

que dans l'acte d'abandonnement il soit dit que la donation est faite à titre de partage; mais le père ne faisant pas lui-même le partage et n'y intervenant pas, l'acte était un partage fait entre descendants (1). Voilà bien l'application du principe tel que nous l'avons formulé. Il y a une série d'arrêts récents rendus dans le même sens.

La cour de Nancy a décidé que le propre d'un partage d'ascendant par disposition entre-vifs est de ne pouvoir intervenir qu'entre des successibles et leurs ascendants, d'opérer un abandonnement gratuit qui dépouille le donateur, enfin de préserver les successibles de tout état d'indivision quant à ces mêmes biens. Dans l'espèce, la mère avait vendu tous ses biens meubles et immeubles à ses enfants, mais sans faire entre eux aucun partage du prix, de sorte qu'à sa mort ces prix formaient la succession indivise de la mère. Il est vrai que la vente avait eu pour objet de favoriser la liquidation de la succession, en réduisant toute l'hérédité en créances facilement partageables. Toujours est-il que la vente ne constituait pas un partage (2).

La cour de Dijon a jugé de même, et en termes formels, que le partage permis aux pères de famille par les articles 1075 et suivants, ayant pour but de prévenir les difficultés qui pourraient s'élever entre les héritiers sur la distribution de la fortune de l'ascendant, doit être *réel et immédiat*; la cour en conclut qu'on ne saurait donner cette qualification à un acte qui laisse subsister l'indivision entre eux (3).

**13.** La démission de biens ne suffit donc pas pour qu'il y ait partage d'ascendant; si elle suffisait, il faudrait dire que l'abandon à un enfant unique serait un partage d'ascendant. M. Demolombe l'avoue; mais ici la jurisprudence sur laquelle il prend appui lui fait entièrement défaut; elle consacre, au contraire, l'opinion que nous avons soutenue; la cour de cassation juge constamment que les articles 1075 et suivants supposent une dis-

(1) Lyon, 23 mai 1868 (Dalloz, 1869, 2, 112 et suiv.).

(2) Nancy, 4 juin 1859 (Dalloz, 1860, 2, 22).

(3) Dijon, 20 novembre 1865 (Dalloz, 1866, 2, 86).

tribution de biens entre deux ou plusieurs descendants; d'où suit qu'il ne peut être question de partage quand il n'y a qu'un seul successible; le père peut lui abandonner tous ses biens, ce sera une donation, ce ne sera pas un partage (1). Nous concluons, avec la cour de cassation, que les articles 1075 et suivants supposent un partage *réel*, c'est-à-dire une distribution *effective* entre deux ou plusieurs successibles (2). Il y a un arrêt de la cour de cassation de Belgique dans le même sens (3).

#### § IV. Formes.

##### NO 1. PRINCIPE.

**14.** Par lui-même le partage n'est pas un acte solennel; il n'exige aucune forme pour sa validité, bien moins encore pour son existence. Dans l'ancien droit, on admettait le même principe pour le partage d'ascendant. Le code civil a innové sous ce rapport; aux termes de l'article 1076, « le partage d'ascendant *pourra* être fait par acte entre-vifs ou testamentaire avec les formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre-vifs et testaments. » Les donations entre-vifs et les testaments étant des actes solennels, les partages aussi sont des actes qui n'existent que lorsque les formes légales ont été observées. L'article 1076 n'est donc pas exact en disant que les partages d'ascendants *pourront* être faits par donation ou par testament; cela est vrai en ce sens que l'ascendant a le choix: il *peut* partager ses biens par acte entre-vifs ou par une disposition de dernière volonté. Mais on doit ajouter qu'il ne peut le faire que sous l'une de ces formes.

L'innovation du code est fondée en raison. Quand le partage se fait entre-vifs, il est essentiellement une libéralité (n° 3); or, dans notre droit, les libéralités entre-

(1) Cassation, 4 janvier 1847 (Dalloz, 1847, 1, 58). Rejet, 5 juin 1848 (Dalloz, 1848, 1, 107). Demolombe, t. XXIII, p. 52, n° 55).

(2) Cassation, 12 mars 1849 (Dalloz, 1849, 1, 96).

(3) Aubry et Rau, t. VI, p. 219, § 729. Demolombe, t. XXIII, p. 23, n° 5.

vifs ne peuvent se faire que par acte notarié. Lorsque le partage se fait par testament, l'ascendant ne donne rien à ses enfants; mais il modifie les droits qu'ils tiennent de la nature et de la loi, en partageant lui-même les biens que, d'après le droit commun, les enfants auraient le droit de partager; il dispose en ce sens pour le temps où il ne sera plus; ce qu'il fait est donc un acte de dernière volonté. La conséquence est que le partage doit être fait par un acte de dernière volonté, c'est-à-dire par un testament (1).

15. Il suit de là que le partage constaté par acte sous seing privé est un de ces actes que la doctrine qualifie d'inexistants et que la jurisprudence appelle nuls, le code n'ayant point de terme spécial pour marquer qu'un acte n'a point d'existence aux yeux de la loi. La cour de cassation a consacré implicitement ce principe en décidant que le partage d'ascendant fait par acte sous seing privé est régi par l'article 1339; et cet article décide que la donation nulle en la forme ne peut être confirmée, par la raison que le néant ne saurait recevoir vie par la confirmation. Il en est de même du partage d'ascendant fait par acte sous seing privé; cet acte n'a pas d'existence légale, il ne peut donc produire aucun effet; ce sont les termes de l'article 1131. Or, la confirmation a pour objet d'effacer le vice qui infecte un acte et qui le rend nul, c'est-à-dire annulable; celui qui confirme un acte renonce à l'action en nullité qu'il avait le droit d'intenter. Cela suppose un acte qui existe, mais qui est vicié, le vice pouvant être effacé par la confirmation. Quand un acte n'existe pas, on ne peut pas dire qu'il soit vicié; il ne saurait donc être confirmé (2).

La cour de cassation admet le principe pour les actes de confirmation qui seraient faits pendant la vie des père et mère. Elle semble ne pas l'admettre pour les actes qui seraient faits après leur mort. La même question se présente pour les pactes successoires; nous y reviendrons

(1) Rejet, 1<sup>er</sup> juillet 1864 (*Pasicrisie*, 1864, 1, 373).

(2) Rejet, 5 janvier 1846 (*Dalloz*, 1846, 1, 15).

au titre des *Obligations*. Dans la doctrine des actes non existants, la solution n'est pas douteuse; la confirmation d'un acte qui n'a pas d'existence est impossible, on ne confirme pas le néant.

De ce que les partages sont nuls quand les formes des donations ou des testaments n'ont pas été observées, on ne doit pas conclure que les conventions constatées par acte sous seing privé, et intervenues entre le père ou la mère et ses enfants relativement à des successions, soient nécessairement nulles. Il faut voir quel est l'objet de ces conventions; elles seront inexistantes si elles ont pour but de partager les biens de l'ascendant; elles seront encore inexistantes si l'ascendant veut faire donation de ses biens. Mais si les parties contractantes ont fait des conventions onéreuses, elles restent sous l'empire du droit commun, d'après lequel l'écrit ne sert que de preuve, et un écrit sous seing privé peut servir de preuve aussi bien qu'un écrit authentique. Il a été jugé que l'acte sous seing privé par lequel une mère se démet de tous ses biens, sous la condition d'une pension alimentaire et d'un logement, est valable, comme réglant à titre onéreux les intérêts de la mère et des enfants. Alors même que la mère déclarerait qu'elle abandonne ses biens pour qu'ils soient partagés entre ses enfants, cet abandon par lui-même n'est pas un partage, donc l'article 1076 n'est pas applicable. Reste à déterminer la nature de l'acte; ce peut être une transaction, comme dans l'espèce jugée par la cour de cassation; dans ce cas, aucune forme n'est requise, la convention pourra donc se prouver par acte sous seing privé (1).

16. L'application du principe donne lieu à une difficulté où se montre déjà le conflit des deux éléments qui se trouvent dans le partage d'ascendant. Quand il y a des mineurs parmi les copartageants, la loi prescrit des formalités spéciales pour sauvegarder leurs intérêts. Faut-il observer ces formes quand c'est un ascendant qui fait

(1) Agen, 4 août 1824. Rejet, 29 mai 1823 (*Dalloz*, au mot *Dispositions*, n<sup>o</sup> 4537).

le partage? Non, car, quant à la forme, le partage d'ascendant est ou une donation ou un testament; l'ascendant n'a donc d'autres formes à observer que celles qui sont prescrites pour les donations entre-vifs ou testamentaires (1). Cette opinion, fondée sur le texte de l'article 1076, est aussi en harmonie avec l'esprit de la loi. Un des motifs pour lesquels on donne à l'ascendant le droit de partager ses biens entre ses enfants est précisément d'éviter les formalités que la loi établit en faveur des incapables; on suppose que l'intervention du père est la meilleure garantie que les mineurs puissent désirer. La cour de cassation a donc eu raison de décider que les partages faits par les ascendants sont soumis, quant à la forme, à des règles particulières par l'article 1075; et que ce serait méconnaître la nature et le but de ce mode de disposition que d'en faire dépendre la validité, quand l'un des enfants est mineur, de l'accomplissement des formalités prescrites par l'article 466 (2).

N° 2. DU PARTAGE FAIT PAR DONATION

**17.** Si le partage est fait par acte entre-vifs, on doit observer les formalités prescrites pour les donations. Telle est la règle consacrée par l'article 1076. Il faut donc que le partage soit fait par acte passé devant notaires, avec minute, et que toutes les formalités établies par la loi du 25 ventôse an XI pour la validité des actes reçus par notaires soient observées (art. 931). Si le partage comprend des effets mobiliers, il n'est valable que pour les meubles dont un état estimatif aura été annexé à la minute de la donation (art. 948). Ces formes sont requises pour l'existence même de la donation; il faut donc appliquer au partage tout ce que nous avons dit, à ce sujet, en traitant des donations entre-vifs (3).

**18.** Il y a une formalité qui est établie dans l'intérêt des tiers. Si la donation comprend des immeubles, elle

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 219 et notes 1, 2, et tous les auteurs.

(2) Rejet, 4 mai 1846 (Dalloz, 1846, 1, 129).

(3) Voyez le tome XII de mes *Principes*, p. 280, n° 220-229.

doit être transcrite (art. 939); le partage aussi devra être transcrit si l'ascendant distribue ses immeubles entre ses enfants; faute de transcription, le partage ne pourra être opposé aux tiers (art. 941). Nous reviendrons sur ce point au titre des *Hypothèques*, où est le siège de la matière. Il a été jugé que si le lot de l'un des enfants se compose du montant non encore touché d'une donation qui lui a été faite en avancement d'hoirie, et en outre de valeurs complémentaires, il n'y a, à son égard, de libéralité que relativement à ces dernières valeurs; que, pour ce qui concerne le montant de la donation antérieure, le partage ne constitue qu'une dation en paiement. La cour en conclut que le partage n'a dû être transcrit que pour les valeurs immobilières qui formaient une libéralité (1). D'après le code civil, la conséquence est exacte. Mais d'après notre loi hypothécaire, tout acte translatif de droits réels immobiliers doit être transcrit (art. 1<sup>er</sup>), donc aussi la dation en paiement, qui est essentiellement translatif de propriété.

**19.** Il y a une condition de forme, spéciale à la donation; elle doit être acceptée en termes exprès par le donataire. Si l'acceptation est faite par un acte postérieur, cet acte doit être authentique et, de plus, l'acceptation doit être notifiée au donateur; la donation n'a d'effet que du jour de cette notification (art. 932). Cette formalité est applicable au partage. Il y a cependant ici une anomalie. L'acceptation expresse n'est fondée sur aucun motif juridique, elle n'a d'autre raison d'être que la défaveur qui frappe les donations dans le droit français; or, les partages, loin d'être vus avec défaveur, sont favorables, puisqu'ils tendent à maintenir la paix des familles; mais la loi est expresse, il faut s'y tenir.

La jurisprudence est restée fidèle à la rigueur de la loi. Elle prononce la nullité des partages qui n'ont pas été acceptés expressément par les copartagés, quelque insignifiante que soit par elle-même la formalité qui n'a pas été observée. Aux termes de l'article 933, le dona-

(1) Limoges, 26 mars 1852 (Dalloz, 1853, 2, 143).

taire peut accepter par procuration, à condition que le mandat soit authentique et qu'une expédition en soit annexée à la minute de la donation. Il a été jugé que le partage accepté en vertu d'une procuration sous seing privé était nul. Vainement le donataire essayait-il de faire passer pour une acceptation expresse la prise de possession de la chose; l'acceptation expresse exige une déclaration de volonté reçue par notaire, c'est un élément essentiel de la solennité de l'acte, à défaut duquel la donation n'a pas d'existence légale (1). Ce vice peut-il être couvert par la confirmation des héritiers du donateur? Nous renvoyons à ce qui a été dit sur cette question au chapitre des *Donations*; la jurisprudence admet la confirmation dans les termes de l'article 1340 (2).

De même la jurisprudence annule les partages quand l'acceptation des copartagés n'a pas été notifiée à l'ascendant dans les formes voulues par l'article 932. Il arrive assez souvent que l'on fait des partages où des mineurs sont intéressés, en se contentant de la confirmation qu'ils y donneront à leur majorité. C'est alors la confirmation qui vaut acceptation; par suite elle doit être notifiée à l'ascendant donateur sous peine de nullité du partage. La cour de cassation a jugé que la nullité peut être invoquée par l'enfant même dont l'acceptation a été irrégulière (3).

**20.** L'acceptation doit-elle être faite par tous les enfants au profit desquels se fait le partage? S'il s'agissait d'une donation ordinaire, chacun des donataires aurait un droit indépendant du droit de ses codonataires, puisque la donation se divise entre eux; par suite, chacun pourrait accepter la libéralité qui lui est faite. Il n'en est pas de même du partage d'ascendant. Si c'est une donation quant à la forme, c'est un partage quant au fond, or, le partage ne se conçoit que lorsque tous les ayants droit concourent à l'acte; d'où la conséquence que si l'un

(1) Bordeaux, 22 mai 1861 (Daloz, 1861, 2, 196).

(2) Bastia, 10 avril 1854 (Daloz, 1854, 2, 216).

(3) Rejet, 30 juillet 1856 (Daloz, 1856, 1, 409); Agen, 28 novembre 1855 (Daloz, 1856, 2, 40). Bordeaux, 22 mai 1861 (Daloz, 1861, 2, 196).

d'eux n'accepte pas, le partage est nul; pour mieux dire, il n'y a pas de partage. Cela est aussi conforme à l'intention de l'ascendant donateur, il n'entend pas faire une libéralité distincte à chacun de ses enfants, il veut faire la distribution de ses biens entre eux; ce qui implique le concours de tous. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord (1).

**21.** Quand les enfants sont mineurs, l'acceptation peut se faire, soit par le tuteur autorisé du conseil de famille, soit par le père ou autre ascendant sans autorisation aucune. C'est le droit commun en matière de donations (art. 935). L'application soulève une difficulté singulière. Le père partage ses biens entre ses enfants; l'un est mineur; le père peut-il accepter pour lui en vertu de l'article 935? L'affirmative a été jugée par la cour de Nîmes (2). Cela nous paraît bien douteux. Le père est partie dans l'acte comme donateur; peut-il en même temps y figurer comme acceptant la libéralité, c'est-à-dire comme donataire? Quand une donation est faite à un mineur, la loi veut, en règle générale, que l'acceptation soit autorisée par le conseil de famille, parce qu'il peut être de l'intérêt du mineur de ne pas accepter; l'intervention de l'ascendant qui accepte remplace cette garantie. Que devient la garantie lorsque le père est tout ensemble donateur et acceptant au nom du donataire? Nous ne voyons qu'une manière régulière de procéder dans ce cas, c'est que le mineur soit représenté par un tuteur *ad hoc* autorisé du conseil de famille.

La jurisprudence a consacré cette doctrine implicitement. Il a été jugé que le mari qui autorise sa femme à faire le partage de ses biens peut l'accepter comme père; l'arrêt se fonde sur ce que le père n'était pas donateur et ne devait pas profiter de la donation (3). De même il a été

(1) Genty, p. 118. Demolombe, t. XXIII, p. 10, n° 10. Rejet, 13 août 1811 (Daloz, au mot *Dispositions*, n° 4523, 1°), et 27 mars 1839 (Daloz, au mot *Notaire*, n° 389). Bordeaux, 15 février 1842. Riom, 11 août 1821 (Daloz, au mot *Dispositions*, n° 4523, 1° et 2°).

(2) Nîmes, 22 mars 1839 (Daloz, au mot *Dispositions*, n° 4528), et 10 août 1847 (Daloz, 1848, 2, 102).

(3) Caen, 3 mars 1855 (Daloz, 1855, 2, 91).

jugé que si les père et mère font le partage de biens indivis entre eux, le père peut valablement accepter le partage pour les biens donnés par la mère, toujours par la raison qu'il n'est pas donateur (1). Cela implique que le père ne peut pas tout ensemble être donateur et accepter pour le donataire.

## N° 3. DU PARTAGE FAIT PAR TESTAMENT.

**22.** Le partage fait par acte testamentaire doit être fait avec les formalités prescrites pour les testaments (art. 1076). Il suit de là que les père et mère ne peuvent partager leurs biens entre leurs enfants par un testament conjonctif; l'article 968 prohibe cette forme de tester, et la loi ne reproduit pas l'exception que l'ordonnance de 1735 faisait pour les partages d'ascendant (art. 77).

**23.** On doit appliquer aux partages faits par testament tout ce que nous avons dit de la forme des actes testamentaires. Le partage fait par acte de dernière volonté est donc un acte solennel. Il doit renfermer en lui-même l'expression complète de la volonté du testateur; par suite, il doit contenir l'indication de la chose donnée. Toutefois il a été jugé que le testateur qui a fait cette indication dans son testament peut se référer à un acte authentique antérieur pour la désignation plus détaillée des objets légués. Une veuve commence par constater dans un acte notarié la consistance de ses biens, en opérant leur division en deux lots; elle déclare ensuite par testament qu'elle attribue le premier de ces lots aux enfants nés d'un fils prédécédé et le second à sa fille, s'en référant, pour la désignation détaillée des biens compris dans chaque lot, à l'acte notarié qu'elle venait de faire dresser. La cour de cassation a validé le partage dans cette forme (2).

Il se peut qu'un acte se rattache à un partage testamentaire sans en faire partie; il reste, en ce cas, sous

(1) Paris, 23 juin 1849 (Daloz, 1850, 2, 10). Poitiers, 20 février 1861 (Daloz, 1861, 2, 94).

(2) Rejet, 7 avril 1847 (Daloz, 1847, 1, 221). Comparez le tome XI de mes *Principes*, p. 123, n° 126, et p. 130, n° 129 et suiv.

l'empire du droit commun. Le père qui a fait le partage, reconnaissant que l'un des enfants est lésé, convient avec l'autre qu'il payera au premier une rente viagère à titre d'indemnité: c'est une convention ordinaire, et non un testament, car le père n'y dispose pas de ses biens (1).

## N° 4. APPLICATION.

**24.** L'ascendant peut partager ses biens entre ses enfants, ce qui doit se faire par donation entre-vifs ou par testament. Il peut aussi, sans partager ses biens, faire des libéralités entre-vifs ou testamentaires, ce qui se fait dans les mêmes formes. Quand y aura-t-il libéralité entre-vifs ou testamentaire, quand y aura-t-il partage? La différence est grande entre ces actes, les uns contiennent uniquement une transmission de biens entre-vifs ou testamentaire, les autres ont, avant tout, pour objet la distribution des biens de l'ascendant, et, comme tels, ils produisent des effets qui sont absolument étrangers à la donation et au testament. Il importe donc beaucoup de savoir quand il y a donation ou testament et quand il y a partage. C'est évidemment une question d'intention; l'ascendant peut vouloir donner, il peut vouloir partager; il s'agit de savoir ce qu'il veut. Question de fait, d'interprétation d'actes, que les juges décideront d'après les circonstances de la cause.

**25.** Le partage étant un acte solennel, l'ascendant doit déclarer, dans la donation ou dans le testament, ce qu'il veut. Il faut donc, avant tout, prendre en considération les termes de l'acte; si l'ascendant dit qu'il entend user du droit que lui donnent les articles 1075 et suivants, s'il dit qu'il partage ses biens entre ses enfants, s'il ajoute qu'il le fait pour prévenir toute contestation entre ses héritiers sur la distribution de ses biens, il faut décider qu'il y a partage, quand même l'acte contiendrait, outre le partage, des libéralités entre-vifs ou testamentaires (2).

(1) Rejet, 3 juillet 1848 (Daloz, 1850, 5, 442).

(2) Rejet, 6 juin 1834 (Daloz, au mot *Dispositions*, n° 4468, 1°).

Il y a un autre acte qui a aussi pour objet de prévenir les procès, c'est la transaction, et l'on sait que la transaction est soumise à des formalités toutes spéciales et très-sévères quand des mineurs y sont intéressés. Quand l'acte sera-t-il un partage régi par l'article 1076, quand sera-t-il une transaction régie par l'article 467? Il a été jugé qu'un acte n'est pas une transaction, par cela seul que le préambule du partage dit qu'il est fait pour éviter une instance en partage au décès des père et mère donateurs; en effet, tous les partages d'ascendant se font pour prévenir des contestations entre les héritiers. Si, du reste, l'acte litigieux fait réellement la distribution des biens entre les enfants, ce sera un partage (1).

**26.** Dans l'opinion que nous avons enseignée (nos 9-13), il n'y a pas de partage quand les biens ne sont pas partagés entre les enfants; de sorte que si l'indivision subsiste en tout ou en partie, il n'y a pas de partage d'ascendant (2). Nous avons dit que la jurisprudence est hésitante en ce point; de là de nouvelles difficultés dans l'application et, il faut le dire, des décisions plus ou moins arbitraires. Ainsi il a été jugé qu'il y a un partage d'ascendant quoique la totalité des immeubles ait été laissée à deux des copartageants par indivis (3). S'il y a un partage, quoique l'indivision subsiste pour la totalité des immeubles, entre quelques-uns des enfants, il n'y a plus de principe qui serve à décider quand il y a un partage, quand il n'y en a pas. Du reste, la décision que nous combattons a été rendue en matière fiscale, ce qui lui enlève beaucoup de son autorité.

**27.** La qualification que les parties donnent à un acte n'est pas décisive; il faut voir si elle répond à la substance de l'acte. Ainsi, dans un premier acte, un ascendant vend tous ses immeubles à un de ses enfants avec délégation à chacun de ses successibles d'une portion du prix égale à

(1) Rejet, 4 mai 1846 (Dalloz, 1846, 1, 129).

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

(3) Rejet, 28 avril 1829 (Dalloz, au mot *Enregistrement*, n° 2937). Rejet de la cour de cassation de Belgique, 1<sup>er</sup> juillet 1864 (*Pasicrisie*, 1864, 1, 373).

sa part héréditaire; le lendemain, il fait donation à chacun de ses successibles de la somme qu'il lui a déléguée la veille, en déclarant que c'est pour maintenir l'égalité entre ses héritiers et pour éviter des discussions judiciaires. On a prétendu que les deux actes réunis formaient un partage. La cour de cassation a jugé que le premier acte était une vraie vente, et elle avait été exécutée comme telle pendant dix ans. Or, la vente, quand elle est réelle, exclut l'idée de partage (1).

Mais une fausse qualification donnée à un acte n'empêche pas les juges d'y voir un partage d'ascendant, ce qui en entraînera la nullité si l'acte n'est pas fait avec les formes et les conditions prescrites par la loi. Il a été jugé qu'un règlement de compte était un partage fait par une mère entre ses trois enfants, en omettant le quatrième, ce qui rendait le partage nul (2). Par contre, des actes qualifiés de partage ne constituent pas un partage d'ascendant lorsque le père a abandonné ses biens à son fils unique et aux enfants de ce fils (n° 12). En définitive, le juge du fond décide d'après les circonstances de la cause (3).

**28.** L'ascendant qui partage ses biens à ses enfants peut, par le même acte, faire une libéralité à l'un d'eux. D'après le projet de code civil, l'ascendant n'avait pas ce droit; on craignait sans doute que l'ascendant ne se servit du partage comme d'un prétexte pour avantager l'un de ses enfants et que ces avantages ne devinssent la source de jalousies et de dissensions, alors que la faculté de partager a pour but de maintenir la concorde dans la famille. Toutefois l'opinion contraire prévalut. En droit, on ne peut pas empêcher le père d'avantager l'un de ses enfants dès qu'il n'excède pas le disponible; peu importe après cela qu'il le fasse dans l'acte de partage ou dans un acte distinct. L'orateur du gouvernement ajouta qu'il eût été injuste et contraire même au but que l'on se proposait de défendre au père qui, lors du partage entre ses

(1) Rejet, 4 décembre 1839 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 4469).

(2) Rejet, 20 juin 1837 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 4509, 1°).

(3) Rejet, chambre civile, 18 juin 1867 (Dalloz, 1867, 1, 275).

enfants, pouvait disposer librement d'une partie de ses biens, l'exercice de cette faculté dans le partage même. « Il peut, dit-il, par là éviter des démembrements, conserver à l'un de ses enfants l'habitation qui continuera d'être l'asile commun, réparer les inégalités naturelles ou accidentelles. En un mot, c'est dans l'acte de partage que le père pourra le mieux combiner et, en même temps, réaliser la répartition la plus équitable et la plus propre à rendre heureux chacun de ses enfants(1). » L'article 1079 consacre implicitement cette doctrine en veillant en même temps aux intérêts des autres enfants; nous y reviendrons.

**29.** L'exercice du droit que la loi reconnaît au père de faire des libéralités à l'un de ses enfants dans l'acte même de partage fait naître une difficulté. On demande ce que deviendra la libéralité si le partage est nul? Quand l'avantage résulte indirectement de la composition des lots, il est certain que la nullité du partage entraînera la nullité de la libéralité qui s'identifie avec le partage. On a cependant soutenu que l'acte, nul comme partage, pouvait être validé comme donation si, du reste, il réunit les conditions nécessaires pour valoir à titre de donation. La jurisprudence a repoussé cette interprétation, qui est en opposition avec les principes les plus élémentaires. L'ascendant a deux droits : il peut partager ses biens, il peut faire des libéralités à ses enfants par acte entre-vifs. Dans l'espèce, il a voulu faire un partage, on le suppose, et il se trouve que ce partage est nul; dès lors l'acte ne peut plus valoir ni comme partage, ni comme donation. Il est nul comme partage, et ce qui est nul ne peut produire aucun effet; il ne peut pas valoir comme donation, parce que l'ascendant n'a pas voulu faire de donation, et il n'y a pas de donation sans volonté de gratifier; or, l'ascendant a voulu, non gratifier, mais partager, et le juge ne peut pas transformer un partage en donation; il a pour mission d'interpréter les actes et non de les refaire. C'est donc une question d'intention, comme l'a jugé la

(1) Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, n° 78 (Loché, t. V, p. 355). Grenier, t. III, p. 220, n° 399.

cour de Douai(1). La cour de cassation est peut-être allée trop loin en décidant d'une manière absolue que l'acte nul comme partage ne peut valoir comme donation (2). Il est certain que le disposant pourrait déclarer que si l'acte qu'il fait était nul comme partage, il entend qu'il vaille comme donation. Eh bien, cette intention n'a pas besoin d'être déclarée expressément, elle peut résulter des clauses de l'acte et des circonstances de la cause.

**30.** Quand la libéralité est faite par une clause distincte du partage et que le partage est nul, il faut voir si la libéralité et le partage sont, dans la pensée de l'ascendant, un seul et même acte qui doit être maintenu ou annulé pour le tout; dans ce dernier cas, la libéralité tombera avec le partage. Il en serait de même des libéralités que le partage contiendrait au profit d'autres personnes, s'il était reconnu que ces libéralités se lient au partage, de sorte que l'ascendant ne les aurait pas faites s'il avait prévu que le partage serait annulé. Les diverses dispositions de l'acte formant un tout indivisible, toutes tombent lorsque l'acte est nul (3). Mais il se peut que la libéralité faite à un enfant ou à un autre parent soit indépendante du partage; il y a alors deux dispositions distinctes, un acte de distribution qui est nul et une donation qui est valable; si elles avaient été faites dans des actes distincts, la nullité du partage n'aurait pas influé sur la donation; il en doit être de même si elles sont comprises dans un seul et même acte (4).

(1) Douai, 10 novembre 1853 (Dalloz, 1855, 2, 170).

(2) Rouen, 29 mars 1855, et Rejet, 25 février 1856 (Dalloz, 1856, 2, 36, et 1856, 1, 113). Comparez Agen, 16 février 1857 (Dalloz, 1858, 2, 106).

(3) Agen, 16 février 1857 (Dalloz, 1858, 2, 106).

(4) Bordeaux, 2 mars 1832 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 4593); Rejet, 21 novembre 1833 (Dalloz, *ibid.*, n° 4458, 3°). Besançon, 16 janvier 1846 (Dalloz, 1847, 2, 127).