Quoi qu'il en soit, on trouve dans les recueils d'arrêts des divers parlements, un demi-siècle plus tard, la *démission de biens* considérée comme équivalente à une donation à cause de mort, par suite essentiellement révocable (1).

La jurisprudence des parlements témoigne des plus grandes hésitations sur toutes les solutions qui se rattachent à la *démission de biens*, pendant le dix-septième et même le dix-huitième siècle. — Il en est de même de la doctrine des auteurs (2).

113. L'ouvrage de Boullenois (3) présente le premier l'ensemble de la matière des *démisions* telle qu'elle s'était établie dans les diverses coutumes. C'est dans ce livre que les auteurs subséquents, Furgole, Claude de Ferrière, les auteurs du *Nouveau Denisart*, et Pothier, dans son *Introduction à la Coutume d'Orléans*, ont puisé leurs solutions.

Nous allons analyser rapidement les principes exposés dans ces divers ouvrages.

114. Un des grands principes admis par la doctrine et la jurisprudence, sous l'empire des coutumes autres que celle de Bretagne (celle-ci ayant toujours conservé son ancienne doctrine), c'est que la *démission* est révo-

(1) Voir *Arrêts du parlement de Paris*, de 1643 et 1647.

(2) Voir Merlin, *Questions de droit*, V<sup>o</sup> *démission*, § 3; — Taisand, *sur Bourgogne*; — Auroux, *sur Bourbonnais*.

(3) *Questions sur les démissions de biens* (Paris, 1727, in-8<sup>o</sup>).

cable à volonté. — Cet acte dispose, en effet, disait-on, d'une succession future qui ne peut être ouverte que par la mort. La démission doit jusque-là être révocable comme tout acte de dernière volonté (1). *In omnibus quæ concernunt futuram alicujus successionem, consensus et voluntas ejusdem mutabilis est et ambulatoria usque ad mortem* (2).

Pendant on considérait la démission comme irrévocable, si elle avait été faite dans le contrat de mariage d'un des héritiers, et pour la part à laquelle avait droit ce dernier.

Le démettant pouvait révoquer sa démission, mais seulement expressément (3). Les aliénations de biens compris dans la démission, les hypothèques consenties, ne constituaient pas une révocation suffisante (4). Le révoquant redevenait maître de ses biens, et tous les droits acquis aux tiers du chef des démissionnaires étaient anéantis. — Des lettres de chancellerie étaient inutiles.

115. La survenance d'enfants anéantissait immédiatement la démission faite au profit d'ascendants ou de collatéraux; il n'en était pas de même lorsqu'elle était faite au profit de descendants. Seulement, au décès du

(1) Boullenois, p. 43 et 499. — Pothier, *Coutume d'Orléans*.

(2) Dumoulin, art. 8, glose 4, n° 53.

(3) Furgole, chap. VIII, section I, n° 497.

(4) Furgole, 498. Boucheul, *des Conventions de succéder*, chap. VIII, n° 48. Boullenois, questions 47 et 48. L'Hommeau, maximes. Chopin, *sur Paris*, liv. II, titre II, n° 30. Ricard, *Donations*, partie I, n° 994.

démettant, un nouveau partage devait intervenir (1).

116. La mort d'un démissionnaire faisait passer à ses enfants les biens à lui abandonnés; à défaut de représentant de ce dernier, les biens ne revenaient pas au démettant, mais accroissaient aux codémisionnaires (2).

117. Pendant la vie du démettant, les démissionnaires n'étaient pas réputés héritiers. Ce n'était qu'à la mort du démettant. En conséquence, ils pouvaient à cette époque répudier les biens à eux abandonnés ou les accepter sous bénéfice d'inventaire.

Comme deuxième conséquence, chaque codémisionnaire, dont le droit ne devenait définitif qu'au décès du démettant, ne devait pas supporter exclusivement les pertes fortuites arrivées à son lot, mais il avait le droit de demander à ses cohéritiers une indemnité lors de l'ouverture de la succession, ou un nouveau partage (3).

118. Les biens acquis par le démettant, postérieurement à la démission de biens, donnaient lieu à un nouveau partage, mais portant seulement sur ces biens. — Le premier partage ne pouvait pas être atteint dans ses dispositions (4).

119. Exécution anticipée de la loi des successions,

(1) Dumoulin, sur l'art. 459 de l'*Ancienne coutume de Paris*, Boullenois, question 46. Poullain-Duparc, sur *Bretagne*, art. 537. Furgole, chap. VIII, section 1<sup>re</sup>, n<sup>o</sup> 494.

(2) Nouveau Denisart. Hévin, sur *Bretagne*, art. 537.

(3) Ferrière. — *Contrà* Boullenois, page 170.

(4) Nouveau Denisart, v<sup>o</sup> demiss. de biens, section I, n<sup>o</sup> 7, et section II, n<sup>o</sup> 4.

selon les expressions de Pothier, la démission de biens en devait suivre toutes les règles, comme si la succession du démettant se fût réellement ouverte. Les héritiers présomptifs seuls en pouvaient donc profiter. C'étaient surtout les descendants : « *dimissiones raro in alios quàm liberos et nepotes fiunt* (1). »

120. Sous l'empire de la coutume de Bretagne, où dans les familles nobles l'aîné était seul saisi de toute la succession, à la charge de délivrer aux puînés leur part, c'était aux mains de cet aîné que la démission devait se faire (2).

121. Dans la démission de biens, le consentement de toutes les parties était nécessaire. Nous pensons, contrairement à l'opinion de Lebrun, que la démission, ayant un caractère translatif de propriété vis-à-vis les tiers, devait être insinuée (3).

122. Le démettant devait comprendre dans son acte l'universalité de ses biens, car, selon l'avis de Basnage (4), le démettant doit se dépouiller aussi complètement qu'il l'eût été par le décès. Cependant la vérité l'emporta sur la fiction, et l'on permit au démettant de se réserver l'usufruit de la totalité des biens dont il faisait l'abandon ; on lui reconnut également le droit de stipuler une rente viagère.

(1) D'Argentré, *Coutume de Bretagne*, titre des appropriances.

(2) D'Argentré. — Boullenois, p. 32. — Hévin, *sur Bretagne*, 25<sup>e</sup> consultation. — M. Genty, page 47, introduction.

(3) Boullenois, *loc. cit.*

(4) Basnage, *sur Normandie*, art. 448. — Lebrun, *Des successions*, page 102.

123. Dans le partage qu'il faisait de ses biens, le démettant pouvait-il introduire des inégalités? Des distinctions sont nécessaires pour répondre à cette question.

S'agit-il d'une démission faite par un collatéral, celui-ci fait l'office de juge, exécute la loi sur les successions. Son partage ne sera valable que s'il s'est scrupuleusement conformé aux règles de cette loi.

S'agit-il d'une démission faite par un père au profit de ses enfants? On se trouve ici dans le cas du partage d'ascendants. Le père pourra, sous l'empire des coutumes d'inégalité, avantager un de ses enfants, pourvu qu'il ne porte pas atteinte à la légitime des autres. — Dans les coutumes d'égalité absolue, « le père, dit » Boullenois (1), est astreint à suivre les lois des successions *ab intestat*, » sous peine de voir la démission attaquée pour lésion, s'il y en a une appréciable (2), un sixième sous la coutume de Bretagne (3).

124. A l'exemple du partage qu'auraient fait entre eux les démissionnaires, celui fait par le démettant emportera garantie; car ce dernier a fait l'office de juge (4).

125. Le démissionnaire qui avait reçu un don en avancement d'hoirie, antérieur à la démission, en devait le rapport au moment de la démission (5).

(1) Page 466. Voir Legrand, *sur Troyes*, art. 97.

(2) Mornac, *sur la loi 20. ff. famil. erciscundæ*.

(3) Art. 560, *Coutume de Bretagne*. Boullenois, question 5, page 62 et suiv.

(4) D'Argentré, *sur Bretagne*, art. 449.

(5) Dumoulin, consil. 59. Boullenois, question 8, page 476. Fer-

126. Les démissionnaires devaient supporter les dettes dont le démettant était tenu au moment de la démission. — Un état des dettes devait être annexé à l'acte, suivant l'opinion de Boullenois, Hévin, Poulain-Duparc (1).

127. Boullenois considérait la démission de biens comme une succession anticipée. Nous avons cherché à démontrer, d'après l'opinion de d'Argentré, que cette idée n'était pas complètement exacte; — que, dans la réalité des choses, la démission n'était qu'une donation à cause de mort en avancement d'hoirie.

Mais une théorie juridique émise avec autorité a bien plus d'influence sur le développement effectif du droit qu'on ne le saurait supposer; le jurisconsulte qui croit seulement rendre compte par un mot des faits juridiques contemporains, se trouve souvent avoir créé pour l'avenir une institution nouvelle éclore du développement de sa théorie.

La jurisprudence avait souvent qualifié de *succession anticipée* la démission de biens; cette doctrine, accueillie par Lebrun, avait été mise en avant par les avocats pour le besoin de la cause. Boullenois l'avait enfin sanctionnée dans son traité de 1727, dont les idées avaient été adoptées par les auteurs contemporains.

rière. — Nouveau Denisart. — Au moment du décès du démettant, suivant Poullain-Duparc (arrêt du parlement de Paris du 14 mars 1647).

(1) Boullenois, page 43 et 199. Duparc, *sur Bretagne*, art. 537. — Perchambault, *sur Bretagne*, titre des successions, § 49. — M. Genty, page 55.

128. L'ordonnance de 1731 intervient; elle supprime les donations à cause de mort, en sorte, porte l'art. 3 : « qu'il n'y ait à l'avenir dans nos états que » deux formes de disposer de ses biens à titre gratuit, » dont l'une sera celle des donations entre-vifs, l'autre celle des testaments. » On put croire que la démission de biens, qui au fond était une donation à cause de mort, était abrogée. — Dans la coutume de Bretagne, où elle tenait beaucoup de la nature des contrats, où elle était irrévocable sans être cependant une donation entre-vifs ordinaire, puisqu'elle devait suivre les règles de la loi des successions, les tribunaux crurent la démission de biens comprise dans la prohibition de l'ordonnance (1).

Le parlement de Normandie, dans la province duquel l'institution de la démission de biens était solidement établie, eut la même pensée; et à peine l'ordonnance avait-elle paru, qu'il fit au roi des remontrances en forme. — Cette ordonnance, disait-il, portait atteinte aux prérogatives les plus respectables des parents dans la disposition de leurs biens, et renversait toutes les traditions du pays.

Le chancelier d'Aguesseau, auteur de l'ordonnance, répondit, dans une lettre devenue célèbre, du 22 juillet 1731 : « C'est avec réflexion, dit-il, qu'on n'a pas jugé » à propos de parler dans la nouvelle ordonnance des » démissions de biens; — cela regarde la matière des » partages et des dispositions entre enfants, qui for-

(1) Voir Floquet, *Histoire du parlement de Normandie*.

» ment un autre objet sur lequel le roi pourra s'expli-  
» quer par la suite (1) ».

Cette interprétation, émise par d'Aguesseau, acquit toute la force d'une interprétation législative, et dès lors la suppression de la donation à cause de mort rendit plus saillant le caractère particulier de la démission de biens, indiqué par Boullenois, en tant qu'ouverture anticipée de succession.

129. Dans les pays de droit écrit, Furgole (2) nous apprend que la démission de biens y était admise, du moins dans le ressort du parlement de Toulouse. Mais le mot y était reçu plutôt que l'institution elle-même. — Là, en effet, on n'avait « ni coutume, ni usage » qui fit des démissions de biens un genre particulier » de disposer. »

Le mot démission de biens indiquait, suivant les circonstances, soit une donation à cause de mort, tant que ces dernières furent autorisées, soit une donation entre-vifs. Telle était l'interprétation raisonnable que donnaient les jurisconsultes à la volonté des parties.

130. Aucun texte, dans le Code Napoléon, ne parle des démissions de biens. — Leur suppression n'est pas plus indiquée que leur maintien; mais le caractère d'irrévocabilité imposée à toute espèce de disposition entre-vifs faite par les père et mère abroge évidemment les démissions qui, sous l'empire de la majorité

(1) 295<sup>e</sup> lettre, page 286, titre 9 de l'édition de 1776, in-4<sup>o</sup>.

(2) *Traité des testaments*, tome 3, chap. VIII, section 1<sup>re</sup>, n<sup>o</sup> 468 à 474.

des coutumes, étaient révocables. Les paroles prononcées par le tribun Jaubert et par M. Bigot Prémeneu ne laissent point de doute à cet égard ; mais si les démissions n'existent plus en tant que mode spécial de disposer, on retrouve leur trace dans les dispositions du Code en matière de partages d'ascendants entre-vifs. Outre l'intérêt historique, cette considération nécessitait une étude sommaire de cette institution.

## CHAPITRE VI.

### Du droit intermédiaire.

« La Convention nationale décrète que la  
» faculté de disposer de ses biens, soit à cause  
» de mort, soit entre-vifs, soit par donation  
» contractuelle en ligne directe, est abolie. »

(Décret du 7 mars 1793.)

131. L'Assemblée constituante ne régla pas spécialement la matière des partages d'ascendants et des démissions ; il est évident seulement que l'abolition du droit d'aînesse et le principe de l'égalité absolue entre cohéritiers, étendu à toute la France, modifia notre matière en même temps que l'ensemble des successions *ab intestat*. — Mais les parents conservaient pour l'avenir, dans les limites de l'ancien droit, et sauf les principes contraires de certaines coutumes, l'entière faculté de disposer inégalement de leurs biens par donations entre-vifs dispensées du rapport et par testament.

132. Un des premiers soins de la Convention fut de supprimer cette dernière faculté d'une manière absolue, par le décret du 7 mars 1793. Les enfants eurent un droit égal au partage des biens de leurs ascendants.

Les décrets du 5 brumaire an II (2 octobre 1793)

et la loi du 17 nivôse an II (6 janvier 1794) vinrent développer le principe posé par le décret du 7 mars 1793.

« Les donations entre-vifs faites depuis et compris  
» le 14 juillet 1789 sont déclarées nulles, porte l'art. 1<sup>er</sup>  
» de la loi du 17 nivôse an II.... Les institutions con-  
» tractuelles et toutes dispositions à cause de mort,  
» dont l'auteur est encore vivant, ou n'est décédé que  
» le 14 juillet 1789 ou depuis, sont nulles, quand  
» même elles auraient été faites antérieurement. »

« Les successions des père, mère ou autres ascen-  
» dants et des parents collatéraux, dit l'art. 9 de la  
» même loi, ouverte depuis et compris le 14 juil-  
» let 1789, et qui s'ouvriront à l'avenir, seront par-  
» tagées également entre les enfants descendants ou  
» héritiers en ligne collatérale, nonobstant toutes lois,  
» coutumes, donations, testaments, partages déjà  
» faits. »

La loi réserva seulement, dans l'art. 16, pour l'ave-  
nir, « la faculté de disposer du dixième de son bien,  
» si l'on a des héritiers en ligne directe; ou du sixième,  
» si l'on n'a que des héritiers collatéraux, *au profit*  
» *d'autres que des personnes appelées par la loi au par-*  
» *tage des successions.* »

133. En présence de ces dispositions, on peut se demander si le partage d'ascendants était permis sous l'empire de la loi de nivôse.

L'idée d'égalité absolue, privée du tempérament qui avait été introduit dans la coutume de Bretagne, dominait l'esprit des législateurs de cette époque, et devait

avoir pour résultat d'écarter les partages d'ascendants. Le père, en effet, qui partage son patrimoine trouve toujours, s'il le veut, le moyen de rendre la condition de l'un de ses héritiers meilleure que celle des autres. L'exécution stricte de la loi de l'an II était donc incompatible avec la faculté pour le *de cujus* de faire lui-même le partage de sa succession (1).

134. La loi du 5 germinal an VIII vint modifier la loi de nivôse an II.

Cette loi ne rétablit pas plus expressément le partage que la loi de nivôse ne l'avait abrogé. Mais comme il résulte de la législation de germinal qu'il était permis d'avantager certains héritiers, en disposant à leur profit avec dispense de rapport, on en put conclure que le partage d'ascendants avait été rétabli.

Cette législation dura peu ; elle fit bientôt place à celle du Code Napoléon, plus précise et plus claire que toutes celles qui l'avaient précédée.

Nous allons maintenant l'étudier en abordant la deuxième partie de notre étude sur les partages d'ascendants.

---

(1) M. Genty, *Traité des partages d'ascendants*, page 71, n° 62.

avoir pour résultat d'éclaircir les passages d'ordon-  
nance. Le père, en effet, qui partage son patrimoine  
trouve toujours, s'il le veut, le moyen de rendre sa  
condition de l'un des ses héritiers telle que celle  
des autres. L'ordonnance stricte de la loi de l'an II était  
donc incompatible avec la faculté pour le de cujus de  
faire lui-même le partage de sa succession. (1)

177. La loi de l'an VIII veut modifier la  
loi de l'an II.

Cette loi se rétablit par plus explicitement le par-  
tage que la loi de l'an II ne le veut strict. Mais comme  
il résulte de la législation de l'an II qu'il était pos-  
sible d'avancer certains héritiers, en leur faveur, par  
un profit avec eux, de report, ou de l'ordonner  
que le partage s'accomplisse sans que les autres  
soient lésés. Cette législation leur permet de l'ordonner  
telle que celle de l'an II, pour les autres héritiers.  
toutes celles qui l'étaient précédentes.

Il nous est maintenant évident que l'ordonnance de  
l'an VIII porte de son côté des modifications  
d'importance.

178. La loi de l'an VIII, dans son article 10, dit  
que le père, en partageant son patrimoine, peut  
ordonner que l'un de ses héritiers soit préféré  
à l'autre, en lui donnant une part plus grande  
ou plus petite que celle qui lui revient par  
la loi. Cette disposition est nouvelle, car la loi  
de l'an II n'admettait pas de préférence entre  
héritiers. Elle est donc une modification de la  
loi de l'an II.

## DEUXIÈME PARTIE.

# PARTIE DOCTRINALE.

## CHAPITRE PREMIER.

### **Du caractère juridique du partage d'ascendants.**

Les père, mère et autres ascendants pourront faire entre leurs enfants et descendants la distribution et le partage de leurs biens.

(Art. 1075 du Code Napoléon.)

135. Tout partage contient véritablement une attribution.

L'ascendant, par cela seul qu'il assigne à un descendant tels objets déterminés pour sa part, dispose en sa faveur de portions qui auraient pu revenir dans ces objets à ses cohéritiers; il dispose en même temps à son préjudice de celles qui lui seraient revenues dans les objets assignés aux autres.

Sans détruire les effets généraux qu'opère la dévolution de la succession légitime, l'ascendant les modi-

fié. Il attribue, en effet, à chacun de ses descendants des objets que la loi leur aurait attribués par indivis.

Nous ne pouvons donc pas adopter l'avis de Toullier qui ne considère pas l'institution du partage d'ascendants comme une libéralité (1), mais qui, de même que Grenier (2), enseigne que les biens, faisant l'objet du partage, sont acquis par les descendants à titre successif.

En présence de l'art. 1076, qui soumet l'acte émanant de l'ascendant à *toutes les formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre-vifs et les testaments*, il est impossible de ne pas le considérer comme une libéralité de la part du père à ses enfants.

136. D'un autre côté, en présence des art. 1078 et 1079, qui règlent les rapports établis entre les descendants par le partage d'ascendants, et qui permettent de l'attaquer pour les mêmes causes qui vicient un partage ordinaire, nous ne saurions adopter l'avis de Guilhon (3) et de quelques auteurs qui ne voient dans les partages d'ascendants que des dispositions à titre gratuit.

Le moyen de concilier les diverses opinions sur la nature juridique de l'institution qui nous occupe, c'est de lui donner un caractère mixte :

Celui de disposition à titre gratuit dans les rapports entre l'ascendant et ses enfants.

(1) Tome V, nos 805 et 808.

(2) *Traité des donations*, n° 393.

(3) *Traité des don. entre-vifs*, tome II.

Celui de partage dans les rapports des descendants entre eux.

Entre l'ascendant et ses descendants il existera des rapports de donateur à donataire.

Entre les descendants, des rapports de cohéritier à cohéritier.

Nous verrons quelles conséquences légales résultent de ce caractère mixte que nous croyons devoir reconnaître au partage d'ascendants?

137. Le partage d'ascendant, par suite de ce double caractère, ne ressemble pas complètement à l'institution du droit coutumier, ni à celle du droit romain. — Passons rapidement en revue les principales différences qui existent entre ces diverses législations.

Ces différences tiennent, d'une part, à ce caractère de partage proprement dit que nous donnons dans certains cas à notre institution, et, d'une autre part, à l'assimilation que le Code Napoléon a faite entre elle et les dispositions à titre gratuit, assimilation qui était loin d'exister dans le droit coutumier, par suite des règles exorbitantes dont ce droit avait entouré le régime propre des donations et affranchi le partage d'ascendants (1).

L'omission d'un enfant n'annulait pas le partage d'ascendants du droit coutumier, si dans les biens restés indivis l'enfant passé sous silence trouvait sa légitime. — Il n'en est plus de même dans le droit du Code.

(1) Voir l'introduction.

138. Aucune discussion n'est plus actuellement possible, selon nous, sur le point de savoir si les partages d'ascendants donnent lieu à la garantie entre les copartagés (1). Elle est la conséquence du caractère de partage proprement dit, reconnu au partage d'ascendants dans les rapports des descendants entre eux.

139. Notre législateur a distingué et séparé la faculté accordée aux ascendants de partager leurs biens entre leurs descendants d'avec celle d'en disposer par préciput. C'est ce qui n'existait pas dans le droit antérieur. — Le projet du Code alla même jusqu'à refuser aux ascendants le pouvoir d'user, dans un seul et même acte, de ces deux facultés ; mais on a fini par accorder le droit de faire cumulativement avec le partage des libéralités par préciput (2). Ces dernières resteront soumises aux dispositions du droit commun ; la validité et l'efficacité de ces libéralités ne seront pas subordonnées à la validité et à l'efficacité du partage lui-même (3).

140. Mais l'ascendant, d'après l'opinion de la plupart des auteurs, devra ne pas confondre ensemble les deux dispositions. Si, par exemple, il déclarait simplement partager ses biens, son acte sera régi, dans les rapports des descendants entre eux, par

(1) Peregrinus, *De fideicom*, art. 52, n° 53 et suiv. — Menochius, lib. IV, *præsumptio* 118. — Auroux des Pommiers, art. 246, *Coutume de Bourbonnais*.

(2) Argum., art. 1079. — Grenier, II, 309. — Zachariæ, § 728, tome V.

(3) Grenier, II, 400. — Toullier, V, 842. — Bordeaux, 2 mars 1832. — Zachariæ, § 728, tome V, note de MM. Aubry et Rau.

le système qui régit les partages et non par celui des dispositions préciputaires ; il serait rescindable pour lésion de plus du quart dans la part d'un enfant, quand bien même celui-ci aurait plus que sa réserve. Ainsi la disposition qui a pour but d'avantager un des descendants, doit être faite *expressément à titre de préciput ou hors part, ou avec dispense de rapport* (art. 919, 843). — Une inégalité, en effet, entre les enfants ne se présume jamais, et en soumettant les ascendants qui veulent donner un préciput à le faire ouvertement, on prévient autant que possible les préférences injustes et non méritées.

141. Dans l'ancien droit, la légitime d'un enfant ne pouvait jamais être atteinte ; la réserve dans le droit actuel peut être entamée. Cela résulte des principes nouveaux, édictés par le Code, et du caractère de partage véritable donné au partage d'ascendants considéré dans les rapports des enfants entre eux.

142. Un ascendant dispose de la quotité disponible en faveur d'un étranger, — puis partage ses autres biens entre ses enfants ; — il avantage l'un d'eux dans ce partage au moyen d'une inégalité qu'il établit. — Un des enfants voit sa réserve entamée, mais il ne peut se plaindre en aucune façon si on ne l'a pas lésé de plus d'un quart ; il ne pourra intenter aucune action en réduction, comme dans l'ancien droit. — Le caractère de partage domine, ses règles seules doivent être appliquées (1). Nous verrons plus tard que si la disposi-

(1) Exemple : patrimoine de 40,000 fr. — Le père de famille a

tion par préciput de la quotité disponible avait eu lieu en faveur d'un enfant, celui-ci ne pourrait profiter, dans le partage des autres biens, d'aucune inégalité en sa faveur, car il aurait un avantage plus grand que la loi ne le permet (art. 1079).

143. De tout ce qui précède, il appert que les partages d'ascendants diffèrent à plusieurs points de vue, dans le Code Napoléon, de ceux admis dans le droit romain, dans le droit écrit et dans le droit coutumier. — Soumise au régime propre des donations entre-vifs et des testaments, en même temps à certaines règles des partages, ce n'est plus une disposition privilégiée et exceptionnelle.

Essentiellement révocables autrefois, les partages d'ascendants ne le sont plus aujourd'hui. Le Code a donné aux partages entre-vifs le caractère des démissions de biens de la coutume de Bretagne, en les déclarant irrévocables. — Si la révocabilité avait l'avantage d'être une ressource pour l'ascendant qui avait lieu de se repentir d'avoir partagé ses biens, elle produisait l'inconvénient grave de laisser dans la propriété une fâcheuse incertitude.

144. La loi fiscale, qui élève ou abaisse son tarif sur les actes, selon le plus ou moins de faveur que leur accorde la loi civile, n'a pas imposé les partages d'as-

trois enfants ; la quotité disponible est de 40,000 fr. — Le père en dispose en faveur de X... étranger. — Biens réservés. 30,000 fr. — Le père les partage : donne à A... , 42,000 fr. ; à B..., 40,000 fr. ; à C..., 8,000 fr. — Ce dernier n'a pas sa réserve, et ne peut se plaindre ; il n'est pas lésé de plus du quart.

cendants entre-vifs au même taux que des donations ordinaires.

La loi du 16 juin 1824, dans son art 3, porte :

« Le droit d'enregistrement, fixé par les §§ 4 et 6 de l'art. 69 de la loi du 22 frim. an VII, pour les donations entre-vifs en ligne directe, à 1 fr. 25 c. p. cent sur les biens meubles, et à 2 fr. 50 c. sur les immeubles, est réduit, en ce qui concerne les donations portant partage faites par actes entre-vifs, conformément aux art. 1075 et 1076 du Code civil, par les père et mère ou autres ascendants entre leurs enfants et descendants, au droit de 25 c. p. cent pour les biens meubles, et de 1 fr. pour 100 fr. sur les immeubles, ainsi qu'il est réglé pour les successions en ligne directe. »

La loi du 18 mai 1850, qui assimile, en matière de transmission entre-vifs à titre gratuit et de mutations par décès, les meubles aux immeubles, dispose, dans l'art. 5 :

« Les donations portant partage faites par actes entre-vifs par les père et mère ou autres ascendants, ne donneront ouverture qu'aux droits établis pour les successions en ligne directe; mais les règles de perception concernant les soultes de partage leur seront applicables ainsi qu'aux partages testamentaires également autorisés par les art. 1075 et 1076 du Code civil. »

Le législateur a donc ici, par des considérations d'équité, assimilé le partage entre-vifs à l'ouverture de la succession du père de famille.

145. Il peut s'élever souvent dans la pratique des doutes sur la question de savoir si la disposition faite par un ascendant est un partage soumis aux règles des art. 1075 et suiv. — La solution de cette question dépend beaucoup moins de la qualification donnée à cet acte que de sa substance (1), *sermo rei non res sermoni subjicitur*.

Un règlement de compte entre un père et quelques-uns de ses enfants, accompagné d'abandons de biens faits au profit de chacun d'eux sous forme de contrats onéreux, peut être considéré, suivant les circonstances, comme un partage d'ascendant (2).

De ce qu'un ascendant a fait dans son testament des dispositions au profit de tous ses descendants, il ne s'ensuit pas nécessairement qu'il ait fait un partage.

Un acte par lequel une personne dispose au profit de son enfant unique, ne peut, quoique qualifié de partage d'ascendant, être envisagé comme tel. Le législateur, en instituant le partage d'ascendants, a eu, en effet, pour but d'assurer la paix des familles en enlevant tout prétexte aux dissensions intestines que pourraient faire naître des intérêts rivaux. — Ici, la magistrature domestique n'a pas de raison d'intervenir du moment où la succession doit être déferée à un seul enfant.

Un tel acte ne saurait jouir de la réduction du droit proportionnel de mutation établie par l'art. 3 de la

(1) Zachariæ, tome V, page 474, § 728.

(2) Voir arrêt cass. rej. 20 juin 1837. — Sirey, XXXVII, 4, 746.

loi du 16 juin 1824, modifié par l'art. 5 de la loi du 18 mai 1850 (1).

Il en serait de même alors que la donation à un enfant unique est faite à charge de restitution à ses enfants à naître, avec stipulation qu'il est fait partage des biens entre les petits-enfants à venir (2).

146. Un abandon de biens non accompagné de partage ne saurait être considéré comme un partage d'ascendants. Nous pensons qu'il ne doit avoir que le caractère simple de donation entre-vifs. — Cela semble évident, et cependant la Cour de cassation a décidé dans plusieurs circonstances que l'acte par lequel un ascendant abandonne ses biens à ses descendants en raison de leurs droits héréditaires, sans opérer le partage, constitue un partage d'ascendants.

Le bénéfice de l'art. 3 de la loi fiscale du 16 juin 1824, se référant aux donations portant partage, faites par actes entre-vifs conformément aux art 1075 et suivants, ne saurait être appliqué à un pareil abandon (3).

Cet acte ne sera qu'une simple disposition à titre gratuit. Le partage de ces biens aura lieu par les voies or-

(1) Solution de l'administration de l'Enregistrement du 24 septembre 1824. — Instruction générale 1450, § 5. — Cour de cassation, 13 août 1838. — Inst. générale 1577, § 8. — Seine, 30 janvier 1833, — 16 mai 1839. — Voir *Répertoire général* de M. Garnier, vérificateur de l'enregistrement, v<sup>o</sup> partage anticipé.

(2) Cassation, 20 janvier 1840. Aubry et Rau, *sur Zachariæ*, § 728, tome V. — Instruction de l'administration de l'enregistrement 1618, § 1<sup>er</sup>.

(3) Voir M. Genty, page 108, *Traité des partages d'ascendants*.

dinaires. Il donnera lieu immédiatement à la garantie et aux actions en nullité ou en rescision, tandis que ces effets ne se produisent, dans un partage d'ascendant, qu'après l'ouverture de la succession. — Ces actions en nullité seront celles que la loi autorise pour les partages ordinaires, et non les actions en rescision du genre de partage qui nous occupe, et dont nous allons étudier successivement les formes et les effets.

## CHAPITRE II.

### Conditions de validité des partages d'ascendants.

Les partages d'ascendants pourront être faits par acte entre-vifs ou testamentaire, avec les formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre-vifs et les testaments.....

(Art. 1076 Code Napol.)

Trois questions se présentent à résoudre. — Elles feront chacune l'objet d'une section :

I. Quelles sont les formes des partages d'ascendants?

II. Par qui et entre qui peuvent-ils être faits?

III. Quels biens peuvent-ils comprendre?

#### SECTION I<sup>re</sup>.

##### DES FORMES DU PARTAGE D'ASCENDANTS.

Le partage d'ascendants peut être fait, soit par un acte testamentaire, soit par un acte entre-vifs. — Il ne peut avoir lieu que suivant l'un de ces deux modes de disposer.

##### § 1<sup>er</sup>. — FORMES DU PARTAGE TESTAMENTAIRE.

147. L'ascendant peut choisir la forme du testament par acte public, celle du testament mystique, ou celle

du testament olographe (art. 969 à 999 Code Nap.).

148. L'intervention des descendants ne peut pas avoir lieu dans le testament olographe. — La nullité en résulterait, puisqu'un testament de cette nature ne doit contenir aucune autre écriture que celle du testateur (art. 970).

149. La femme mariée n'aura besoin d'aucune autorisation pour partager ses biens par testament (art. 905).

150. L'interdit ne saurait faire un partage testamentaire (art. 502).

L'individu pourvu d'un conseil judiciaire n'a pas besoin de l'assistance de ce conseil (art. 499, 513).

151. Le mineur qui a dépassé l'âge de seize ans peut faire un partage par testament (art. 904). La restriction imposée par la fin de cet article n'est pas, selon nous, applicable au cas de partage entre descendants.

152. Les descendants, pour être compris dans un partage testamentaire, doivent avoir la capacité de recevoir par testament; il suffit pour cela d'être conçu à la mort du testateur (art. 906).

153. L'ordonnance de 1735 a abrogé l'usage des testaments conjonctifs, c'est-à-dire de ceux qui étaient faits conjointement par deux époux. — L'art. 77 de la même ordonnance laissait subsister ceux par lesquels deux époux avaient fait le partage de leurs biens entre leurs descendants. L'art. 968 du Code Napoléon reproduit, sur les testaments conjonctifs, la prohibition de l'ordonnance, sans mentionner cependant l'exception relative au partage fait par le père et la mère.

Cela est fâcheux, mais cette exception ne saurait être suppléée aujourd'hui en présence de l'art. 1076, malgré l'opinion de Maleville (1).

Il en résulte qu'il y a, pour les époux communs en biens, impossibilité de faire le partage de leurs biens par la voie testamentaire, puisqu'il leur est matériellement impossible de partager chacun leur moitié; cette moitié, en effet, ne doit se composer en définitive que des objets que le partage de la communauté y fera entrer, et ces objets ne peuvent être connus tant que le partage n'aura pas eu lieu, c'est-à-dire tant que la communauté ne sera pas dissoute.

§ 2. — FORMES DU PARTAGE ENTRE-VIFS.

154. Les partages entre-vifs, soumis aux formalités des donations, exigent le concours de la volonté de l'ascendant qui donne et des descendants qui reçoivent.

L'acte doit être notarié (art. 931 Code Nap.).

155. Les enfants doivent accepter expressément dans l'acte authentique. — La procuration donnée pour accepter doit avoir été donnée devant notaire (art. 933 et suivants).

156. Le partage qui renferme des objets mobiliers n'est valable que si un état estimatif signé de l'ascen-

(1) Maleville, sur l'art. 1075. — *Contrà* Grenier, n° 402. — Toullier, tome V, n° 845. — Delvincourt, tome II, page 450. — Zachariæ, tome V, page 473, note 3. — Dalloz, tome VI, page 196. — Duranton, tome IX, page 622.

dant et des descendants n'a été annexé à la minute de l'acte (art. 948).

157. L'ascendant qui fait le partage doit avoir la capacité exigée pour les donations entre-vifs.

La femme mariée aura besoin de l'autorisation de son mari ou de justice.

L'individu pourvu d'un conseil judiciaire aura besoin de son conseil (art. 499-513).

L'interdit (art. 502), le mineur (art. 903) ne peuvent faire de partages entre-vifs.

158. Pour pouvoir être compris dans un partage entre-vifs, il faut avoir la capacité de recevoir par donation. Pour cela, il faut être conçu à l'époque de la donation et avoir l'exercice de ses droits pour accepter.

159. Tout descendant qui n'est ni mineur, ni interdit, ni pourvu d'un conseil judiciaire, ni placé dans un établissement d'aliénés, ni femme mariée, est capable d'accepter un partage entre-vifs.

La femme mariée ne peut accepter qu'avec l'autorisation de son mari ou de justice (art. 934).

Le tuteur, après autorisation du conseil de famille, aura qualité pour accepter au nom des mineurs et des interdits (art. 935).

Les mineurs émancipés pourront accepter avec l'assistance de leur curateur (art. 935).

160. Un ascendant quelconque, en sa seule qualité d'ascendant, peut accepter pour les mineurs émancipés ou non, et cela sans que l'intervention du conseil de famille soit nécessaire (art. 935). Si donc un par-

tage est fait en commun par le père et la mère, dans le même acte entre-vifs, rien ne s'oppose à ce que la mère accepte, pour ses enfants mineurs, le partage du père, et que le père accepte le partage fait par la mère au nom des mêmes enfants.

161. L'individu pourvu d'un conseil judiciaire peut accepter lui-même sans l'assistance de ce conseil (art. 499-513).

162. L'administrateur provisoire peut accepter pour le donataire placé dans un établissement d'aliénés (Arg., art. 36, loi du 30 juin 1838).

163. Si le tuteur est lui-même le donateur, ou s'il a des intérêts opposés à ceux du donateur, c'est un subrogé-tuteur qui devra accepter, ou bien un ascendant quelconque, dans le cas de minorité du donataire.

164. Rien ne s'oppose à ce que l'ascendant donne procuration à un tiers, à l'effet de partager les biens par acte entre-vifs. L'ascendant qui aurait donné un semblable mandat, ne serait pas reçu à attaquer le partage une fois effectué.

165. Le partage entre-vifs qui contient des biens susceptibles d'hypothèques, ne devient efficace à l'égard des tiers que moyennant l'accomplissement de la transcription requise par l'art. 939 (1).

166. Signalons ici une particularité que présente le droit fiscal sur notre matière.

(1) Merlin, *Répertoire*, v<sup>o</sup> partage d'ascendants, n<sup>o</sup> 44. — Grenier, I, 395, 403. — Duranton, IX, 624 et 625. — Zachariæ, tome V, § 729, page 473.

L'art. 54 de la loi du 28 avril 1816 dispose que toutes les fois qu'un acte est de nature à être transcrit au bureau des hypothèques, le droit perçu lors de l'enregistrement doit être augmenté de un et demi pour cent, et la transcription ne donne plus ouverture à aucun droit proportionnel.

La donation, contenant partage de biens susceptibles d'hypothèques, est certainement de nature à être transcrite. Les enfants ont grand intérêt à le faire, car ce partage d'ascendants ne deviendra efficace, vis-à-vis les tiers, que par la transcription.

Le père donateur peut, si l'acte n'est pas transcrit, aliéner les biens donnés et consentir sur eux des hypothèques. Mais dans maintes circonstances la transcription sera inutile aux enfants. Si ces derniers ont d'ailleurs quelque sujet de crainte, cette formalité peut être facilement accomplie.

La loi fiscale, qui se modèle toujours sur la loi civile, et ne tarife un acte qu'après en avoir déterminé la nature et la portée par une appréciation rigoureuse de ses effets, a pensé que la transcription, dans l'espèce qui nous occupe, n'était pas, d'ordinaire, nécessaire à l'enfant qui a des droits à sauvegarder contre son père; aussi le droit de transcription n'est pas exigible lors de l'enregistrement de l'acte. — C'est ce qui résulte de la disposition finale de l'art. 3 de la loi du 16 juin 1824.

« Le droit de un et demi pour cent ajouté au droit  
» d'enregistrement par l'art. 54 de la loi du 28 avril  
» 1816, ne sera perçu, pour les donations contenant

» partage , que lorsque la transcription en sera requise  
» au bureau des hypothèques. »

## SECTION II.

### PAR QUI ET ENTRE QUI LES PARTAGES D'ASCENDANTS PEUVENT-ILS ÊTRE FAITS ?

§ 1<sup>er</sup>. — PAR QUELLES PERSONNES PEUT ÊTRE FAIT LE PARTAGE  
D'ASCENDANTS ?

Art 1075. « Les père et mère, et autres ascendants,  
» pourront faire , entre leurs enfants et descendants ,  
» la distribution et le partage de leurs biens. »

167. Tout ascendant , à quelque degré qu'il soit , a donc la faculté de faire un partage de ses biens entre ses descendants ; mais l'art. 1075 est-il limitatif ? Les collatéraux , par exemple , pourraient-ils , de même que les ascendants , faire le partage de leurs biens entre leurs héritiers présomptifs ? Sous l'empire du droit coutumier , mais dans quelques coutumes seulement , les collatéraux avaient ce droit.

Quelques auteurs ont pensé que le Code Napoléon , soumettant les partages à la forme des donations ou testaments , devait permettre à un oncle de faire le partage de ses biens de la même manière qu'il ferait , en faveur de ses neveux , des dispositions à titre gratuit. — Nous ne le pensons pas. Nous croyons que le partage d'ascendants est un privilège du sang en ligne directe , privilège tout exceptionnel , réglementé par

des articles spéciaux, dont les dispositions ne sauraient être étendues hors des cas spécialement prévus.

168. Si un donateur ou testateur disposait de ses biens au profit de personnes étrangères ou autres que ses héritiers présomptifs, en qualifiant partage l'acte de disposition, — cet acte n'aurait pas d'autres effets que ceux d'une donation ou d'un testament ordinaire.

169. Le partage fait par un père entre ses enfants adoptifs est un vrai partage d'ascendants. — Les enfants adoptés ont, en effet, les mêmes droits que les enfants légitimes (art. 350 C. Nap.)

§ 2. — ENTRE QUELLES PERSONNES LE PARTAGE D'ASCENDANTS DOIT-IL AVOIR LIEU ?

170. Le partage d'ascendants doit être fait entre tous les descendants qui se trouveront appelés à la succession *ab intestat* de l'ascendant au moment de son ouverture (art. 1078).

Le partage d'ascendants doit avoir la physionomie d'un partage ordinaire de succession, qui ne peut produire d'effet que si tous les cohéritiers y ont pris part dans la mesure de leur droit.

171. Mais le partage ne peut pas être attaqué s'il comprend tous les enfants existant au décès de l'ascendant, alors même qu'à la date de l'acte il y en aurait eu d'autres éventuellement appelés.

Ainsi l'omission d'un enfant mort avant l'ouverture de la succession ne porte aucune atteinte à la validité du partage. — Mais la préterition d'un enfant né

postérieurement au partage entraîne la nullité de l'acte.

172. Lorsque les enfants omis ont renoncé à la succession de l'ascendant, ou qu'ils en ont été exclus pour cause d'indignité, il n'est plus permis de se faire de leur exclusion un moyen pour attaquer le partage (1).

173. Le partage doit nécessairement comprendre les enfants adoptifs, car, aux termes de l'art. 350, ils ont sur la succession de l'adoptant les mêmes droits que les enfants légitimes.

174. Quant aux enfants naturels, on se demande si leur omission entraîne la nullité du partage? « Les » enfants naturels omis dans un partage doivent le » respecter, sauf à réclamer ce qui leur revient, dit » M. Duranton (2). »

*Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, répondent les annotateurs de M. Zachariæ (3). « Il résulte de l'esprit qui a présidé à la rédaction de » l'art. 1078, que le partage anticipé doit être fait » entre tous ceux qui à défaut d'un pareil partage se » trouveraient admis à en provoquer un après le décès » de l'ascendant. »

L'enfant naturel n'est pas héritier, il faut en convenir, mais est-ce à dire qu'il n'est pas copropriétaire de l'hérédité à laquelle il se trouve appelé? — La loi

(1) Zachariæ, tome V, page 478, § 732.

(2) IX, 635.

(3) Tome V, p. 479, § 732, note 5.

lui accorde, pour provoquer le partage, une action analogue à l'action *familix erciscundæ*.

L'enfant naturel a le droit de demander sa part ; il a droit à ce qu'elle lui soit délivrée en corps héréditaires, par la voie du tirage au sort. « Il est même » autorisé à réclamer le rapport des avantages dont les » héritiers avec lesquels il se trouve en concours ont » été gratifiés (1). »

Comment concilier l'exercice de ces différents droits, dont jouit l'enfant, avec le maintien du partage dans lequel il aurait été omis ? Cela n'est pas possible.

Veut-on exclure l'enfant naturel en lui donnant tel ou tel immeuble ? On ne le peut, car il a un droit de copropriété sur tous les immeubles. Dans notre droit les enfants naturels n'ont pas seulement une créance d'aliments sur leurs auteurs, comme autrefois ; si donc on les omet dans un acte de partage, cet acte devra être annulé (2).

175. Il est un cas dans lequel l'omission d'un enfant naturel ne vicie pas le partage. C'est celui où le père lui a donné des biens par acte entre-vifs, en déclarant qu'il entend ne pas lui laisser davantage (art. 761 Code Nap.). L'enfant naturel ne pourra pas alors attaquer le partage.

« Toute réclamation leur est interdite, porte, en » effet, l'art. 761, lorsqu'ils ont reçu du vivant de

(1) Zachariæ, tome V, page 479, § 732.

(2) Vazeille, art. 4078. — Taulier, tome IV, page 210.

» leur père ou de leur mère la moitié de ce qui leur  
» est attribué par la loi. »

« Dans le cas où cette portion serait inférieure à la  
» moitié de ce qui devrait revenir à l'enfant naturel,  
» il ne pourra réclamer que le supplément nécessaire  
» pour parfaire cette moitié. »

Cette demande en supplément ne touchera nullement le partage, qui sera inattaquable.

Un père a partagé ses biens entre tous ses enfants; il en a omis un; mais, dans l'acte de partage, il a déclaré formellement laisser pour l'apportionner la quotité disponible. — La cour de Limoges (1) a déclaré la nullité de ce partage. — Nous ne pensons pas que cette décision soit exacte, car l'enfant ne peut pas se dire omis, puisqu'on lui a donné pour lot la quotité disponible. Il pourra se plaindre seulement dans le cas où il serait lésé.

### SECTION III.

#### QUELS BIENS PEUT COMPRENDRE LE PARTAGE D'ASCENDANTS ?

##### 176. Art. 1077 :

« Si tous les biens que l'ascendant laissera au jour  
» de son décès n'ont pas été compris dans le partage,  
» ceux des biens qui n'y auront pas été compris seront  
» partagés conformément à la loi. »

L'ascendant a donc la faculté de ne partager qu'une

(1) 8 mars 1843.

partie seulement de son patrimoine, à la différence du droit coutumier qui exigeait que le partage d'ascendants comprît la totalité des biens (1). Un partage partiel ne fait pas cesser l'indivision, mais est-il pour cela sans utilité? Les anciens auteurs le pensaient, disant que laisser les enfants dans les embarras d'une indivision était contraire au but que le père de famille doit se proposer en partageant d'avance ses biens. Mais les causes sérieuses de difficultés dans un partage ne proviennent-elles pas souvent de tels ou tels biens? En les faisant sortir d'indivision, on fait disparaître toute occasion de contestation.

177. Art. 1076 :

« Les partages faits par acte entre-vifs ne pourront » avoir pour objet que les biens présents. » — C'est une conséquence du principe que le partage doit être fait suivant les conditions et règles des donations entre-vifs.

Si dans un partage un père de famille a compris des biens présents et des biens à venir, le partage est-il nul pour le tout, ou seulement en ce qui concerne la disposition sur les biens à venir? — Il est nul pour le tout, dit M. Genty. — Nous proposons pour la solution de cette question une distinction : si chaque enfant est apporportionné en biens présents et en biens à venir, la disposition qui touche les biens à venir

(1) Arrêt du parlement de Paris, 1626. — Auroux des Pomiers, sur l'art. 216 de la coutume de Bourgogne. — Furgole, *Testam.*, chap. VIII, section 5, nos 3 et 4.

est complètement nulle, mais celle des biens présents reste, selon nous, valable. L'enfant qui aura moins de biens présents qu'un de ses frères pourra alors attaquer le partage pour lésion. Mais si un enfant a été apporportionné en biens présents, l'autre en biens à venir, nous pensons qu'alors le partage devrait être considéré comme complètement nul.

178. Un ascendant qui ne peut pas aliéner certains biens, ne peut pas en faire l'objet d'un partage de présuccession.

La femme mariée sous le régime dotal est l'exemple que choisissent tous les commentateurs. Elle ne pourra pas partager ses immeubles dotaux entre ses enfants, excepté dans le cas des art. 1555 et 1556 du Code Napoléon.

179. Deux époux sont mariés sous le régime de la communauté : on se demande s'ils peuvent faire le partage de leurs biens communs ? Ils ne le peuvent pas.

Veulent-ils faire chacun séparément un acte de partage de leurs biens ? Comment le pourront-ils ? Connaissent-ils les objets qui leur reviendront ? Faire un partage provisoire de la communauté n'est point possible ; — cette communauté ne peut se diviser que par la mort d'un des époux ou par la séparation de biens prononcée en justice.

Veulent-ils faire un partage conjonctif ? Ils ne le peuvent pas par testament, en présence de la prohibition de l'art. 968 :

« Un testament ne peut être fait dans le même acte

» par deux ou plusieurs personnes, au profit d'un  
» tiers. »

Nous pensons qu'ils pourront, au moyen d'un acte entre-vifs, faire conjointement le partage de leurs biens communs entre leurs enfants, mais jamais distinctement (1).

180. Le père, en partageant ses biens, peut imposer à ses enfants toutes les conditions qui ne sont pas contraires aux lois ou aux bonnes mœurs. Il peut stipuler une rente viagère, garder l'usufruit des biens partagés. — Il peut imposer à ses enfants la charge de payer ses dettes, mais seulement celles qui existent à l'époque de l'acte. Il ne pourrait pas se réserver, par exemple, le droit de disposer des biens partagés; ce serait une condition dépendant purement de sa volonté, et qui vicierait l'acte (Code Nap., art. 944).

181. L'ascendant ne peut pas comprendre dans son partage des biens qu'il a précédemment donnés par préciput, car un préciput est une donation irrévocable; mais il n'en serait pas de même des dons faits en avancement d'hoirie?

182. Un père veut que ses enfants respectent son partage; alors il déclare priver de la quotité disponible ceux de ses enfants qui l'attaqueraient, et donner dans ce cas ces parts aux autres enfants ou à des tiers.

○ Nous croyons qu'une pareille clause est nulle. On

(1) *Nec obstat* l'art. 4422. Il n'est relatif qu'au mari qui veut agir sans le concours de sa femme.

ne peut pas permettre de faire valoir, au moyen d'une clause pénale, ce qui est prohibé par la loi; on aurait toujours, en effet, un moyen de faire indirectement ce qu'on ne pourrait faire directement. — Les enfants peuvent demander la nullité du partage, s'il y a lieu, et malgré la clause pénale ils ne sauraient perdre, selon nous, la quotité disponible (1).

183. Un père peut parfaitement stipuler le droit de retour des biens donnés par lui pour le cas du prédécès des copartagés, ou de l'un d'eux seulement. Cette condition est, en effet, permise dans les donations entre-vifs.

184. Tout partage supposant un droit de copropriété, qui existe *in toto et in qualibet parte rerum communium*, sur les objets à partager, cette opération doit avoir lieu de manière à respecter, autant que le permet la nature des choses, le principe d'après lequel se règle l'étendue de ses droits, dit M. Zachariæ (2).

En conséquence, ajoute-t-il, l'art. 832 doit être appliqué au partage. Cet article porte :

« Dans la formation et la composition des lots, on » doit éviter, autant que possible, de morceler les hé- » ritages et de diviser les exploitations, et il convient » de faire entrer dans chaque lot la même quantité de » meubles, d'immeubles, de droits ou de créances de » même nature et valeur. »

(1) Voir M. Genty, *Traité des partages d'ascendants*, page 180.

(2) Zachariæ, tome V, page 474, §§ 730 et 731. — Voir les annotateurs Aubry et Rau.

Un partage d'ascendants serait nul, d'après cet auteur, de même qu'un partage ordinaire, si un père de famille, distribuant ses biens de son vivant entre ses enfants, a attribué tous les immeubles aux uns, et tous les meubles aux autres. Devons-nous adopter cette opinion ?

D'abord, si les immeubles sont impartageables ou ne sauraient être divisés sans inconvénient, il paraît évident que la règle de 832 ne serait pas applicable, et il est généralement reconnu, dans ce cas, qu'un partage composant les lots d'objets d'une nature diverse serait valable. — Le père de famille pourra se soustraire à la règle de l'art. 827 du Code Nap., portant : « Si les immeubles ne peuvent commodément » se partager, il doit être procédé à la vente par » licitation. »

C'est, en effet, la plupart du temps afin d'éviter cette licitation après sa mort, que le père, qui veut que ses enfants conservent ses immeubles et désire leur éviter des contestations, fait le partage anticipé de ses biens ; — d'ailleurs, la loi a permis au père de famille de faire un partage et non une licitation (1)

185. En second lieu, et allant plus loin, quelques jurisconsultes pensent, contrairement à la jurisprudence, que la règle de l'art. 832 n'est pas applicable

(1) C'est ce que démontre M. Dubernet de Boscq, dans une dissertation de la *Revue critique de jurisprudence*. Août 1854, p. 445. — Voir Taulier, tome IV, page 209 et 210 ; — Zachariae, § 731, page 475, note 2 ; — Vazeille, sur l'art. 1079, n° 10.

au partage d'ascendants, alors même que les immeubles peuvent être facilement partagés. Ils invoquent les maximes de l'ancien droit : « Il est clairement décidé que les parents peuvent régler les partages, » comme ils trouvent à propos, » disait Furgole. « *Divisio à parentibus facta inter liberos, quocumque modo facta, valet,* » disait Brodeau, sur Louet.

Ce serait enlever une des plus grandes prérogatives de la puissance paternelle; ce serait même faire disparaître la raison d'être du partage d'ascendants, que de forcer les parents à faire entrer dans chaque lot une même quantité de meubles et d'immeubles. Les parents connaissent mieux que tous autres ce qui convient à chacun de leurs enfants. « A qui pourrait-on confier avec plus d'assurance la répartition des biens? » disait M. Bigot Prémeneu. Chacun des enfants a son aptitude ou sa position différente. Les uns exercent une profession industrielle ou s'y préparent; les autres sont mariés au loin : il faut à ceux-là des capitaux plutôt que des immeubles; d'autres, au contraire, restent agriculteurs. L'autorité des père et mère dans cette division suprême de leurs biens en faveur de leurs enfants, et dans leur intérêt bien entendu, ne saurait être affaiblie. « Ce serait plutôt le cas de l'augmenter, » disait Malville (1). — Les parents, conclue-t-on, et nous inclinons à adopter cette opinion, peuvent donner tous leurs immeubles à un des enfants, en lui imposant de payer à ses frères des soultes ou retours.

(1) Fénet, tome XII, page 255.

### CHAPITRE III.

#### Des effets du partage d'ascendants.

La loi présume toujours bien du *jugement* du père de famille.

Le tribun JAUBERT (Fénet, t. XII, p. 616).

Nous traiterons, dans deux sections séparées, des effets du partage testamentaire et de ceux du partage entre-vifs.

#### SECTION 1<sup>re</sup>.

##### DES EFFETS DU PARTAGE TESTAMENTAIRE.

186. Le partage testamentaire est essentiellement révocable, et c'est là ce qui le distingue principalement du partage entre-vifs. — Le testateur peut donc disposer valablement, à titre onéreux ou à titre gratuit, de tous les biens compris dans le partage. Le Code est silencieux sur ce qui touche la révocation du partage testamentaire. Nous lui appliquerons donc les règles établies par la loi dans les art. 1035 et suivants du Code Napoléon.

187. La révocation peut être expresse ou tacite.

*Expresse*, c'est-à-dire résultant d'une déclaration faite par le testateur dans un nouveau testament, ou dans un acte notarié constatant son changement de volonté. — Cette révocation peut être totale ou partielle.

*Tacite*, c'est-à-dire résultant de dispositions contenues dans un nouveau testament, qui, sans révoquer expressément les premières, sont néanmoins incompatibles avec elles (art. 1036).

L'art. 1038 met les actes d'aliénation au nombre des modes de révocation tacite des testaments. Peut-on les considérer comme révoquant un partage? Nous pensons, avec M. Zachariæ, que tout doit dépendre ici des circonstances.

On ne peut pas induire d'une simple aliénation qu'un ascendant veuille détruire un partage qu'il a fait pour assurer le repos de sa famille; on comprend la disposition de l'art. 1038, lorsqu'il s'agit d'un legs, disposition isolée, sans relation avec d'autres, et qui est venue changer l'ordre légal et le cours ordinaire des biens. — Une révocation pareille se conçoit et peut alors se présumer. — Mais lorsqu'il s'agit d'un partage, de cela seul qu'un ascendant a fait un de ces actes qu'exige une bonne administration, que l'on en aille induire qu'il a voulu révoquer le partage qu'il avait fait, cela est impossible.

Cependant, si la physionomie du partage avait été totalement changée, si les aliénations avaient porté sur tous les lots et nécessitaient, pour arriver à l'exécution de l'acte du père, une expertise de tous les biens,

une véritable liquidation entre les cohéritiers, nous pensons que le partage testamentaire devrait être considéré alors comme révoqué.

188. Dans le cas où le partage subsisterait, il est évident que le cohéritier, dont le lot a été aliéné en partie, aurait une action en indemnité contre les cohéritiers. — S'il prouvait même qu'il y a dans son lot lésion de plus du quart, il pourrait demander et obtenir la nullité du partage. L'indemnité que devront donner les cohéritiers à celui dont le lot a été aliéné partiellement devra être calculée sur la valeur réelle et non sur le prix, si cet objet a été vendu.

189. Les modifications, augmentations ou diminutions d'un lot doivent-elles exercer une influence sur le partage?

Dans les legs, ces changements profitent ou nuisent au légataire (art. 1019). En sera-t-il de même, dans le cas de partage, pour le cohéritier?

Ainsi que nous l'avons dit, le legs est une disposition isolée, sans corrélation avec les autres dispositions contenues dans le même testament.

Dans le partage d'ascendants, les divers apportionnements sont tous en relation directe les uns avec les autres. — Aussi pensons-nous que si les changements opérés par l'ascendant sur un des lots étaient tels que l'économie du partage fût gravement atteinte, ce partage pourrait être annulé. Si les changements ne sont pas d'une importance considérable, ils formeront simplement un sujet de compte entre les descendants.

190. Si l'ascendant a augmenté, par des acquisitions contiguës, la contenance d'un des immeubles attribué à un des lots, ces augmentations ne reviendraient pas au cohéritier auquel a été attribué l'immeuble, mais bien à la masse non partagée (conf. 1019).

191. Le partage testamentaire n'a d'effet qu'à la mort de l'ascendant. Quel est cet effet ? En quelle qualité les descendants sont-ils appelés à recueillir les biens dans le partage ? Sont-ils des légataires ou des héritiers ? Le partage est-il un acte d'attribution ou de simple distribution ? La succession qui s'ouvre est-elle testamentaire ou légitime ?

Cette question a une grande importance, au point de vue des conséquences diverses qu'elle entraîne selon sa solution.

Nous pensons que la succession est ici légitime, échue aux descendants qui la reçoivent à titre d'héritiers et non de légataires. — Un ascendant qui fait le partage de ses biens pour après sa mort ne fait que remplir l'office qui eût été départi au juge en cas de désaccord entre les descendants.

Qu'aurait fait le juge ? Il aurait partagé la succession légitime en suivant les règles de la vocation de la loi. — Le père de famille ne fait pas autre chose, il suit les règles de cette même vocation. Il fait avant ce que le juge eût fait après. — De ce que le partage d'ascendant peut dans une certaine mesure contenir des avantages indirects, il n'en faut pas conclure que cet acte soit autre chose qu'une simple distribution. — Ce ne sont pas, en effet, des avantages proprement dits,

mais bien des accidents de fait qui peuvent se rencontrer dans tout partage (1).

192. Comme conséquences :

1° En acceptant la succession, les enfants ne peuvent pas répudier le partage.

2° Les copartagés sont tenus *ultra vires* des dettes de leur auteur en leur qualité d'héritiers et proportionnellement à leur part héréditaire.

3° Ils ont le droit de répudier la succession ou de n'accepter que sous bénéfice d'inventaire.

4° Pour accepter le partage testamentaire, les incapables devront remplir les formalités prescrites pour l'acceptation des successions.

5° La femme mariée aura besoin, pour accepter, d'une autorisation de son mari ou de justice. Le tuteur autorisé par le conseil de famille acceptera pour le mineur.

6° Les cohéritiers se doivent la garantie, qui est la conséquence des partages de succession (art. 884), et qui n'a pas lieu en matière de donation ou de legs.

Cette garantie existera, non-seulement pour les évictions ou troubles qu'ils éprouveront à partir du décès, mais encore en raison des modifications apportées dans leur lot, du vivant du testateur.

7° Pour cette garantie, pour celle des soultes et du prix de licitation, il y aura lieu à un privilège, établi

(3) M. Genty, *Traité des partages d'ascendants*, page 198.

par la loi au profit des cohéritiers, sur les immeubles de la succession (art. 2103, 1°; 2109). — Un délai de quarante-cinq jours (art. 6 de la loi du 23 mars 1855) est accordé pour l'inscription de ce privilège; les quarante-cinq jours courent à partir du décès. Une fois ce délai expiré, le privilège dégénèrera en une simple hypothèque.

8° Le partage testamentaire d'ascendants constituant une succession légitime, ne sera pas assujéti aux causes qui entraînent la révocation des legs : inexécution de conditions, — ingratitude.

9° Les descendants, vis-à-vis les tiers, sous le rapport de la prescription acquisitive, seront dans la même position que l'ascendant. — Ils pourront prescrire les biens que l'ascendant était en voie de prescrire. — Ceux que ce dernier ne pouvait prescrire, en raison des vices de sa possession, ne pourront pas l'être par ses descendants. Il n'en serait pas ainsi si ces derniers tenaient leurs biens à titre de legs.

10° Le descendant qui renonce à la succession ne peut prétendre aux biens que lui attribue le partage; car il n'y a droit qu'en qualité d'héritier, et la renonciation lui fait perdre cette qualité.

193. En un mot, les descendants recueillant, à titre d'héritiers, les biens partagés par l'ascendant, ont, relativement à ces biens, soit entre eux, soit à l'égard des tiers, tous les droits et aussi toutes les charges attachés à la qualité d'héritier.

SECTION II.

EFFETS DU PARTAGE ENTRE-VIFS.

194. Pour étudier en détail les effets qui résultent du partage entre-vifs, nous nous placerons à deux époques : pendant la vie de l'ascendant, puis après sa mort.

§ 1<sup>er</sup>. — EFFETS DU PARTAGE PENDANT LA VIE DE L'ASCENDANT.

195. Ces effets doivent être considérés : 1<sup>o</sup> dans les rapports de l'ascendant avec les descendants ; 2<sup>o</sup> des descendants entre eux ; 3<sup>o</sup> relativement aux tiers.

1<sup>o</sup> *Rapports de l'ascendant avec ses descendants.*

196. Le partage entre-vifs se présente ici sous l'aspect d'une donation.

Donc : a) les enfants sont saisis actuellement et irrévocablement de la propriété des biens qui se trouvent compris dans le partage.

b) Les objets sont aux risques de chacun d'eux, une fois l'acte parfait.

c) L'ascendant est donateur ; donc il n'est pas tenu à la garantie, à moins de clause expresse, ou qu'il ne se trouve dans l'un des cas exprimés aux art. 2178, 1440, 1547 du Code Napoléon.

*d*) Le partage est révocable pour cause d'inexécution des conditions ;

*e*) Pour cause d'ingratitude ; s'il n'y a qu'un enfant ingrat, la révocation ne pourra être demandée que contre lui et non contre ses frères (art. 959). Les donations en faveur de mariage ne seront pas révocables pour cause d'ingratitude.

*f*) La violence exercée par un des donataires sur l'ascendant révoque le partage pour le tout.

*g*) Le partage entre-vifs ne peut comprendre que des biens présents (art. 943).

*h*) Il ne peut être fait sous des conditions dépendant de la seule volonté du disposant (art. 944).

*i*) Il ne peut être fait sous la réserve, par l'ascendant, de disposer plus tard des choses comprises dans le partage (art. 946).

*k*) Il ne peut être fait sous la charge d'acquitter d'autres dettes que celles qui existent actuellement (art. 945).

197. Si l'ascendant a imposé à ses enfants l'obligation de payer ses dettes, il est évident que cette clause du contrat doit être observée. — Remarquons toutefois qu'elle restera sans application quant aux dettes qui n'auront pas une date certaine antérieure au contrat de partage.

Mais supposons que le partage soit muet sur le paiement des dettes, les enfants seront-ils tenus de payer celles qui ont une date certaine antérieure au partage ?

C'est une question embarrassante, dit M. Mar-

cadé (1). Grande et importante question, et peu entendue, dont la plupart des auteurs n'ont pas compris la difficulté, avait dit Ricard (2). Toullier (3) enseigne que l'obligation de payer les dettes actuelles n'existe qu'autant qu'il résulte de l'acte que le disposant a entendu l'imposer. — M. Duranton dit que l'obligation (4) existera si la disposition a été faite à titre universel, et qu'elle n'existera pas si le disposant a procédé par l'attribution d'objets spéciaux. — Nous ne saurions adopter ces idées : il nous semble que de quelque manière que l'ascendant ait procédé, il y a toujours au fond disposition universelle, puisqu'il s'agit du partage d'un patrimoine, de la division d'une universalité entre diverses personnes appelées à devenir copropriétaires de cette universalité. — Un patrimoine, dit M. Marcadé, c'est l'actif diminué du passif (5). Nous pensons donc que l'obligation de payer les dettes existe ici de plein droit (6). C'était là l'opinion de Cujas (7).

198. On ne peut pas prétendre que le partage d'ascendants soit une succession anticipée, car *nulla est viventis hæreditas* ; dès-lors les enfants ne peuvent pas

(1) Tome IV, n° 265.

(2) *Traité des donations entre-vifs*, 3<sup>e</sup> partie, n° 4522.

(3) Nos 847 et 848.

(4) N° 630, M. Valette. — M. Mourlon, page 428, tome II.

(5) Voir M. Marcadé sur l'art. 1085, n° 3.

(6) Opinion conforme à celle de Grenier, n° 395 ; Delvincourt, Vazeille. — *Contra* M. Genty, page 239, n° 34, *Traité des partages d'ascendants*.

(7) Sur la loi 37, *de usu et usufructu per legat. dat.*

être considérés comme les continuateurs de la personne qui transmet, puisque cette personne existe toujours. En conséquence, ces dettes actuelles ne seraient pas dues par eux *ultrà vires*, mais seulement jusqu'à concurrence de la valeur des biens.

2° *Rapports réciproques des descendants entre eux.*

199. Le partage ne produit pas encore pendant la vie de l'ascendant les effets attachés à un partage de succession. — Le partage n'est encore qu'une donation entre-vifs.

Il est impossible de soumettre les descendants, dans leurs rapports entre eux, aux effets d'un partage ordinaire, avant de savoir s'ils seront héritiers; car ils peuvent renoncer à la succession de l'ascendant, et n'étant pas héritiers ils resteront simples donataires.

200. M. Genty, dans son *Traité des partages d'ascendants*, assimile, selon nous, avec justesse ces actes, pendant la vie de l'ascendant, à des donations collectives en avancement d'hoirie. — Ces espèces de donations sont destinées à valoir comme distribution d'une portion de la succession : tel est leur caractère; — mais si, par suite de la renonciation de l'héritier donataire, elles ne peuvent valoir comme avancement d'hoirie, elles gardent leur caractère de donations d'ascendants. — Il en est de même du partage entre-vifs; s'il ne vaut pas comme partage, il vaudra comme donation vis-à-vis celui des enfants qui renonce à l'hérédité.

201. Comme conséquences :

a) Il n'y a pas lieu à la garantie pendant la vie du père (1); chaque lot est passé directement, en effet, de l'ascendant dans le patrimoine du descendant. — Les enfants ne se transmettent rien entre eux. — Et celui-là n'a rien à garantir qui n'a rien transmis.

b) Mais le droit à la garantie est éventuel, — et cette éventualité suffit pour autoriser des mesures conservatoires de la part des enfants.

c) N'ayant pas encore la qualité de copartageants, les actions en nullité ou en rescision de l'acte considéré comme partage ne sont pas encore ouvertes à leur profit.

d) Les descendants n'ont pas, du vivant de l'ascendant, le privilège accordé par l'art. 2103 du Code Napoléon pour la garantie du partage et des soultes. C'est là une conséquence du principe que la garantie ne leur est pas accordée (2).

e) En conséquence, le délai indiqué par l'art. 2109, modifié par la loi du 23 mars 1855 (art. 6), pour faire inscrire le privilège, ne court que du jour du décès de l'ascendant, et non de l'acte de partage.

(1) *Contrà* Grenier, n° 394. — Voyez Toullier, n° 807; — Dalloz, tome VI, page 195; — Zachariæ, tome V, page 484; — Duranton, tome IX, page 623; — Chabot, sur l'art. 884.

(2) *Contrà* Zachariæ, page 484, n° 9, § 733.

### 3<sup>o</sup> Relativement aux tiers.

#### A. Rapports des tiers avec l'ascendant.

202. L'ascendant a perdu sur les biens partagés tous les pouvoirs attachés au droit de propriété.

Comme conséquences :

a) Il ne peut plus exercer les actions possessoires ou pétitoires relatives à ces biens.

b) Il ne peut plus les aliéner. S'il faisait un acte de vente de ces biens, cet acte serait non avenu, à moins que la donation-partage d'immeubles n'eût pas été transcrite antérieurement à cette vente.

c) Les tiers n'ont plus aucun droit sur les biens partagés par le père de famille entre ses enfants; — ils peuvent néanmoins exercer l'action révocatoire (art. 1167).

203. Une difficulté se présente ici; l'espèce suivante la fera comprendre.

Un père a distribué une partie de ses biens entre ses enfants: — il meurt laissant la quotité disponible de ses biens à un tiers; comment calculer cette quotité disponible?

On a prétendu que les biens partagés entre-vifs ne devaient pas, à la mort de l'ascendant, être comptés dans la masse pour la fixation de la quotité disponible.

Un père a trois enfants, 100,000 fr. de fortune: il a partagé entre ses enfants 75,000 fr. de son

vivant ; à sa mort il laisse la quotité disponible à un étranger.

Cette quotité disponible ne devrait, selon certains auteurs, n'être que du quart des 25,000 fr. non partagés par le père. Nous soutenons que la quotité disponible du père est de 25,000 fr.

Le partage entre-vifs, objecte-t-on, constitue un acte ayant des effets spéciaux et particuliers ; il est irrévocable, de telle sorte que les biens qui y sont compris sortent à tout jamais du patrimoine de l'ascendant. « Ils sont par là mis tout-à-fait en dehors de la succession. »

Mais ne peut-on pas répondre que l'art. 922 indique une manière et une seule manière de fixer la quotité disponible ?

Art. 922 :

« ..... On forme une masse de tous les biens existants au décès du testateur. On y réunit fictivement ceux dont il a été disposé par donation entre-vifs, d'après leur état à l'époque des donations, et leur valeur au temps du décès du donateur. — On calcule sur tous ces biens, après en avoir déduit les dettes, quelle est, eu égard à la qualité des héritiers qu'il laisse, la quotité dont il a pu disposer. »

Ces biens dont il a été disposé par donations entre-vifs comprennent évidemment les biens partagés. — Quant à l'argument tiré de l'irrévocabilité du partage, il tombe devant cette idée que la réunion fictive établie par l'art. 922 n'est nullement une révocation. L'irrévocabilité du partage est tout aussi bien

respectée que celle des donations entre-vifs, que l'on rapporte fictivement (art. 922) pour fixer la quotité disponible (1).

*B. Rapport des tiers avec les descendants.*

204. Les enfants ont acquis les biens que leur père a partagés entre eux ; dès-lors ils ont le droit d'en disposer et de les aliéner.

Comme conséquences :

a) Les choses partagées deviennent le gage des créanciers des enfants, en même temps qu'elles échappent à l'action personnelle des créanciers de l'ascendant.

b) Les descendants, comme tous acquéreurs à titre particulier, ne peuvent être soumis envers les créanciers de l'ascendant qu'à l'action hypothécaire et à l'action révocatoire, s'il y a lieu.

c) Les enfants sont des ayant cause à titre particulier vis-à-vis leur père. — Ils ne continuent pas sa personne, ni conséquemment sa possession. Si donc le partage comprend des biens que l'ascendant détenait de mauvaise foi, les enfants peuvent les acquérir s'ils sont de bonne foi, par la prescription de dix ou vingt ans. — Cela constitue une différence avec le partage testamentaire.

(1) Jurisprudence adoptée par les Cours de Paris, Douai, Bourges, Lyon, Agen, Angers, Caen, Amiens.

§ 2. — EFFETS DU PARTAGE ENTRE-VIFS A LA MORT DE  
L'ASCENDANT.

205. C'est alors que le partage d'ascendants devient vraiment un partage de succession. — Les descendants tiennent les biens distribués par l'ascendant à titre d'héritiers.

206. Les actions en nullité ou en rescision, si on peut les intenter contre ce partage, s'ouvrent alors à leur profit.

207. Le Code Napoléon, en consacrant le principe de l'égalité entre cohéritiers a, comme conséquence, admis celui de la garantie pour le cas d'éviction de tout ou partie des objets assignés au lot de l'un des copartagés, et de tout trouble de droit apporté à la jouissance des objets compris dans ce lot. — Il faudra que la cause d'éviction soit antérieure au partage, pour qu'on puisse exercer la garantie.

Une prescription qui a commencé avant le partage entre-vifs, et qui s'accomplit, peut être l'occasion d'un recours en garantie de la part du copartagé dont le lot est prescrit; c'est du moins ce que décident certains auteurs, et encore, ajoutent-ils, dans le cas où il a été impossible à l'héritier d'empêcher la prescription d'être acquise. — La prescription n'a, en effet, d'effet rétroactif au jour où elle a commencé, que dans l'intérêt de celui au profit duquel elle a couru.

La garantie doit cesser si le cas d'éviction a été excepté par une clause particulière et expresse; mais

la simple connaissance du danger ne fait pas obstacle, selon nous, à l'action en garantie.

Si l'éviction était la conséquence d'une faute imputable à celui des copartagés qui est évincé (884 du Code Nap.), l'action en garantie cesserait. — Cette action se prescrit par trente ans, à compter de l'éviction ou du trouble.

208. Si un des enfants renonce à la succession, il ne devient pas héritier, mais reste donataire. — En conséquence, on ne peut invoquer contre lui, et il ne peut invoquer, relativement aux biens compris dans le partage, aucun des effets qui résultent de la qualité de copartagé. — Il n'aura droit ni à la garantie ni à l'exercice des actions en nullité de l'acte considéré comme partage.

209. Qu'arrive-t-il quand un des enfants apportionnés est mort avant l'ascendant? La loi n'a pas prévu ce cas. Que décider? Il faut distinguer, dans le cas de partage fait entre-vifs, si l'enfant prédécédé a laissé ou non des enfants.

a) L'enfant prédécédé a laissé des enfants.

Les enfants recueillent, dans la succession, ce que leur auteur aurait recueilli lui-même; ils ont, dans leurs rapports avec leurs cohéritiers, tous les droits et toutes les charges qu'aurait eus leur auteur.

b) Le cohéritier prédécédé n'a pas laissé d'enfants.

Au premier abord, il semble que le lot qui a été attribué à cet enfant prédécédé est vacant, et qu'il doit en conséquence être partagé, conformément à la loi, entre les enfants qui ont survécu. En effet, dit M. Mour-

lon (1), ce n'est qu'en sa qualité d'héritier éventuel qu'il a été apporportionné. Cette qualité se trouve défail-  
lie. Elle ne s'est pas réalisée dans sa personne.

On ne peut admettre cette solution; le partage a été  
fait par acte entre-vifs; chaque enfant a été immédia-  
tement et irrévocablement investi de son lot. — Les  
biens de l'enfant prédécédé doivent faire retour à  
l'ascendant (art. 747), et c'est dans la succession de  
celui-ci que les enfants survivants viendront le re-  
cueillir.

210. Nous allons parler maintenant des actions en  
nullité ou en rescision du partage d'ascendants.

(1) Art. 1077, page 430, tome II.

## CHAPITRE IV.

### **Des actions en nullité et en rescision qui peuvent être contre le partage d'ascendants.**

(Art. 1078-1079 du Code Napoléon.)

#### SECTION I<sup>re</sup>.

##### DES CAUSES DE NULLITÉ DE RESCISION OU DE RÉDUCTION.

211. La loi indique trois causes de nullité du partage d'ascendants.

I. Elle le déclare nul : s'il n'est pas fait entre tous les enfants qui existeront à l'époque du décès et les descendants de ceux prédécédés (art. 1078).

II. Elle permet de l'attaquer, pour cause de lésion de plus du quart.

III. Et dans le cas où il résulte du partage et des dispositions faites par préciput, que l'un des copartagés a un avantage plus grand que la loi ne le permet (art. 1079).

Ces trois causes de nullité s'appliquent aussi bien au partage testamentaire qu'au partage entre-vifs.

§ 1. — LE PARTAGE DOIT ÊTRE FAIT ENTRE TOUS LES ENFANTS QUI EXISTERONT A L'ÉPOQUE DU DÉCÈS.

212. Le partage d'ascendants est la distribution par

le père, entre ses enfants, de ses biens. Comme le partage ordinaire, il ne peut avoir d'effet que si tous les cohéritiers ont pris part à la distribution.

Du moment que l'un des enfants n'a pas été compris dans le partage d'ascendants, la loi déclare nulle pour le tout cette disposition du père de famille. « Un nouveau partage pourra être provoqué dans la forme légale, soit par les enfants ou descendants qui n'y auront reçu aucune part, soit même par ceux entre qui le partage aurait été fait (art. 1078).

213. Postérieurement au partage, un enfant survient au père de famille. — Un enfant naturel est légitimé par lui ; — il en adopte un, un enfant absent reparaît : le partage est annulé (1).

214. Mais la circonstance qu'un descendant a été omis dans le partage, n'entraîne nullité qu'autant que ce descendant devient héritier.

Cet enfant, survenu au père de famille postérieurement au partage, meurt avant l'auteur du partage. L'acte subsiste. Il eût été nul si l'enfant omis avait survécu ; mais ce dernier n'existant plus au décès (art. 1078), n'ayant plus de droit à la succession, n'a pas à figurer dans le partage, et son omission ne peut par conséquent le vicier (2).

215. La loi ne s'explique pas pour les héritiers qui renoncent ou qui sont indignes. Ils existent au décès, mais ils n'ont aucun droit à la succession, aucun inté-

(1) Grenier, liv. I, n° 397.

(2) Duranton, nos 639, 640. — Zachariæ, tome 5, n° 732.

rêt au partage; il y a donc même raison-pour décider que leur omission n'entraîne pas la nullité de l'acte du père de famille.

216. Les mots partage *nul pour le tout* de l'art. 1078, veulent dire que les enfants ou descendants, qui n'ont pas reçu de part, peuvent ne tenir aucun compte d'un tel partage, et intenter une action après le décès de l'ascendant, comme si aucun partage n'avait eu lieu. Ce partage est, en effet, pour eux, *res inter alios acta*.

217. L'action en nullité peut, non-seulement être intentée par les enfants omis, mais encore par les enfants appportionnés au partage; l'art. 1078 le porte formellement. — Tous ont intérêt à provoquer l'issue d'une situation incertaine.

§ 2. — LE PARTAGE PEUT ÊTRE ATTAQUÉ POUR LÉSION DE PLUS DU QUART.

218. Lorsqu'un enfant est lésé de plus du quart dans la portion qu'il a reçue, il peut intenter une action en *rescision* contre le partage. L'action lui appartient à lui seul, et ne lui appartient qu'autant qu'il devient héritier.

219. La lésion s'estime eu égard aux biens partagés et non en prenant en considération la totalité des autres biens de l'ascendant. — On ne doit avoir nullement égard aux biens dont l'ascendant a disposé, en donnant la quotité disponible.

Il en résulte que la réserve d'un enfant peut être entamée sans que cet enfant ait le droit de se plaindre. Supposons un patrimoine de 40,000 fr. ; — la quotité

disponible a été donnée à un étranger ; — la réserve de chacun des trois enfants est de 10,000 fr. ; — le père a donné dans le partage 12,000 fr. à l'un, 10,000 fr. à l'autre, 8,000 fr. au troisième. — Ce dernier n'a nullement le droit de se plaindre, il n'y a pas lésion de plus du quart.

Réciproquement, un enfant qui a obtenu bien au-delà de sa réserve peut attaquer le partage pour cause de lésion de plus du quart.

Un des trois enfants a reçu, dans le patrimoine de 40,000 fr., la quotité disponible, 10,000 fr. ; — le père, dans le partage, ne lui attribue que 7,000 fr., et 23,000 fr. aux deux autres. Il y a, dans ce partage, lésion de plus du quart ; il est sujet à rescision (1).

220. Pour apprécier la lésion, on doit estimer les objets d'après leur état et leur valeur au moment de la mort si le partage est testamentaire, au moment où il produit ses effets s'il est fait par acte entre-vifs, c'est-à-dire au moment de son acceptation par les enfants.

L'acte rescindé est comme s'il n'avait jamais existé. Le juge doit rescinder le partage pour le tout. Les biens sont dès-lors dans l'indivision. — Un nouveau partage pourra être provoqué.

221. Nonobstant la rescision du partage, les libéralités par préciput, faites au profit de l'un des copartagés et indépendantes du partage, doivent être maintenues. — Le demandeur en rescision pour lésion n'a rien à prétendre sur ces dernières.

(1) Voir arrêt de la Cour de Caen, 21 mars 1838.

222. Lorsqu'en mariant un de ses enfants un père s'oblige, par contrat de mariage, à lui laisser une part égale à celle des autres (1), et qu'il procède ensuite à un partage dont le résultat est de violer l'égalité, sans donner cependant lieu à une lésion de plus du quart, nous pensons que l'enfant est fondé à se plaindre de toute lésion (2).

223. L'enfant qui aurait confirmé le partage de son père, après la mort de celui-ci, ne serait plus recevable à intenter l'action en rescision pour cause de lésion.

224. Nous pensons que l'art. 891 est applicable au partage d'ascendants dans le cas de lésion de plus du quart. Le désir de maintenir le partage et les droits que les tiers ont pu acquérir par le fait des cohéritiers a fait décider que les défendeurs pourraient arrêter le cours de l'action et empêcher un nouveau partage, en offrant et fournissant au demandeur le supplément de sa portion héréditaire.

§ 3. — AVANTAGE PLUS GRAND QUE LA LOI NE LE PERMET ACCORDÉ  
A UN DES ENFANTS APPORTIONNÉS.

225. Ce n'est plus une action en rescision que le législateur permet d'intenter quand il résulte du partage et des dispositions par préciput que l'un des copartagés a un avantage plus grand que la loi ne le permet, mais c'est une action en réduction. — Cela résulte du rapport fait au tribunal, au nom de la sec-

(1) Art. 1082, 1083.

(2) Zachariæ, page 491, tome V, § 734. — Duranton, IX, 655.

tion de législation, par le tribun Jaubert (séance du 9 floréal an II).

Bien que le législateur ait réuni, dans le même art. 1079, deux actions au moyen desquelles le partage d'ascendant peut être attaqué, on ne saurait cependant conclure que son intention a été de les assimiler. — Puisées à des sources différentes, ces deux actions, que le législateur s'est abstenu de qualifier, doivent être appréciées suivant la diversité de leur origine et de leur fondement (1).

Si la première constitue une action en rescision pour cause de lésion, la seconde est une action en réduction pour atteinte à la réserve.

Le législateur ne les a qualifiées, dans l'art. 1079, ni l'une ni l'autre, et a laissé ce soin à la doctrine, qui ne peut y parvenir qu'en remontant à l'esprit qui a dicté cet article et aux principes généraux.

Or, ici c'est d'une action en réduction qu'il s'agit, car elle est fondée sur une présomption légale absolue que l'avantage qui, de fait, ressort de la composition des lots, n'est pas l'effet d'une erreur de la part de l'ascendant, et qu'on doit en voir la cause dans l'intention où était ce dernier de gratifier par ce moyen le copartagé et d'entamer la réserve des autres. — Dès qu'il y a atteinte à la réserve, la seule action que l'on puisse intenter est l'action en réduction.

226. Voici le cas où elle est applicable :

(1) Zachariæ, page 492, § 734, tome V; et ses annotateurs, Aubry et Rau.

Un père a un patrimoine de 40,000 fr. et trois enfants. — Il a donné à l'un d'eux la quotité disponible par préciput. — Puis, dans un partage qu'il fait des biens réservés, il donne 10,000 fr. à un des enfants, à un autre 9,000 fr., et à celui qu'il a déjà avantagé par préciput 11,000 fr.

Ce partage est attaquant, non pas qu'un des enfants soit lésé de plus d'un quart, mais parce que celui auquel le père a donné 11,000 fr. en avait reçu déjà 10,000, et avait dépassé ainsi le montant de la quotité disponible et de sa réserve.

227. Il résulte des discussions au Conseil-d'Etat (1) qu'il importe peu, pour la recevabilité de l'action, ou que la disposition par préciput ait eu lieu dans l'acte qui contient le partage, ou bien qu'elle lui soit antérieure ou postérieure.

228. L'action en réduction dont nous nous occupons est régie par les mêmes principes que l'action en réduction ordinaire, sauf les dispositions de l'art. 1080.

Etudions cet article. — Il porte : « L'enfant qui, » pour une des causes exprimées dans l'art. 1079 » (lésion de plus d'un quart, avantage trop considérable), « attaquera le partage fait par l'ascendant, devra » faire l'avance des frais de l'estimation, et il les sup- » portera en définitive, ainsi que les dépens de la con- » testation, si la réclamation n'est pas fondée... »

La disposition de l'art. 131 du Code de procédure ne doit donc pas être suivie. — Cet article porte que,

(1) Locré (*Lég.* XI, page 266, n° 30).

dans les procès entre frères et sœurs, on peut compenser les dépens.

Le législateur n'a pas voulu que l'on attaquât trop légèrement les partages d'ascendants. — Si l'enfant demandeur triomphait, nous pensons, malgré l'avis de plusieurs auteurs, que l'art. 131 pourrait être appliqué par le juge.

229. L'action en réduction de l'art. 1079 n'a pas pour objet la rescision intégrale du partage (1), mais seulement la réduction des avantages excédant la quotité disponible. — Cet excédant se partagera comme succession *ab intestat* entre tous les enfants (2).

230. Une autre conséquence de ce que l'action accordée par l'art. 1079 est une action en réduction et qui la différence de l'action en rescision, c'est la durée pendant laquelle elle peut être exercée, que nous verrons dans la section suivante.

## SECTION II.

### DE LA DURÉE DES ACTIONS EN NULLITÉ, EN RESCISION ET EN RÉDUCTION DU PARTAGE D'ASCENDANTS.

231. 1<sup>o</sup> L'action qui compète aux enfants qui ont été omis dans le partage, est, à vrai dire, une action en

(1) Zachariæ, tome V, page 494, § 734. — *Contrà* Duranton, IX, 650; — Delvincourt, II, page 464 et 462. — Dans le sens de l'opinion de Zachariæ : Riom, 25 avril 1818; — Sirey, XX, 2, 278; — Req., rejet 6 juin 1834; — Sirey, XXXV, 4, 58; — Lyon, 22 juin 1825, — Sirey, XXV, 2, 366.

(2) Inadvertance de M. Duranton sur ce point, IX, 654.

pétition d'hérédité, laquelle dure trente années (art. 2262).

L'action de l'enfant, non compris dans le partage, ne pourrait jamais être soumise à la prescription édictée par l'art. 1304 du Code civil, quand même le partage serait entre-vifs.

La disposition de l'art. 1304 ne s'applique, en effet, d'abord qu'aux conventions, et ensuite aux conventions dans lesquelles on a été partie.

Si les enfants omis ne réclament pas, les autres enfants compris dans le partage peuvent en provoquer un nouveau dans la forme légale. — Ils ont le droit d'exercer l'action en partage qui durera aussi trente ans.

232. 2° L'action en rescision, pour cause de lésion de plus du quart, durera, selon nous, trente ans s'il s'agit d'un partage testamentaire, dix ans s'il s'agit d'un partage entre-vifs.

L'art. 1304 n'est, en effet, applicable que quand il s'agit d'une convention; or, un testament n'est pas une convention.

Dans les deux cas, le délai de la prescription courra du jour du décès de l'ascendant. — Avant cette époque, le partage ne produit aucune espèce d'effet, quand il est testamentaire. — Nous avons appliqué cette même règle au partage entre-vifs.

233. Le délai ne courra jamais à partir de la découverte de la lésion. La prescription court, en effet, contre toute personne majeure qui pouvait agir et qui est restée dans l'inaction. — Cette personne a, en effet, à

s'imputer une négligence de n'avoir pas immédiatement vérifié s'il y avait lésion. Nous argumentons à notre faveur du silence de l'art. 1304.

234. 3° L'action en réduction durera trente ans. Ce n'est pas une action en annulation ni en rescision. L'enfant agit comme héritier à réserve, il exerce une véritable pétition d'hérédité; donc l'art. 1304 ne lui est pas applicable. — Ces trente ans ne commenceront à courir qu'à partir du décès de l'ascendant, sans qu'il y ait à cet égard aucune différence à faire entre le partage testamentaire et le partage effectué par donation entre-vifs (1).

235. Nous n'avons pas examiné, dans notre travail, toutes les questions qui peuvent s'élever sur le partage d'ascendants; nous nous sommes bornés à un exposé de principes. Chaque jour, d'ailleurs, surgissent quelques contestations nouvelles, de telle sorte que certains auteurs ont été jusqu'à conclure à la suppression de la faculté du père de famille, répétant avec le vieux commentateur de la coutume de Nivernais, mort en 1603 : « Permettre le partage n'est pas à propos.... car un des enfants plus hargneux a tous jours occasion de dire l'un des lots être de plus grande valeur ou de plus grande incommodité que les autres (2). »

(1) Voir les annotateurs de Zachariæ, MM. Aubry et Rau, note 36, tome V, page 495, § 734.

(2) Guy Coquille, sur Nivernois. — *Institutions au droit français*, page 428, édit. de 1666.

Tout en regrettant la concision des textes de la loi et les incertitudes de la jurisprudence sur les partages d'ascendants, nous croyons que « cette partie de la » loi, comme disait le tribun Jaubert, est destinée » à donner une nouvelle force à l'autorité paternelle (1), » autorité qui ne doit jamais être affaiblie, ainsi que le proclamait Maleville au Conseil-d'Etat (2), mais bien fortifiée; qu'en conséquence, on devra toujours chercher à consolider la faculté que la loi accorde au père et à la mère, faculté dont l'exercice peut avoir une si grande influence sur le sort des familles, et qui est, pour les ascendants, le dernier et l'un des actes les plus importants de leur puissance et de leur affection.

(1) Fénét, tome XII, page 566.

(2) Fénét, tome XII, page 255.



PLAN DE LA THÈSE.

DE L'ACTION DE IN REM VERSO.

THÈSE DE DROIT ROMAIN.

CHAPITRE PREMIER.

DE L'ACTION DE IN REM VERSO.

Importance de l'action de in rem verso, dans le système de la responsabilité civile, par rapport à son rôle et à son caractère, et les faits qui ont donné lieu à son développement.

— Des actions de in rem verso. — Responsabilité. — Indemnité. — Réparation. — Le fait.

CHAPITRE II.

DE L'ACTION DE IN REM VERSO.

1. Définition de l'action de in rem verso.

2. Ses caractères et son rôle. — Avantages à en tirer de l'action de in rem verso.

3. Ses effets. — Réparation de l'action de in rem verso par rapport à l'indemnité.

PLAN DE LA THÈSE

DE L'ACTION DE LA BIEN PENSÉE

THÈSE DE DROIT ROMAIN

DE L'ACTION DE LA BIEN PENSÉE

# PLAN DE LA THÈSE.

---

## DE L'ACTION *DE IN REM VERSO*.

**Son origine. —**

**Ses applications. — Sa généralisation.**

---

### CHAPITRE PREMIER.

Généralités sur la capacité des fils de famille et des esclaves.

Rapports entre le chef de famille, qui a constitué un pécule profectice à son fils ou à son esclave, et les tiers qui ont contracté avec ces derniers.

Des actions *Quod jussu*. — *Exercitoria*. — *Institoria*. — *Tributoria*. — *De Peculio*.

### CHAPITRE II.

#### DE L'ACTION *de in rem verso*.

- § 1<sup>er</sup>. Caractères de l'action *de in rem verso*.
- § 2. Des cas où il y a avantage à se servir de l'action *de in rem verso*.
- § 3. Espèces diverses où l'action *de in rem verso* peut être accordée.

- § 4. Espèces diverses où l'action *de in rem verso* doit être refusée.

### CHAPITRE III.

#### GÉNÉRALISATION DE L'ACTION *de in rem verso*.

- § 1<sup>er</sup>. Son extension successive démontrée par des textes du Digeste et du Code.
- § 2. Caractères de l'action *de in rem verso* généralisée.
- § 3. Rapide coup-d'œil sur le Droit français.

## CHAPITRE PREMIER.

### Des rapports entre le chef de famille, qui a constitué un pécule profectice à son fils ou à son esclave, et les tiers qui ont contracté avec ces derniers.

#### SOMMAIRE.

- I. Le fils de famille ne peut être ni créancier ni propriétaire.
- II. Notions d'équité, — Institution des pécules tempérant la rigueur du droit.
- III. Ce que c'est qu'un Pécule.
- IV. Pécule profectice. — Le distinguer des autres pécules.
- V. L'esclave est assimilé au fils de famille quant au pécule profectice.
- VI. Quelques différences provenant de la différence de leurs conditions.
- VII. Le créancier du fils ne peut actionner ni le fils ni le père.
- VIII. Les prêteurs introduisent certaines actions pour y remédier.
- IX. Caractères de ces actions.
- X. Elles sont liées intimement à l'action *de in rem verso*.
- XI. De l'action *quod jussu*.
- XII. Des actions exercitoires et institoires.
- XIII. Leur différence avec l'action *quod jussu*.
- XIV. Leur extension.
- XV. De l'action tributoire.
- XVI. De l'action *de peculio*.
- XVII. Des déductions à opérer par le maître ou le père dans le cas de cette action.
- XVIII. Suite. Cas où ces déductions ont lieu.
- XIX. De l'intérêt qu'a le créancier à intenter l'action tributoire plutôt que l'action *de peculio*, et réciproquement.
- XX. Suite. Particularité sur la tributoire.
- XXI. De la durée de l'action *de peculio*.
- XXII. De la formule de ces diverses actions.

I. Dans notre droit français, l'enfant, dès sa naissance, a une personnalité bien distincte de celle de son

auteur ; il est capable d'avoir des biens et des intérêts propres. La puissance du père sur son fils est surtout organisée dans un but de protection pour la personne et les biens de ce dernier.

Il n'en était pas de même dans la législation Romaine. L'enfant, dans le droit de Rome, n'a ni personnalité ni patrimoine. Sa personne se confond et s'absorbe dans celle de son père ; celui-ci a sur son fils une puissance aussi absolue que sur ses esclaves (1).

Ce régime rappelait l'unité du commandement et les habitudes de la vie militaire. Espèce de cohorte au petit pied, la famille romaine se résumait dans son chef.

Simple instruments d'acquisition pour le père de famille, les enfants et les esclaves ne pouvaient jamais se prétendre propriétaires ou créanciers. Les acquisitions qu'ils pouvaient faire ne s'arrêtaient pas, en effet, sur leur tête, et profitaient immédiatement à celui à la puissance duquel ils étaient soumis.

II. Les notions d'équité et de droit naturel qui s'introduisirent, dans le droit romain, dans les derniers temps de la république, tempérèrent la rigueur de la

(1) Droit de vie et de mort (Denys d'Halicarnasse, II, 4. Suétone, lib. XXXV. Valère Maxime, V, 8. Quintilien, décl. 3), transformé plus tard en un simple droit de correction (ff. *si à parente quis manumissus sit*. Loi 5, XXXVII, 12. Code de *patria potestate*, lib. VIII, tit. 47). — Droit de vendre ses enfants jusqu'à trois fois, Gaius, comm. I, § 132. — *Tabula quarta, ex lege duodecim tabularum. Ferè nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus* (Gaius, comm. I, § 55).

puissance du père sur son fils, du maître sur son esclave; et une modification des règles absolues qui interdisaient aux enfants et aux esclaves l'exercice de tout droit de propriété ou de créance, fut le résultat de l'institution des pécules.

III. On appelait Pécule, dans l'ancien droit romain, une somme d'argent ou une certaine quantité d'objets que le père remettait à ses enfants, dont ces derniers avaient personnellement l'administration et l'usage, mais seulement par tolérance, tant que le chef de famille le voulait bien (1).

IV. Les commentateurs ont donné à ce pécule le nom de *Profectitium* : *quod proficiscitur à patre*; pour le distinguer des autres espèces de pécules qui s'établirent dans la suite.

Sous Auguste, il fut décrété, en effet, que tous les biens acquis par le fils, à l'occasion du service militaire, constitueraient pour ce dernier un pécule particulier, qui serait sa propriété exclusive et indépendante du patrimoine du père de famille; on l'appela pécule *castrense*. A l'imitation du pécule *castrense*, les Empereurs créèrent les pécules *quasi castrense et adventice*.

V. Le chef de famille pouvait constituer un pécule profectice à son esclave aussi bien qu'à son fils; seulement, pour que l'esclave pût administrer et aliéner ce pécule, il fallait qu'il eût reçu spécialement de son maître la *libera peculii administratio*. Le fils de famille

(1) F. 5, §§ 3 et 4. — F. 6 de *peculio*, ff. 45, 1. — F. 3, § 3. — F. 7, § 4 de *peculio*; ff. 45, 1.

en avait aussi besoin, mais il était toujours présumé l'avoir reçue, à moins d'une défense formelle (1).

VI. L'esclave n'avait pas d'existence civile et politique ; le fils de famille était citoyen romain. Il y avait donc des actes permis à ce dernier que l'esclave ne pouvait pas accomplir. Le fils de famille pouvait, par exemple, figurer en justice ; l'esclave ne le pouvait pas (2). Le fils de famille pouvait déférer le serment extrajudiciaire ; ce droit était contesté à l'esclave (3).

Le fils de famille pouvait cautionner un tiers pour une dette quelconque ; l'esclave le pouvait seulement quand l'engagement avait rapport à l'administration du pécule (4).

A part ces quelques distinctions, qui tiennent à la différence de condition de ces deux personnes, aux yeux de la loi romaine les fils de famille étaient, pour ce qui concerne le pécule profectice, entièrement assimilés aux esclaves (5).

VII. Le chef de famille profitait des obligations que les tiers pouvaient contracter envers ses enfants et ses esclaves, de même que des acquisitions faites par ceux qu'il avait sous sa puissance, mais il n'était jamais tenu

(1) F. 7, § 1, *de peculio* ; ff. 45, 1. — Loi 40, Code *quod cum eo qui*, 4-26.

(2) F. 24 *de jurejurando*, ff. 42, 2.

(3) F. 5, § 2 *de peculio*. — ff. 45, 1. — F. 20 *de jurejurando*, ff. 42, 2.

(4) F. 3, § 9, *de peculio*. — ff. 45, 1. — F. 49, *de fidejuss.* — ff. 46, 1.

(5) *Inst.* de Justinien, lib. IV, tit. VII, § 6, *quod cum eo contractum est*.

des dettes que ces derniers pouvaient contracter envers des tiers. D'après le droit civil, en effet, personne ne peut être tenu de l'engagement d'un autre, pas même celui qui a l'obligé sous sa puissance. Celui donc qui avait une créance contre le fils ou l'esclave, ne pouvait pas actionner le père ou le maître. Le créancier ne pouvait pas non plus poursuivre directement le fils ou l'esclave qui n'avaient pas de personnalité; le créancier se trouvait donc privé de tout recours.

VIII. Cependant les préteurs corrigèrent ici la rigueur du *jus civile*, et plusieurs actions furent créées dans le domaine du droit prétorien contre le père au profit du créancier du fils, contre le maître au profit du créancier de l'esclave. On distingua les obligations qui avaient été contractées :

- 1° Par ordre du père;
- 2° Sans ordre, mais à la connaissance du père;
- 3° Sans ordre et à l'insu du père.

Dans le premier cas, l'action s'appela *quod jussu, exercitoire* ou *institoire*; dans le second, elle prit le nom de *tributoire*; dans le dernier cas, elle fut dite *de peculio* et *de in rem verso*.

IX. Ces actions ne sont pas des actions proprement dites; elles se rattachent à des actions civiles. Si l'obligation a été contractée par le fils, par exemple, au moyen d'un commodat ou d'une vente, l'action qui sera donnée sera l'action *empti* ou *commodati, quod jussu*, ou *institoria*, ou *exercitoria*, ou *tributoria*, ou *de in rem verso*. C'est par ce motif que les actions de cette espèce sont appelées *adjectivæ qualitatis*. Ce sont

de simples locutions adjectives, que l'on ajoute au nom des actions et qui entrent dans la rédaction des formules, pour indiquer, soit la circonstance qui motive l'exercice de l'action contre le père, soit la limite que le juge ne devra pas franchir en condamnant.

X. L'action *de in rem verso*, dont nous nous occuperons spécialement, est liée d'une manière trop intime et se combine trop souvent avec les actions que nous venons de nommer pour que nous ne disions pas quelques mots sur chacune d'elles.

XI. Si une personne traite avec un fils de famille par ordre du père, le préteur donne contre ce dernier une action pour le tout (*in solidum*), parce que celui qui contracte ainsi, paraît avoir suivi la foi du maître; c'est là l'*actio quod jussu* (1). Tout ce qui a été fait par la volonté du maître est censé fait en quelque sorte par le maître lui-même.

XII. Sur le même motif d'équité sont fondées les actions *exercitoria* et *institoria*. « *Eadem ratione prætor duas alias in solidum actiones pollicetur* (2). » Justinien nous apprend que l'action *exercitoire* était ainsi appelée à *præponente*, parce que celui qui préposait à la direction d'un navire s'appelait *exercitor*. — L'action *institoire* était ainsi appelée à *præposito*, parce que celui que l'on préposait à la direction d'une boutique ou d'un commerce quelconque s'appelait, en droit romain, *institor*.

XIII. Dans ces trois actions, *quod jussu*, *exercitoria*,

(1) *Inst.* de Justinien, titre VII, § 1. *Quod cum eo contractum est.*

(2) *Inst.* de Justinien, titre VII, § 2, *eodem titulo.*

*institoria*, le maître était condamné pour le tout; il avait, en effet, donné un *jussus*, et « *qui contrahit, fidem domini sequi videtur* (1). » La différence qui existait entre ces trois actions était celle-ci : dans l'action *quod jussu*, l'ordre était donné spécialement pour un acte déterminé; dans les actions institoire et exercitoire, au contraire, l'ordre était donné une fois pour toutes, mais c'était toujours pour le même acte.

XIV. On étendit bientôt ces actions, établies pour favoriser le commerce, au cas où le préposé était une personne indépendante et libre. Cette exception fut encore généralisée plus tard, et une dérogation importante à ce principe : *Que nul ne peut promettre ou stipuler pour autrui*, fut consacrée par la permission qu'accorda le droit prétorien à ceux qui avaient traité avec un mandataire, d'agir directement contre le mandant au moyen d'une action institoire utile (2).

XV. « Le préteur a introduit une autre action qu'on appelle *tributoria* (3). » Voici dans quel cas elle était donnée : Le fils ou l'esclave (tout ce qui se rapporte à l'esclave s'applique ici au fils de famille) n'a pas reçu d'ordre de son père ou de son maître; mais celui-ci a connaissance de l'exploitation ou du commerce fait avec le pécule. Le maître ne peut point être tenu de tous les engagements de l'esclave; mais le préteur décide que

(1) Loi 11, § 2, de *instit. actione*. — ff. 14, 3.

(2) ff. *Mandatū vel contrā*, loi 10, § 5; 17, 4. — Loi 13, § 25. ff. 19, 4, de *actionibus empti et venditi*. — Loi 19; 14, 3 de *institoria actione* (opinions de Papinien).

(3) *Inst.*, lib. IV, tit. VII. *Quod cum eo, etc.*

tout « ce qui a été mis dans le commerce et tout ce » qui en est provenu, sera partagé proportionnellement » entre le maître, s'il lui est dû quelque chose, et les » autres créanciers (1). »

C'est le maître qui fait ce partage; mais s'il l'a mal fait, s'il a, dans la distribution, retenu quelques objets, chacun des créanciers obtient contre lui l'action tributoire, au moyen de laquelle ceux-ci se font allouer tout ce qu'ils auraient dû avoir (2).

Pour que cette action fût donnée contre le maître ou le père, il fallait qu'il y eût eu dol de la part de ce dernier; mais on entendait ce mot *Dol* d'une manière très-large (3).

XVI. Mais le fils ou l'esclave ont traité sans la volonté et à l'insu du père ou du maître; ceux-ci ne peuvent pas être engagés personnellement; mais, en constituant un pécule à son fils ou à son esclave, le père ou le maître est censé lui avoir donné tacitement la permission de contracter; dès-lors il est tenu à concurrence du pécule, et les créanciers pourront intenter contre lui l'action dite *de peculio* (4). Pour connaître la consistance du pécule, il faut retrancher tout ce que l'esclave doit à son maître; en d'autres termes, le maître a sur tous les créanciers de son esclave un droit de préférence fondé sur cette idée que le maître,

(1) *Inst.*, lib. IV, titre VII. *Quod cum eo*, etc., § 2.

(2) ff. loi 7, §§ 2 et 3. — ff. 14, 4, *de tributoria actione*.

(3) 7, §§ 2, 3, ff. 14, 4.

(4) *Inst.* de Justinien, lib. IV, titre VII, § 4.

ayant toujours à sa disposition le pécule, a dû prévenir les autres créanciers, « *creditor prævenisse dominus* (1), » et se payer le premier. Ce droit de préférence s'exerce au moyen d'une *déduction*.

XVII. D'après le droit civil, il ne pouvait pas, sans doute, y avoir de rapports d'obligation entre un maître et un esclave; mais il en était autrement d'après le droit prétorien. Le maître, créancier de son esclave, prèlevait sur le pécule le montant de tout ce qui pouvait lui être dû, par exemple, comme gérant d'affaires ou associé; mais la déduction ne devait être faite par le maître que s'il n'avait pas d'autre moyen de rentrer dans ce qui lui était dû (2).

XVIII. L'esclave peut s'être obligé envers son maître, non-seulement par contrats, mais par reliquats de comptes ou par délits (3). Toutes ces obligations vis-à-vis du maître donneront lieu à la déduction. Ce dernier pourra déduire, non-seulement ce qui lui sera dû, mais encore ce qui est dû à ceux qui se trouvent sous sa puissance, à ses esclaves ou à ses fils de famille (4), même ce qui est dû aux personnes qui sont sous sa tutelle ou curatelle (5). Le pécule du *vicarius* est compris, comme le *vicarius* lui-même, dans le pécule de l'*ordinarius*; mais le pécule de l'*ordinarius* ne doit pas être confondu avec celui des vicaires, quant

(1) Loi 9, § 2. — ff. 45, 1, *de peculio*.

(2) Loi 14, § 6, *de peculio*. — ff. 45, 1.

(3) Loi 9, § 6, *de peculio*.

(4) ff. loi 9, § 3, *de peculio*.

(5) ff. loi 9, § 4, *eodem titulo*.

aux dettes contractées par ceux-ci (1). Le maître peut donc déduire du pécule du *vicarius* ce qui lui est dû par l'*ordinarius* ; mais il ne peut pas déduire du pécule de l'*ordinarius* ce qui lui est dû par le *vicarius* (2).

XIX. Celui qui a le droit d'exercer l'action *tributoria* a celui d'exercer l'action de *peculio* , ainsi que le dit formellement Justinien (3) ; mais le créancier semble avoir intérêt à exercer l'action tributoire plutôt que l'action de *peculio* ; car, dans ce cas, le maître vient au même rang que lui et n'a aucun droit de préférence ni de déduction à exercer.

Mais d'une autre part, dans l'action tributoire, porte la loi 5 du titre de *tributoria actione*, § 19 (4), le créancier qui se fait payer doit déposer caution de faire le rapport de ce qu'il reçoit aux autres créanciers qui pourraient survenir. Le créancier qui agissait de *peculio* ne rapportait rien aux créanciers du même pécule qui se présentaient plus tard.

XX. Dans l'action de *peculio* , on avait égard à la totalité du pécule, jusqu'à concurrence duquel les créanciers pouvaient poursuivre le maître : dans la *tributoria* , on n'avait égard qu'à la partie destinée à faire ce commerce ; cette partie pouvait ne pas être la totalité. Les jurisconsultes romains allaient même plus loin, dans le cas de l'action tributoire. Un créancier veut se faire payer à raison du prêt qu'il a fait pour acheter des

(1) ff. loi 47, *eadem titulo*.

(2) ff. loi 48, *eadem titulo*.

(3) *Inst.*, lib. IV, tit. VII, § 5, *dicto titulo*.

(4) ff. 44, 4.

marchandises qui sont dans tel magasin ; il exerce l'action tributoire. Cette action portera sur les valeurs de ce magasin seulement, et non pas sur celles du magasin voisin, régi par le même *institor*. On comprend que, dans certains cas, il sera plus avantageux d'user de l'action de *peculio*, malgré le droit de privilège du père ou du maître.

XXI. Le créancier qui veut intenter l'action de *peculio*, n'est pas enfermé dans un délai fatal pour l'exercer tant que dure le pécule. Le pécule était, en effet, une personne juridique qui s'éteignait une année après la mort, l'affranchissement ou l'aliénation de l'esclave ; *sicut homo nascitur, crescit, decrescit, moritur*, portent, en effet, plusieurs textes.

Quand le fils ou l'esclave deviennent *sui juris* ou qu'ils sont morts, le pécule cesse d'exister, *en tant que pécule*, entre les mains du maître ou du père (1) ; l'action de *peculio* est alors annale, c'est-à-dire que les créanciers n'ont qu'une année pour agir, si, à l'époque de l'extinction du pécule, ils pouvaient intenter l'action (2). — L'année accordée aux créanciers sera une année utile, c'est-à-dire qu'on ne comptera pas dans ce délai les jours où l'on ne rend pas la justice (3).

XXII. Quelle était la formule des diverses actions que nous avons énumérées ? C'est ce que nous ne savons pas. — Par conséquent, nous ne pouvons pas dire quelle était la modification que le préteur faisait subir

(1) ff. loi 4, § 1, *quando de peculio annalis est actio*.

(2) ff. loi 4, § 3, *quando de peculio actio annalis est*.

(3) ff. loi 4, § 2, *quando, etc.*

aux actions directes pour les transformer ainsi, et les donner contre le maître, à raison des faits de l'esclave ou du fils de famille. Remarquons cependant que, dans les actions *quod jussu*, *exercitoria*, *institoria*, *tributoria*, la condamnation devait rester toujours la même, *in solidum*, comme si le maître avait contracté lui-même. — Dans l'action *de peculio*, la condamnation devait être modifiée, puisqu'on lui apportait une restriction à concurrence du pécule. On apportait de même une restriction, à concurrence de ce qui avait pu tourner au profit du maître ou du père de famille, dans la condamnation de l'action *de in rem verso*, dont il faut parler maintenant d'une manière spéciale.

## CHAPITRE II.

### De l'action *DE IN REM VERSO*.

#### SOMMAIRE.

##### § 1<sup>er</sup>. — CARACTÈRE DE L'ACTION *de in rem verso*.

- XXXIII. Introduction par le prêteur de l'action *de in rem verso*.
- XXXIV. Dans quel cas est-elle donnée à la place de l'action *de peculio* ?
- XXXV. On peut les intenter toutes les deux à la fois.
- XXXVI. Confusion de ces deux actions.
- XXXVII. Leur formule d'après Heinecius.
- XXXVIII. Pouvoir du *judex*.
- XXXIX. Théorie de Keller. — Les clauses *de peculio* et *de in rem verso* confondues forment une action arbitraire.
- XXX. L'action *de in rem verso* est *adjectitiæ qualitatis*.
- XXXI. Elle est perpétuelle.
- XXXII. Quoique souvent confondue avec l'action *de peculio* elle s'en distingue parfaitement.

##### § 2. — DES CAS OU IL Y A AVANTAGE DE SE SERVIR DE L'ACTION *de in rem verso*.

- XXXIII. Intentée à la place de l'action *quod jussu*. — Aucun avantage.
- XXXIV. A la place de l'action tributoire. — Grand intérêt dans certains cas.
- XXXV. A la place de l'action *de peculio*. — De même dans certains cas.
- XXXVI. De la *condictio*.
- XXXVII. Son extension par la jurisprudence.
- XXXVIII. La *condictio* ne rend pas inutile l'action *de in rem verso*.
- XXXIX. Cas où cette dernière peut être intentée et non la *condictio*.

##### § 3. — ESPÈCES DIVERSES OU L'ACTION *de in rem verso* EST ACCORDÉE.

- XL. Loi 3, § 2, *de in rem verso*. — Cas d'enrichissement par le maître.
- XL bis. Loi 5, § 2. — Cas de ratification par le maître.

- XLI. Il suffit qu'il y ait eu bénéfice lors du prêt, par le tiers. Loi 3, § 7 et 8.
- XLII. Même cas. — Loi, § 2, *eodem titulo*.
- XLIII. Cas où la dette du maître a été payée. — Loi 7, § 1.
- XLIV. Cas où un esclave a emprunté pour se nourrir. — Loi 3, § 3.
- XLV. Achat d'un fonds de terre. — Loi 12.
- XLVI. Vente d'une hérédité. — § 4, loi 7.
- XLVII. Esclave appartenant à plusieurs maîtres. — Lois 13 et 14.
- XLVIII. Des intérêts de la somme qui a profité au maître. — Loi 10, § 5.
- XLIX. Cas où le créancier est *negotiorum gestor*. — Opinion de Lauterbach.

§ 4. — ESPÈCES DIVERSES OU L'ACTION *de in rem verso* NE PEUT PAS ÊTRE ACCORDÉE.

- L. Cas où le créancier a été trompé par l'esclave. — Loi 3, § 9.
- LI. Argent employé en dépenses voluptuaires. — Loi 3, § 2.
- LII. Esclave débiteur de son maître. — Loi 3, § 7.
- LIII. Argent employé à des choses inutiles que l'esclave a déclaré être indispensables à son maître. — Explication de la loi 5 *princip.*, d'après Glück.
- LIV. Fils de famille qui s'engage par constitut pour son père. — Loi 15.
- LV. Cas de compensation entre le maître et l'esclave. — Loi 10, § 8.
- LVI. Cas analogue. — Loi 10, § 9.
- LVII. Somme empruntée par l'esclave pour payer son maître. — Loi 10, § 7.
- LVIII. Prix de vente dissipé par l'esclave. — Opinion d'Alfénus. — Loi 16, *eod. tit.*

§ 1<sup>er</sup>. — CARACTÈRE DE L'ACTION DE *IN REM VERSO*.

XXIII. L'action *de peculio*, ainsi que nous l'avons vu, était annale, quand l'esclave avait été vendu ou affranchi, quand le fils était mort ou avait été émancipé, quand le maître ou le père avait retiré le pécule à son esclave ou à son fils. Une fois le délai d'un an expiré, le créancier n'avait plus aucun droit; le maître n'ayant pas même eu connaissance des opérations faites par son esclave, ne pouvait pas être engagé personnellement, le pécule seul pouvait être pour-

suivi ; or, il n'existait plus comme individualité. Le tiers qui avait agi de bonne foi perdait ce qu'il avait prêté; d'un autre côté le père ou le maître s'enrichissait. L'équité n'était-elle pas froissée de ce résultat ? C'est à cette injustice que le préteur voulut remédier en instituant l'action *de rem in verso*. « Quoique l'esclave ait » traité sans la volonté de son maître, si l'opération a » profité à ce dernier, il sera tenu jusqu'à concurrence » de ce profit (1), » nous dit Justinien. L'action *de in rem verso* est la consécration de cette règle de droit naturel : *Æquum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiores*.

XXIV. Toutes les fois qu'un créancier intentait l'action *de peculio*, et était repoussé par une exception tirée du fait de l'expiration de l'année utile, le préteur accordait l'action *de in rem verso*, et ordonnait au juge d'examiner si le maître ne s'était pas enrichi aux dépens du créancier.

XXV. Bientôt, la formule de l'action *de in rem verso* fut confondue avec celle de l'action *de peculio*, et donnée alors même que le pécule n'avait pas cessé d'exister ; car, disait-on, quand le père ou le maître s'est enrichi par le fait du créancier, le motif est le même pour accorder dès-lors à ce dernier l'action *de in rem verso*, plutôt que d'attendre la disparition du pécule en tant qu'individualité.

» *Cum ancilla contrahenti, adversus dominum in quantum locupletius ejus peculium factum est, ea super-*

(1) *Inst. de Just.*, lib., IV, tit. VII, § 3.

» stite, ac post mortem ejus intrà annum dandam actionem non ambigitur (1). »

Pas de doute que, quoique l'action de *peculio* puisse être encore exercée (puisque l'esclave vit encore, ou que l'on se trouve dans le délai de l'année utile), l'action de *in rem verso* ne puisse être intentée.

XXVI. On comprend comment il se fit que les actions de *peculio* et de *in rem verso*, étant données simultanément, se trouvèrent confondues d'ordinaire, au point qu'elles ne formèrent plus qu'une seule action, ce qui faisait dire à Gaius (2) qu'il n'y avait qu'une action contenant deux *condemnationes*. *Licet enim una est actio qua de peculio, deque eo, quod in rem domini versum erit agitur, tamen duas habet condemnationes.*

XXVII. J'emprunte à Heinecius (3) la formule probable de ces deux actions réunies.

*Aio me Stichio Mævii servo, centum credidisse, ut Mævii domum cadentem fulciret, et Mævium quatenus et in rem versum est, et in peculio Stichii esse constabit, dare mihi oportere.*

XXVIII. Le juge avait le pouvoir de condamner le maître jusqu'à concurrence du profit que lui avait procuré l'opération, ou seulement jusqu'à concurrence du pécule, ou même, ainsi que le porte le texte de Justinien, copié dans Gaius (4), de condamner le maître

(1) Code Const., 41, tit. XXVI, lib. IV. *Quod cum eo qui in aliena.*

(2) Gaius, comm. IV, § 73.

(3) Heinecii, *Antiq. Rom.*, 4, 7, 5.

(4) Gaius, comm. IV, n° 73. — *Inst. de Justin*, lib. IV, tit. VII, § 4, *in medio.*

pour le profit par lui retiré et pour le surplus, jusqu'à concurrence du pécule.

» Le juge, ajoute le texte, devant qui on portera  
» l'action, examinera d'abord si l'opération de l'es-  
» clave a tourné au profit du maître; il ne passera à  
» l'estimation du pécule (*nec aliter ad aestimationem*  
» *pæculii transit*) que lorsque cette opération n'aura  
» pas profité au maître ou ne lui aura profité qu'en  
» partie. »

XXIX. Keller, dans son traité de la *Litiscontestatio* (1), rapportant ce texte, frappé par cette condamnation double, croit y voir le caractère de l'action arbitraire. Cette obligation, dans laquelle se trouve le juge d'examiner *avant tout* si l'opération n'a pas profité au maître, ressemble, dit-il, au *jussus* des actions arbitraires, où le juge ne passait à la condamnation proprement dite qu'après avoir essayé de faire restituer la chose.

XXX. Nous avons vu qu'à l'exemple des actions *quod jussu*, *tributoire* et *de peculio*, l'action *de in rem verso* n'était pas une action proprement dite; c'était une simple locution adjectivale ajoutée aux autres actions, et qui entrait dans la rédaction des formules. Ainsi, s'il s'agit d'une vente faite à un *alieni juris*, le vendeur pourra, dans certains cas, avoir contre le père l'action *venditi de in rem verso*.

La clause *de in rem verso* devait être ajoutée à

(1) *Ligur*, 1827. § 50, *Seite* 422.

la *condemnatio* des formules auxquelles elle était adaptée (1).

XXXI. L'action *de in rem verso* était perpétuelle. *De in rem verso actio perpetua est*, porte formellement la loi 15, § 1, *in fine* du titre du *Digeste* (2).

XXXII. La formule *de in rem verso* est confondue ordinairement avec celle de *peculio*, mais nous avons vu que ces deux actions ne se confondaient pas en tant qu'actions, puisque la première était donnée au cas où la seconde faisait défaut. Nous allons voir que l'action *de in rem verso*, bien distincte de celle de *peculio*, peut être donnée à la place de l'action *tributoria*, et même, au besoin, à la place de l'action *quod jussu* (3).

Nous nous réservons, en outre, de chercher à montrer l'action *de in rem verso* se dégageant complètement de l'action de *peculio*, grâce à l'extension que lui donneront les prêteurs, formant alors, et sans conteste, une action ayant un caractère propre et original.

§ 2. — DES CAS OU IL Y A AVANTAGE A SE SERVIR DE L'ACTION  
*de in rem verso*.

XXXIII. « Il est indubitable que celui qui a con-  
» tracté avec un esclave, lequel en avait reçu l'ordre  
» de son maître et qui a l'action institoire ou exerci-  
» toire, peut aussi intenter l'action *de peculio* et *de in*

(1) M. Bonjean, tome II, § 305.

(2) Lib. XV, tit. III.

(3) Tit. III, lib. XV, *de in rem verso*. Ce titre contient vingt et une lois et cinquante-trois paragraphes.

» *rem verso*. — Mais, ajoute Justinien (1), ce serait  
» une folie de sa part, si, négligeant l'action qui peut  
» lui faire obtenir la totalité, il s'exposait à faire  
» la preuve que l'opération a tourné au profit du  
» maître. »

XXXIV. Celui qui avait le droit d'intenter l'action *tributoria* avait aussi celui d'intenter l'action *de in rem verso*. Il pouvait y avoir grand avantage à se servir de l'action *de in rem verso* à la place de la *tributoire* dans le cas suivant : la partie du pécule servant au commerce (*peculiaris merces*) était partagée, dans le cas de la *tributoire*, entre le maître et les créanciers; mais supposons que cette *peculiaris merces* soit de peu d'importance, que le reste du pécule se compose de biens-fonds, il est évident que si le créancier peut prouver que le maître avait profité du prêt qu'il avait fait au pécule de l'esclave, il aura grand intérêt à user de l'action *de in rem verso*.

XXXV. Dans les cas où l'action *de peculio* est intentée concurremment avec l'action *de in rem verso*, il peut se faire que le créancier ait intérêt à agir par l'action *de in rem verso* plutôt que par celle *de peculio*.

Supposons, en effet, qu'il y ait en concours deux créanciers qui peuvent agir par l'action *de peculio*. Celui des deux qui pourra prouver que son bien a profité au maître et qui intentera l'action *de in rem verso*, sera préféré à l'autre créancier.

*Is cujus pecunia in rem verso est, uberiorem actionem*

(1) *Inst.*, lib. IV, tit. VII, § 5, *in princip.*

*habet* (1). Si ce dernier créancier avait, à l'exemple du premier, intenté l'action *de peculio*, sans doute, le maître poursuivi aurait dû tenir compte de tout ce dont il s'était enrichi aux dépens du pécule; mais ces valeurs auraient été partagées par égale part entre les deux créanciers, comme valeurs pécuniaires, et une *uberior actio* n'aurait pu compéter à l'un d'eux.

XXXVI. Nous n'avons jusqu'ici présenté la faculté d'agir contre le père de famille par les actions *quod jussu*, et spécialement *de in rem verso*, que comme résultant exclusivement du droit prétorien.

Cependant, le § 8 du titre VII des *Institutes* porte que ce que l'on peut répéter du père ou du maître par l'action *de in rem verso*, on le peut aussi directement par la *condictio*. Si on a contre le chef de famille une action civile pour réclamer tout ce qui a tourné à son profit, il semble, au premier abord, que l'action indirecte et prétorienne *de in rem verso* fait là un double emploi et est inutile.

C'est le propre de la *condictio* de ne poursuivre que l'exécution d'une obligation civile, de droit strict et unilatérale. La *condictio* naît du *mutuum* (2), de l'obligation littérale (3), de la stipulation (4), du legs *per damnationem* (5), de la diction de dot (6).

(1) ff. *de in rem verso*, lib. XV, tit. III. — Loi 4, § 2.

(2) *Inst.*, *quibus mod. re contrah. oblig.*

(3) *Inst.*, *de litter. oblig.*

(4) *Inst.*, *de verb. oblig.*

(5) Gaius, comm. II, § 204.

(6) Ulpian, *Reg.*, lib. VI, §§ 4 et 2.

XXXVII. Par extension, la jurisprudence admit que toutes les fois qu'une personne se trouvait avoir acquis sans juste cause le bien d'autrui, ou en avoir profité par un fait, soit volontaire, soit involontaire, venant d'elle ou même d'autrui, il y avait lieu contre elle à une *condictio* pour la répétition de ce dont elle avait profité.

*Quia pecunia mea quæ ad te pervenit, eam mihi à te reddi bonum et æquum est*, dit Celse (1).

*Quasi ex re tua locupletior factus sim*, dit Africain (2).

*Quia ex aliena jactura lucrum quæram*, dit Paul (3).

Tel est précisément le cas du chef de famille, lorsqu'il a profité des valeurs produites par l'engagement de ses esclaves et de ses fils de famille.

XXXVIII. Le créancier pourra donc intenter la *condictio*, et en même temps l'action résultant de l'opération avec la clause *de in rem verso*; c'est là une complication des principes communs admis, par suite de l'extension de la *condictio*, par la jurisprudence.

Mais cette action de droit strict n'était accordée par la jurisprudence, concurremment avec l'action *de in rem verso*, que lorsque l'opération qui avait donné lieu à l'enrichissement du maître était de nature à engendrer elle-même une *condictio*, et, pour cela, l'une des conditions était que l'opération eût pour résultat une obligation unilatérale.

(1) ff. *de rebus creditis*. Loi 32.

(2) *Loco citato*, f. 23.

(3) *De inst. actione*, lib. XIV, tit. III. — Loi 17, §§ 4 et 5.

« Toutes les fois que le contrat fait par l'esclave ou le fils de famille n'était point de nature à donner naissance à une condictio, l'action prétorienne de *in rem verso* reprend toute son importance (1). »

XXXIX. Pour les actions *empti* ou *venditi*, *locati* ou *conducti*, *pro socio*, *præscriptis verbis*, par exemple, on ne peut les avoir contre le chef de famille et poursuivre contre celui-ci l'exécution des contrats souvent bilatéraux auxquels elles se réfèrent, qu'avec la modification prétorienne qui les transforme en action de *in rem verso* (2). — Ainsi l'utilité de cette action indirecte et prétorienne subsiste, et son usage se maintient même après la grande extension donnée à la *condictio* par la jurisprudence.

§ 3. — ESPÈCES DIVERSES DANS LESQUELLES L'ACTION DE IN REM VERSO SERA ACCORDÉE.

XL. La loi 3, § 2, de *in rem verso*, pose la règle générale suivante :

*Totiens de in rem verso esse actionem, quibus casibus procurator mandati vel qui negotia gessit negotiorum gestorum haberet actionem, quotiensque aliquid consumpsit servus, ut aut meliorem rem dominus habuerit aut non deteriozem.*

Il y a lieu à l'action de *in rem verso* contre le maître, toutes les fois qu'il y aurait lieu contre lui à l'action *mandati*, à l'action *negotiorum gestorum*, si

(1) M. Bonjean, t. II, § 308.

(2) M. Ortolan, t. II, tit. VII, lib. IV. *Quod cum eo contractum est.*

l'esclave avait été un homme libre. Il y a lieu à l'action *de in rem verso*, toutes les fois qu'un esclave a augmenté la fortune de son maître ou en a empêché la diminution (1).

XL bis. Toutes les fois qu'un maître ratifie l'obligation contractée par son esclave, le préteur, par une nouvelle extension, accorde l'action *de in rem verso* contre le maître. — Ulpien, dans la loi 5, § 2 de notre titre, énumérant les cas d'application de l'action qui nous occupe, dit : *Quod servus emit non ex voluntate domini, si quidem dominus ratum habuerit, vel alioquin rem necessariam vel utilem domino emit, de in rem verso actio erit.*

XLI. Il faut qu'il y ait eu vraiment bénéfice de la part du maître; mais si ce bénéfice n'existe plus au moment où le créancier intente sa poursuite, l'action *de in rem verso* n'en sera pas moins susceptible d'être accueillie.

En voici la preuve dans la loi 3, §§ 7 et 8. Un esclave a acheté du blé au moyen d'argent que lui a prêté un tiers. — Le blé périt dans le grenier du maître. Le créancier a toujours l'action. De même, un créancier prête des deniers à un esclave qui les emploie à réparer la maison du maître; cette maison vient à brûler, l'action pourra être encore intentée.

XLII. Il en sera de même dans l'espèce que présente la loi 3, § 10. Un créancier prête de l'argent à l'esclave pour acheter au maître un vêtement qui a été

(1) Commentar der pandecten, Glück, buch XV, III, § 915.

livré par un marchand. Cet argent est perdu, et le vêtement lui-même périt. — Sera-ce le prêteur des deniers ou le vendeur de l'habit qui aura le droit d'exercer contre le maître l'action *de in rem verso* ?

La loi décide que le maître sera tenu deux fois, envers le prêteur et le marchand. — La raison le veut ainsi. Et il sera tenu *de in rem verso*, car il a profité, d'une part, du vêtement; et de l'argent, de l'autre côté. — Cependant la loi 4 porte que, quand il aura désintéressé l'un des deux créanciers, il sera libéré *de in rem verso*; *nam, utrisque condemnari dominum de in rem verso iniquum est*. Celui des deux créanciers qui ne se sera pas fait payer le premier sera réduit à l'action *de peculio*. *Melior est conditio occupantis*, ajoute la loi 4.

XLIII. L'action *de in rem verso* pourra être intentée quand un esclave aura emprunté pour payer la dette de son maître et aura effectué ce paiement (1). *Cui simile est*, ajoute Ulpien (2), *si filius pro patre fidejusserit et creditori solverit*.

XLIV. Un esclave emprunte du blé pour subvenir aux besoins de son maître, c'est évidemment le cas d'accorder l'action *de in rem verso* (3). — Un esclave emprunte pour sa nourriture et ses vêtements (4); si le maître a l'habitude de nourrir et de vêtir ses esclaves

(1) Loi 7, § 1, ff. *de in rem verso*.

(2) Loi 40, *proem. ff.*, et § 1, *eodem*.

(3) ff. loi 3, § 1, *de in rem verso*.

(4) Loi 3, § 3, *cod. tit.*

ves, malgré le pécule qui leur est accordé, il pourra être poursuivi par l'action *de in rem verso*.

XLV. Un esclave achète pour son maître un fonds de terre; il y a évidemment lieu d'appliquer l'action *de in rem verso*, mais seulement pour la valeur réelle du fonds de terre (1).

XLVI. Un esclave vend une hérédité appartenant à son maître, porte la loi 7, § 4, de notre titre. — L'acheteur paie les créanciers héréditaires. — Le maître, apprenant cette vente, revendique cette hérédité. — Il triomphe dans cette revendication; l'acheteur aura l'action *de in rem verso*, à raison des dettes dont il a libéré l'hérédité, — mais seulement si l'esclave a vendu l'hérédité au profit de son maître dans le but de lui procurer un bénéfice; — si l'esclave a agi pour son propre compte en fraude des droits de son maître, *de in rem verso esse actionem emptori ego non puto*, dit Ulpien; de telle sorte que l'acheteur n'aura qu'une action tendant à réclamer seulement ce dont le maître est plus riche au moment de l'action. — Si une des créances payées par l'acheteur se trouvait, par exemple, remise, ce dernier, qui a effectué le paiement, n'en serait pas remboursé par l'action *de in rem verso*; il n'aurait qu'une action *de peculio*.

XLVII. Un esclave appartient à plusieurs maîtres. Il fait un acte qui tourne au profit de l'un d'eux. Tous les copropriétaires de cet esclave pourront-ils être poursuivis par l'action *de in rem verso*? Oui, dit

(1) ff. loi 42, *ead. tit.*

Julien (1), si ces propriétaires sont associés. — S'ils ne le sont pas, Ulpien (2) pense que le maître qui s'est enrichi peut seul être poursuivi *de in rem verso*, *sicuti cum solus jussit*.

XLVIII. Quand la somme prêtée par un tiers a tourné au profit du maître, et qu'il y a lieu par conséquent à l'action *de in rem verso*, le jurisconsulte Ulpien (3) se fait la question suivante :

*Utrum in sortem duntaxat tenebitur dominus, an in usuras?* Le maître ne sera-t-il tenu que du capital, ou sera-t-il obligé de payer aussi les intérêts ?

Si ces intérêts ont été promis, le maître devra les acquitter, répond Marcellus, au livre V *Digestorum*. — Il devra même les payer, ajoute Ulpien, si *contemplatione domini pecuniam dedit creditor non gerenti servo negotia domini, sed ipse gerens*; si le créancier, en prêtant son argent, a entendu se porter lui-même gérant d'affaires du maître, et non pas considérer l'esclave comme contractant avec lui.

XLIX. Lorsque le créancier agit au nom de l'esclave à qui il a prêté de l'argent, il ne peut pas réclamer d'intérêts, à moins qu'ils n'aient été stipulés; car le prêt est un contrat de droit strict. Mais lorsque le créancier a agi comme *negotiorum gestor*, il a droit à des intérêts pour ses avances, parce que la gestion d'affai-

(1) Loi 14, ff., *de in rem verso*.

(2) Loi 13, ff., *de in rem verso*.

(3) Loi 10, § 5, *eodem titulo*.

res est un contrat *bonæfidei*, d'où naissent des intérêts sans stipulation (1).

§ 4. — ESPÈCES DIVERSES DANS LESQUELLES L'ACTION DE *IN REM*  
VERSO NE PEUT PAS ÊTRE ACCORDÉE.

L. Il faut, pour que l'action *de in rem verso* puisse être accordée, que le maître ait en réalité fait un profit.

L'hypothèse de la loi 3, § 9, *de in rem verso*, se comprend facilement. C'est un esclave qui emprunte de l'argent à un tiers en lui assurant que cette somme sera employée au profit de son maître; — le créancier croit pouvoir réclamer son argent au moyen de l'action *de in rem verso*; — l'esclave ne lui a nullement donné cette destination; le maître n'a fait aucun profit; l'action *de in rem verso* ne saurait être accordée au créancier, *ne credulitas creditoris domino obesset, vel calliditas servi noceret*. — *Curiosus igitur debet esse creditor, quo pecunia vertatur*, ajoute la loi.

LI. L'esclave a employé cet argent en dépenses voluptuaires dans la maison de son maître; l'action *de in rem verso* ne peut pas être accordée dans ce cas contre le maître. — Si on se rappelle la règle générale posée par le § 2 de la loi 3, portant qu'on sera tenu par l'action *de in rem verso* quand l'esclave, s'il est une personne libre, peut vous attaquer par l'action *negotiorum gestorum*, on pourra décider hardi-

(1) Sauterbach, Colleg. th. pr. Pand. *hoc titulo*. — Glück, buch XXV, tit. III, § 947, feite 448. — Pothier, *hoc tit.*, tit. VII, lib. XV.

ment, dans le cas qui nous occupe, que l'action *negotiorum gestorum* n'étant pas recevable, l'action *de in rem verso* ne pourrait être accordée.

LII. Un esclave est débiteur de son maître. Un fidéjusseur, qui est intervenu à l'obligation, acquitte la dette entre les mains du maître. — Ce dernier peut-il être poursuivi par l'action *de in rem verso*? Non, dit Julien (1), le maître ne pourra être attaqué que par l'action *de peculio*, car il n'a fait que recevoir ce qui lui était dû.

LIII. Un esclave fait l'acquisition de choses inutiles; il déclare au vendeur que ces choses sont indispensables à son maître. La loi 5 *princip.* de notre titre déclare que le maître ne sera tenu *de in rem verso* que jusqu'à concurrence de la valeur réelle de ces choses. C'est que, sans doute, le jurisconsulte Ulpien suppose que ces objets ont été vendus plus que leur valeur, à cause de la nécessité de les acquérir dans laquelle on avait cru le maître, d'après le dire de l'esclave (2).

LIV. Un fils de famille s'engage par constitut à payer une dette de son père. Ce constitut ne libère pas ce dernier; aussi il n'y a lieu d'accorder aucune espèce d'action *de in rem verso*, qui n'a pu naître; mais l'action prendra naissance quand ce fils aura payé par suite du constitut; alors il aura enrichi son père (3).

LV. La loi 10, dans ses §§ 8 et 9, prévoit les deux espèces suivantes :

(1) Loi 3, § 7. — ff. 44, tit I, *de peculio*.

(2) Glück, buch XV, tit. III, § 915.

(3) ff. loi 45, *eodem titulo*.

Un esclave a dans son pécule une somme de 10; il emploie cet argent au profit de son maître. — Cette somme de 10 avait été empruntée par l'esclave. Le maître peut donc être poursuivi par le tiers créancier au moyen de l'action *de in rem verso*. Mais, plus tard, le maître prête à son esclave une somme égale de 10. — L'action *de in rem verso*, dit Ulpien, est éteinte; il y a, en effet, compensation entre les deux sommes.

LVI. Si, après avoir employé cette somme, empruntée au profit de son maître, et être devenu son débiteur, l'esclave était devenu de nouveau son créancier, l'action *de in rem verso*, éteinte par la compensation, ne pourrait pas renaître malgré la nouvelle créance de l'esclave.

LVII. Un esclave doit à son maître une somme; il emprunte pour la payer et l'acquitte; le créancier aura-t-il l'action *de rem in verso* envers le maître? — Non; car, dit Pomponius, il n'y a pas gain de la part d'une personne qui rentre dans ce qui lui est dû (1).

LVIII. Un maître autorise son esclave à vendre des bestiaux de labour, et à en racheter d'autres avec le prix provenant de la vente des premiers. — L'esclave achète de nouveaux bestiaux, mais ne les paie pas, car il a dissipé le prix de la vente des premiers. — Le vendeur aura-t-il contre le maître l'action *de in rem verso*? Non, dit le jurisconsulte Alfénus (2). Cependant, ajoute-t-il, l'action *de in rem verso* pourra être exercée contre le maître si la valeur des seconds bestiaux excède celle des premiers, et seulement pour cet excédant.

(1) Ulpien, ff. loi 40, § 7, *eodem titulo*.

(2) Loi 46. ff. *eodem*.

## CHAPITRE III.

### De la généralisation de l'action *DE IN REM* *VERSO*.

---

#### SOMMAIRE.

#### § 1<sup>er</sup>. — SON EXTENSION SUCCESSIVE DÉMONTRÉE PAR DES TEXTES DU DIGESTE ET DU CODE.

- LIX. Première extension par le préteur. — Elle est donnée concurremment avec l'action *de peculio*.
- LX. Nouvelle extension. — Cas de ratification.
- LXI. Autre extension. — L'action *de in rem verso* donnée entre personnes maîtresses de leurs droits.
- LXII. Explication de la loi 20 au *Digeste* du jurisconsulte Scévola.
- LXIII. Discussion. — Pourquoi seulement une action utile? — Cujas. — Doneau. — Pothier.
- LXIV. Textes plus concluants du Code.
- LXV. Opinion de Mülhenbruch sur la Constitution 7, § 1<sup>er</sup>, au Code.
- LXVI. Explication de cette constitution, d'après Glück et Kæmmerer.
- LXVII. Loi 6, § 3, au *Digeste*, exemple du principe ci-dessus posé.
- LXVIII. L'action *de in rem verso* se dégage donc parfaitement des autres actions établies pour les pécules.

#### § 2. — CARACTÈRES DE L'ACTION *de in rem verso* GÉNÉRALISÉE ET DÉGAGÉE DU PÉCULE *profectice*.

- LXIX. Elle n'est plus *adjectitiæ qualitatis*. — Mais toujours prétorienne.
- LXX. Elle est *in factum*.
- LXXI. Elle est de bonne foi. — Conséquences.
- LXXII. Elle est *in personam*.
- LXXIII. Elle est *in simplum*.

#### § 3. — RAPIDE COUP-D'ŒIL SUR LE DROIT FRANÇAIS.

- LXXIV. L'action *de in rem verso* se retrouve dans les articles 1312 et 1926 du Code Napoléon.

LXXV. Application de l'action *de in rem verso* par la jurisprudence.

LXXVI. Conclusion.

§ 4<sup>er</sup>. — EXTENSION SUCCESSIVE DÉMONTRÉE PAR DES TEXTES DU DIGESTE ET DU CODE.

LIX. Nous avons vu l'action *de in rem verso* introduite d'abord par le préteur et accordée seulement pour le cas où l'action *de peculio* ne pouvait plus être intentée, à cause de la disparition du pécule depuis plus d'une année. Elle était fondée uniquement sur le motif que le chef de famille avait tiré profit des biens du créancier. Ce même motif pouvait être allégué pendant la durée de l'existence du pécule, aussi bien qu'après l'extinction du droit d'agir par l'action *de peculio*. — En conséquence le préteur n'attendit pas l'extinction de l'action *de peculio* pour accorder l'action *de in rem verso*, qui fut donnée concurremment avec elle et avec toutes les autres actions *quod jussu, exercitoire et tributaire*.

LX. Par une nouvelle extension, le préteur déclare que l'action *de in rem verso* est applicable toutes les fois que le maître ratifie l'obligation de son esclave. — C'est ce qui résulte formellement du texte suivant : *Si ex non voluntate servus emit; siquidem dominus ratum habuerit, de in rem verso actio erit* (1).

LXI. Jusqu'à présent nous avons vu des extensions de l'action *de in rem verso*, mais il ne s'agit jamais que de cas où un pécule a été constitué, ou bien de cas où

(1) Loi 5, §§ 1 et 2, *de in rem verso*.

des obligations sont nées entre personnes dont l'une est sous la puissance de l'autre.

LXII. Nous trouvons au *Digeste*, dans les lois 20 et 21 du titre *de in rem verso*, une solution du jurisconsulte Scévola qui a, selon nous, une grande portée, et qui nous donne le premier exemple d'une action *de in rem verso*, dans laquelle toute idée de pécule profectice est écartée et où les deux contractants sont maîtres de leurs droits.

Voici l'espèce :

Titius épouse une fille de famille. Le père promet une dot au mari, dot qui consistera dans l'entretien de sa fille. — Le père n'exécute pas sa promesse. La fille est obligée d'emprunter à son mari de quoi subvenir aux dépenses nécessaires à ses besoins personnels, dépenses qu'aurait dû supporter le père. — Elle meurt sur ces entrefaites; le père n'a encore rien payé. Le mari veut rentrer dans les sommes qu'il a prêtées. A-t-il l'action *de in rem verso* contre le père ?

Le père devait faire ces dépenses; il s'est donc enrichi, ou du moins *non deteriorem rem habuit* (1), et ce seul fait motive l'application de l'action qui nous occupe. Pourquoi lui serait-elle refusée ? Le jurisconsulte Scévola pense qu'on doit l'accorder, sauf cependant une restriction, *respondit, dandam de in rem verso UTILEM actionem*.

LXIII. Pourquoi une action utile et non une action directe ? C'est là un grand sujet de discussions entre les jurisconsultes Cujas et Doneau.

(1) Loi 3, § 2, *de in rem verso*.

On ne donne pas l'action directe, dit un jurisconsulte, parce que le contrat fait par la fille de famille est un emprunt prohibé par le S. C. macédonien, et qu'une action de droit civil ne peut pas être intentée. Le S. C. macédonien, rendu sous Claude d'après Tacite, sous Vespasien d'après Suétone, refusait une action à celui qui avait prêté à un *filius familias*, dans le cas où le prêteur n'avait pas ignoré que celui qui empruntait était *alieni*. Mais cette opinion semble inadmissible en présence de la loi 7, § 12, au titre de S. C. *macedoniano* (1).

Cette loi porte : « *Si acceperit pecuniam filius familias, et in patris rem vertit, cessat senatus consultum. Patri enim, non sibi, accipit.* » Le S. C. macédonien est inapplicable quand l'argent a été employé à l'avantage du père.

Pothier propose l'explication suivante : Pour que l'action *de in rem verso* soit accordée, dit-il, il faut que l'esclave ou le fils de famille ait eu vraiment l'intention de faire profiter le maître ou le père. Or, dans l'espèce, on ignore si, en contractant, la fille a eu vraiment l'intention de faire l'affaire de son père.

Cette raison ne paraît pas concluante. Voici une autre explication de la loi : Le prêteur donne ici une extension à l'action *de in rem verso*. Les deux contractants sont maîtres de leurs droits. — L'action *de in rem verso* directe n'était accordée d'ordinaire que pour le cas où il y avait ou du moins où il y avait

(1) ff. 14, titre VI.

eu un pécule, constitué par un maître ou par un père. — Comme la position des parties n'est plus la même dans l'espèce qui nous occupe, le prêteur change la destination de l'action. — L'action directe ne peut être donnée; mais au moyen d'une action utile, il arrive au même résultat. Le nom d'action utile indique, en effet, une action qui s'applique à des faits que l'on conserve dans leur vérité, mais qui n'auraient pas dû être régis par elle, si le prêteur avait respecté la destination qu'elle avait primitivement reçue.

LXIV. C'est là la seule extension positive de l'action que nous étudions, qui se trouve au *Digeste*, extension timide encore. — Mais si nous passons à l'étude des textes du Code, nous allons voir l'action *de in rem verso* bien autrement généralisée. Les textes du Code nous serviront à en expliquer d'autres au *Digeste*.

LXV. Mühlenbruch (1) résume les diverses phases de notre action de la manière suivante : « *Cum is qui*  
» *cum negotiorum gestore contraxisset, nullam olim*  
» *actionem adversus ipsum negotiorum dominum habe-*  
» *ret; primum quidem his quorum pecunia (negotia*  
» *gerente vel servo, vel filio familias) in patris familias*  
» *rem aut necessario aut utiliter erat conversa de in rem*  
» *verso actio data est :*

» *Quod quidem jus, ajoute Mulhenbrüch, postea ad*  
» *eos quoque translatum est, quibus cum sui juris homi-*  
» *nibus res esset. »*

(1) *Doctrina Pandectarum*, II, § 437, page 436.

LXVI. — Cette proposition, admise par plusieurs jurisconsultes allemands (1) repose sur la constitution VII, § 1<sup>er</sup>, au Code, titre *quod cum eo qui in aliena* (2) : « *Alioquin si cum libero res ejus agente, »* *cujus precibus meministi, contractum habuisti, et ejus »* *personam eligisti, pervides contra dominum nullam te »* *habuisse actionem, nisi in rem ejus pecunia processit. »*

Primus est *negotiorum gestor* vis-à-vis Secundus; Tertius prête à Primus une somme d'argent. Tertius n'aura pas d'action contre Secundus, à moins, disent les empereurs Dioclétien et Maximien, que cette somme n'ait profité à celui dont Primus (l'emprunteur) gérait les affaires.

Tertius n'était, en effet, ni le gérant d'affaires, à plus forte raison le mandataire de Secundus; il n'a donc aucun moyen de droit pour l'obliger à restituer le profit réel qu'il a pu retirer de son prêt; mais l'équité réclame, et l'empereur Dioclétien accorde l'action *de in rem verso* au prêteur contre celui qui retire un profit des sommes prêtées.

LXVII. J'emprunterai à la loi 6, § 3, au *Digeste*, titre *negotius gestis* (3), un autre exemple du principe que pose la constitution 7, ci-dessus citée.

Labéon consulte Julien, suppose qu'une personne s'est immiscée dans les affaires d'une autre, et les a

(1) Cf. Glück, Pand., buch XIV, feite 49 et 424. Rämmerer, Zeitschr. f. civilt. u. proc. VIII, feite 349, 361. Müller, *Ad Struvium*, exer. XX, th. 75.

(2) Lib. IV, tit. XXVI.

(3) Lib. III, tit. IV.

gérées malgré la défense formelle qui lui avait été faite. Cette personne a ainsi agi, *non domini contemplatione, sed sui lucri causa*. Il n'y a ici ni mandat, ni gestion d'affaires. Toute restitution d'impenses sera refusée à celui qui s'est ainsi immiscé dans les affaires d'autrui; cependant, pense Labéon, dont l'opinion est rapportée par Julien, une action sera accordée, « *non in id* » *quod ei abest, quia improbè ad negotia mea accessit,* » *sed in quod ego locupletior factus sum.* »

C'est, dans l'opinion de Mulhenbrüch et de la plupart des commentateurs, l'action *de in rem verso*.

LXVIII. Considérée à ce point de vue, l'action *de in rem verso* se dégage des autres actions dont nous avons traité au commencement de notre travail, actions qui étaient données à propos des pécules.

Puisque l'action qui nous occupe forme une action spéciale, cherchons à préciser rapidement quels pourraient être ses caractères.

§ 2. — CARACTÈRES DE L'ACTION DE IN REM VERSO CONSIDÉRÉE  
COMME UNE ACTION PRINCIPALE ET INDÉPENDANTE DE TOUTE IDÉE  
DE PÉCULE.

LXIX. A. L'action *de in rem verso* n'est plus maintenant *adjectivæ qualitatis*, caractère que nous lui avons attribué alors que nous l'assimilions à l'action *de peculio*, et *quod jussu*; — mais elle reste toujours prétorienne.

LXX. B. Nous pensons qu'elle devait être *in factum*; nous la rangeons dans cette catégorie d'actions créées par le préteur, pour sanctionner et faire valoir des

principes d'équité, étrangers au droit civil (1). Ces actions étaient aussi quelquefois appelées utiles, mais improprement (2).

LXXI. C. Dans l'origine, les actions *in factum*, qui ont pour point de départ l'équité, ne rentraient pas dans la division des actions, en actions de droit strict ou de bonne foi (3); — mais le travail de la jurisprudence ramena tous les procès à ces deux classes. L'action *de in rem verso*, créée par l'équité, dut entrer dans la catégorie des actions de bonne foi.

Comme conséquence : a) Les fruits et les intérêts étaient dus à partir du jour de la mise en demeure, même avant la demande en justice (4).

b) La compensation était admise. Si celui contre qui était intentée l'action *de in rem verso* avait lui-même quelque créance sur le réclamant, il était en droit de compenser avec lui. — Dans les actions de droit strict, la compensation n'avait pas lieu ainsi, *ipso jure*.

c) A la différence d'une action de droit strict, on n'avait pas besoin d'insérer dans sa formule aucune exception de dol ou de pacte, ainsi que celles qui tendaient à établir la mauvaise foi. — Le *judex*, qui alors s'appelait *arbiter*, examinait tout *ex bona fide*.

LXXII. D. L'action *de in rem verso* devait être *in*

(1) M. Bonjean, tome II, § 270.

(2) §§ 1 et 3, *Inst.*, de oblig. quasi ex delicto. — Ulpien, loi 7 et loi 9. ff. *quod falso tut.* Loi 7 et loi 14. ff., de liberali causa. Loi 40 et loi 14. *quæ in fraudem creditorum.*

(3) Argument tiré de Gaius, Comm. IV, § 47.

(4) F. 32, § 2, de usuris. — ff. 22, 1. loi 24, de depositi, 16, 3.

*personam*. — Son *intentio* devait être dirigée contre la personne que l'on voulait contraindre à restituer le profit par elle retiré. Il est à remarquer, en effet, que toutes les actions introduites par le prêteur, pour contraindre à l'exécution d'une obligation résultant d'un quasi-contrat (*obligationes ex variis causarum figuris*), sont toutes *in personam* (1).

LXXIII. E. L'action *de in rem verso* était *in simplum*, sous le rapport de la condamnation. Elle n'est pas donnée, en effet, *in solidum* pour la totalité des impenses faites par le demandeur, mais seulement *in quantum locupletiozem*. Elle ne recherche que le profit retiré par le tiers du fait d'autrui.

Tels devaient être, selon nous, les principaux caractères de cette action *de in rem verso*, donnée d'une manière spéciale et particulière dans les cas que nous avons passés en revue.

§ III. — RAPIDE COUP-D'ŒIL SUR LE DROIT FRANÇAIS.

LXXIV. Si nous jetons maintenant un regard sur le droit français et sur les articles de notre Code, nous voyons une action qui compète, en l'absence de tout autre moyen, contre une personne, pour l'obliger à la restitution des valeurs étrangères à son patrimoine qui y sont entrées par le fait d'une autre, valeurs que l'on considère non en elles-mêmes, mais dans leur utilité.

Il nous est impossible de ne pas reconnaître l'action

(1) *Inst.*, lib. IV, tit. VI, § 8.

*de in rem verso*, notamment dans les art. 1312 et 1926 du Code Napoléon.

LXXV. Ce dernier porte : « Si le dépôt a été fait par » une personne capable à une personne qui ne l'est » pas, la personne qui a fait le dépôt n'a que l'action » en revendication de la chose déposée tant qu'elle » existe dans la maison du dépositaire, ou une action » en restitution jusqu'à concurrence de ce qui a tourné au » profit de ce dernier (1). »

La Cour d'Aix, le 11 août 1812, appliquait l'action *de in rem verso* au cas suivant :

Un père a fait élever ses enfants ; leur précepteur n'a pas été payé de ses soins. — Le père devient insolvable. — Les enfants peuvent-ils être poursuivis par le précepteur ? L'éducation des enfants est une dette du père. — L'action *de in rem verso* doit être accordée, porte l'arrêt, car les enfants ont profité des soins du maître, qui peut exercer contre eux son recours.

LXXVI. Il n'est pas étonnant que l'action que nous venons d'étudier soit passée dans notre droit français. Elle a cessé d'être exclusivement romaine, dès qu'elle s'est généralisée en se dégageant du pécule profectice. Elle a appartenu, dès ce moment, à toute législation ; ne s'était-elle pas élevée, en effet, à la hauteur d'une notion d'équité ?

---

(1) Nous pourrions citer pareillement les art. 548, 555, 1437.

de la mort de son père, notamment dans les art. 1312  
 et 1313 du Code Napoléon. L'art. 1312 est ainsi conçu :  
 « Si le débiteur a été fait par  
 une personne capable à une personne qui ne l'est  
 pas, le débiteur qui a fait le prêt ne peut  
 en revendiquer la chose déposée tant qu'elle  
 existe dans la maison du dépositaire, ou que l'action  
 en restitution n'est pas prescrite de ce qui a touché au  
 prêt. » (1) — La Cour d'Orléans, le 11 août 1812, appliquant l'action  
 en restitution au cas d'un prêt fait à un mineur  
 par son père a fait gloire de ces art. ; son arrêt  
 n'a pas été cité de ses motifs. — Le père d'un  
 mineur. — Les enfants peuvent-ils être poursuivis par le  
 père ? L'éducation des enfants est une dette du  
 père. — L'action de réclamation de la somme prêtée par le  
 père, car les enfants ont profité des soins du père,  
 peut être exercée contre eux sans recours.

1316. Il n'est pas étonnant que l'action des  
 parents d'étudier soit passée dans leur droit  
 elle a cessé d'être exclusive, comme d'ailleurs  
 est générale en se dégageant du principe  
 elle appartient dès ce moment à toute  
 une éducation donnée, en effet à la hauteur d'une  
 éducation donnée.

(1) La Cour d'Orléans, le 11 août 1812, appliquant l'action en restitution au cas d'un prêt fait à un mineur par son père a fait gloire de ces art. ; son arrêt n'a pas été cité de ses motifs. — Le père d'un mineur. — Les enfants peuvent-ils être poursuivis par le père ? L'éducation des enfants est une dette du père. — L'action de réclamation de la somme prêtée par le père, car les enfants ont profité des soins du père, peut être exercée contre eux sans recours.

# POSITIONS.

## DROIT ROMAIN.

- I. La loi 7, § 3 de *exceptione rei judicate* au *Digeste*, peut s'expliquer sans qu'on ait besoin de supprimer une négation, comme l'a fait M. de Savigny à l'exemple d'Accurse et de tous les commentateurs.
- II. Un débiteur soustrait sa propre chose donnée en gage à un créancier. — Cette chose est-elle susceptible d'être usucapée? *Oui* (loi 4, § 6 et § 24 de *usurpationibus et usucapionibus*, ff. liv. XLI, tit. III. — Loi 5, *pro emptore*, ff. liv. XLI, tit. IV). Pour la négative (Code, loi 6 de *usucapionibus pro emptore*, lib. VII, tit. XXVI).
- III. Dans une action en revendication le droit de rétention ne pouvait être exercé par un possesseur de mauvaise foi, que pour se faire rembourser les dépenses nécessaires.

*Instit.* de Justinien, § 30, tit. I, lib. II. — Loi 7, § 41, ff. de *acquir. rerum domin.* — Loi 48, ff. de *rei vind.* — 1 et 2 de *rei vind.* au Code grégorien, et 5 et 11 Code de Justinien, *eodem titul.* — Faber, dec. 26, *Error.* 8 et 9, n° 1. — Vinnius, *Quæst. select.*, liv. I, ch. XXIV. — Pothier, n° 45, *ad Pandectas de hæred. petit.*

Contrà Cujas, *Comm. ad leg.* 27, § 5 de *rei vind.* Obs. 10, ch. I. Loi 38, ff. de *petit. hæred.*

## DROIT FRANÇAIS.

- I. L'enfant donataire en avancement d'hoirie, qui renonce à la succession pour s'en tenir à la donation, doit imputer cette donation sur la réserve et subsidiairement sur la quotité disponible.
- II. Le légataire universel est-il tenu des dettes *ultra vires*? — Il ne l'est jamais.
- III. L'art. 800 du Code Napoléon ne contient pas d'exception au principe posé par l'art. 1354 du même Code.
- IV. On ne peut exciper contre un débiteur solidaire du jugement rendu contre son codébiteur.

---

## PROCÉDURE CIVILE.

Dans quels cas un tiers, auquel on oppose un jugement dans lequel il n'a été ni représenté, ni partie, est-il obligé, pour en écarter l'application, de l'attaquer par la voie de la tierce-opposition ?

- La tierce-opposition n'est jamais que facultative, dit Merlin.
  - Elle est toujours nécessaire, dit Proudhon.
  - Chacune de ces deux opinions paraît trop exclusive. — Distinction.
-

## DROIT CRIMINEL.

I. Les jugements rendus au civil n'ont aucune influence sur ceux des juges criminels.

Exceptions dans les cas des art. 327 Code Nap., — 482 Code forestier, — 59 Pêche fluviale.

II. La chose jugée au criminel est-elle jugée au civil? — Oui, toutes les fois que le jugement rendu au criminel prononce la culpabilité ou l'absence du fait inculpé.

III. Celui qui, croyant administrer une substance vénéneuse capable de donner la mort, n'a, par des circonstances indépendantes de sa volonté, donné à sa victime qu'un breuvage inoffensif, n'est pas punissable, son action ne constitue pas le délit manqué d'empoisonnement (art. 304, Code pénal). *Nec obstat*, art. 2 du même Code.

---

## DROIT ADMINISTRATIF.

I. Quels sont les droits respectifs des propriétaires riverains et de l'administration, en ce qui concerne les alluvions dans les rivières navigables et flottables? — Plusieurs distinctions sont nécessaires.

II. L'autorité judiciaire et l'autorité administrative ont jugé un même point d'une manière différente, et les deux décisions ont respectivement acquis l'autorité de la chose jugée. — Quelle est celle des deux décisions qui devra être exécutée? — La dernière.

## DROIT INTERNATIONAL.

La distinction établie par l'art. 124 de l'ordonnance de 1629, relativement à l'autorité que les jugements rendus à l'étranger doivent avoir en France, est encore applicable aujourd'hui.

---

## DROIT FISCAL.

La loi fiscale n'applique la fiction de l'art. 883 du Code Nap. que dans le cas où le partage est pur et simple. — Elle considère et tarife la soulte comme une vente.

Art. 68, § III, n° 2, loi du 22 frimaire an VII.

Il serait à désirer que la théorie du Droit Fiscal, restrictive de la portée de l'art. 883, fut adoptée en droit Civil.

Approuvé :

*Le Doyen de la Faculté de Droit,*

DELPECH.

Vu et permis d'imprimer :

Toulouse, le 30 avril 1856.

*L'Inspecteur général de l'enseignement supérieur,*

F. LAFERRIÈRE.

M. CHAUCHEAU ADOLPHE, *Président de la Thèse.*

Suffragants : { MM. DELPECH, *doyen.*  
DUFOUR.  
MASSOL.  
DEMANTE.