

selle grevée de certaines charges. Les enfants qui n'auront reçu aucune portion du patrimoine de leur père pourront, à l'ouverture de la succession, en demander le partage. Le donataire universel devra le rapport des biens qu'il a reçus; les biens rentreront ainsi dans la masse pour être partagés conformément à la loi (1).

N'est-ce pas une concession faite à la jurisprudence? On lit dans un arrêt de la cour de Lyon que la réserve des enfants doit être prise *ex substantiâ patris*; de là l'arrêt conclut que le père n'a pu donner à l'un de ses enfants tous ses biens, en le chargeant de soultes au profit des autres enfants; car ces soultes ne se trouvent pas dans le patrimoine du père (2). C'est bien là la pensée de l'article 832, mais par cela même il est très-dangereux d'admettre comme règle générale que le père ne peut attribuer à l'un de ses enfants tous ses biens; ce que la cour de Lyon dit n'est pas exact en théorie; les soultes sortent du patrimoine du père, puisqu'elles diminuent le lot de celui qui les doit, donc elles sont prises sur son lot, par conséquent sur les biens du père. Il suit de là qu'un pareil partage n'est pas contraire à l'article 1075, puisque le père distribue réellement ses biens entre ses enfants. Que si l'on admet que le partage est contraire à l'article 1075, nous ne voyons pas comment on légitimera l'exception que M. Réquier admet dans le cas où les immeubles ne pourraient se partager sans inconvénient. Logiquement il devrait dire que le père ne pourrait pas, en ce cas, faire le partage de ses biens entre ses enfants, à moins de procéder à la licitation, ce qui nous ramènerait aux règles qui régissent le partage *ab intestat*.

Nous n'admettons qu'une restriction qui résulte de la nature même du partage : ce sont les biens du père qui doivent être partagés, et le partage doit porter sur ces biens, c'est-à-dire sur la toute propriété des biens. Il a été jugé que les père et mère peuvent confondre leurs biens en une seule masse et les partager de manière que

(1) Réquier, p. 273, nos 141 et 142.

(2) Lyon, 20 janvier 1837 (Daloz, n° 4487).

l'un des enfants n'ait que les biens du père et que l'autre n'ait que les biens de la mère (1). Cela n'est pas un partage, car les enfants n'ont pas une part dans les biens venant de leurs père et mère; ceux-ci font une disposition, une donation de leurs biens, plutôt qu'un partage : l'un des enfants n'a rien des biens de son père, l'autre n'a rien des biens de sa mère; ils sont donc donataires au lieu d'être copartageants.

L'ascendant peut-il donner à l'un de ses enfants un simple usufruit et à l'autre la propriété? Il a été jugé avec raison que cela n'est pas un partage (2). En effet, le partage implique une indivision, donc une copropriété, aussi l'effet du partage est-il que chaque copartageant est censé avoir toujours été propriétaire des objets mis dans son lot et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession. Le partage porte donc sur la propriété; ce sont les biens tels que le défunt les possède, en toute propriété, qui passent à ses héritiers. Cela est de l'essence de toute espèce de succession, *ab intestat*, testamentaire et contractuelle; car toute succession est un mode de transmettre et d'acquérir la propriété (art. 711). Partager sa succession en mettant l'usufruit dans le lot de l'un des enfants et la propriété dans le lot de l'autre, c'est donner ou léguer l'usufruit et la nue propriété, ce n'est pas partager.

69. Il faut maintenant nous placer sur le terrain de l'opinion générale et demander quel sera l'effet du partage dans lequel la règle de l'article 832 n'aura pas été observée? Ici nous rencontrons de nouvelles incertitudes et des controverses nouvelles. On s'accorde à décider que la règle de l'article 832 n'a rien d'absolu; le texte même contient des expressions qui semblent donner au juge une certaine latitude : *il convient, s'il se peut*. Mais jusqu'où va cette latitude? Les faits exercent une inévitable influence en cette matière; on chercherait vainement dans les arrêts un principe qui décide ce que l'ascendant peut et ce qu'il ne peut pas faire. La doctrine est également

(1) Liège, 8 mars 1832 (*Pasicriste*, 1832, p. 75).

(2) Rejet, 25 février 1856 (Daloz, 1856, 1, 113).



vague et incertaine. On lit dans un de nos meilleurs auteurs que l'ascendant est dispensé d'observer la règle de l'article 832 lorsque son application présenterait des inconvénients. Qui ne voit que l'exception détruit la règle? L'ascendant et, après lui, le juge peuvent toujours voir un inconvénient ou l'autre à appliquer une règle qui empêche le père de famille de consulter les convenances, les intérêts et les prédilections de ses enfants. Aussi la doctrine va-t-elle jusqu'à admettre que le père peut attribuer à quelques-uns des enfants la totalité des biens, en lotissant les autres au moyen de soultes ou retours en argent (1).

Quand donc le partage sera-t-il irrégulier et, par suite, nul? On répond qu'il sera nul s'il n'y a pas de circonstances de nature à dispenser l'ascendant du mode de répartition que l'article 832 établit. L'appréciation de ces circonstances est abandonnée au juge; c'est essentiellement une question de fait. Mais là se borne son pouvoir. Si, en l'absence de circonstances qui légitiment une dérogation à l'article 832, l'ascendant n'a pas composé les lots d'une pareille quantité de meubles et d'immeubles de même nature, la nullité pourra être demandée par l'enfant qui a à se plaindre de cette irrégularité. C'est une action en nullité, ce n'est pas une action en rescision pour cause de lésion; elle se fonde sur la violation de la loi, il suffit donc que le demandeur prouve que la loi n'a pas été observée. De sorte que la nullité devrait être prononcée quand même il serait établi que le partage, quoique irrégulier, ne cause aucun préjudice au demandeur. Le partage est vicié par cela seul qu'il y a inégalité dans la nature des biens qui composent les divers lots. Celui qui a des meubles peut demander la nullité si les immeubles ont été mis dans un autre lot, quoique le lot mobilier soit aussi avantageux que le lot immobilier (2).

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 221 et note 2, § 730, et les autorités qui y sont citées.

(2) Voyez les témoignages dans Aubry et Rau, t. VI, p. 222 et suiv., et notes 4 6.

Si tel est le sens de la loi, il faut avouer qu'elle est singulièrement absurde, et l'on devrait se hâter de la modifier. La distinction traditionnelle des meubles et des immeubles n'a plus de raison d'être dans notre société moderne. Qui dit encore aujourd'hui ce que l'on disait au xvi<sup>e</sup> siècle : *Vilis mobilium possessio*? Les valeurs mobilières sont plus recherchées que les immeubles, parce qu'elles sont un élément de richesse, tandis que la culture des immeubles exige un travail incessant et produit à peine un revenu suffisant pour vivre là où la propriété est morcelée. De quoi se plaint donc l'enfant qui a des valeurs mobilières dans son lot? S'il veut des immeubles, il trouvera à en acheter. Il n'éprouve aucun préjudice, et on lui permet néanmoins de demander la nullité du partage!

70. L'action en nullité qui résulte de l'inobservation de l'article 832 donne lieu à de nouvelles difficultés. Quand s'ouvre-t-elle? La question ne se présente que pour le partage entre-vifs. On admet qu'elle ne s'ouvre qu'à la mort de l'ascendant, parce que, dit-on, l'ascendant a eu le droit de disposer de ses biens entre-vifs comme il l'entendait; c'est une libéralité qu'il a faite à ses enfants, et ceux-ci n'ont pas le droit de se plaindre de l'usage qu'il a fait de son droit de propriété (1). Cette argumentation ne nous satisfait guère; elle ne tient aucun compte du partage; l'ascendant n'a pas voulu faire une donation de ses biens, il a voulu les partager entre ses enfants; si le partage qu'il a fait est nul, pourquoi les enfants ne pourraient-ils pas demander la nullité du vivant de leur père? Reste à savoir si le consentement des enfants ne les rend pas non recevables à agir; nous reviendrons à l'instant sur ce point. S'ils ont une action, elle doit être intentée dans les dix ans, conformément à l'article 1304, lorsque le partage a été fait par donation. Le partage testamentaire reste sous l'empire de la règle générale de l'article 2262, l'exception de l'article 1304 ne s'appliquant qu'aux conventions.

(1) Aubry et Rau, et les autorités qu'ils citent, t. VI, p. 223, note 7.



Du principe que l'action est une action en nullité, suit que le défendeur n'en peut arrêter le cours en offrant au demandeur un supplément de sa part héréditaire. Cette faculté, que l'article 891 accorde en cas de rescision pour cause de lésion, ne reçoit pas d'application à une action qui, loin d'être fondée sur la lésion, est admissible alors qu'il n'y aurait pas de lésion. Par la même raison le juge ne peut pas se borner à allouer au demandeur une réparation quelconque du préjudice qu'il souffre; car, encore une fois, son action n'est pas fondée sur un préjudice, ou, si l'on veut, il y a préjudice par cela seul que les lots ne sont pas composés comme le prescrit l'article 832; il n'y a qu'une manière de réparer ce préjudice, c'est de former de nouveaux lots, c'est-à-dire d'annuler le partage (1).

La nullité se couvre par la confirmation. D'après la doctrine consacrée par la jurisprudence, le partage n'existe qu'après le décès de l'ascendant; l'action en nullité ne prend naissance qu'à ce moment (2). Or, la confirmation n'est autre chose que la renonciation au droit que les copartageants ont d'agir en nullité. Donc il ne peut y avoir de confirmation du vivant de l'ascendant (3). Après sa mort, le partage peut être attaqué, donc aussi confirmé. La confirmation est régie par le droit commun. Il a été jugé qu'il y a confirmation quand le copartageant reçoit la somme que le partage lui alloue pour sa part héréditaire et qu'il en donne quittance à son copartageant sans faire aucune réserve (4).

Ne faut-il pas aller plus loin et dire que l'action n'est pas recevable lorsque le partage se fait par donation? Les enfants l'acceptent, ils l'approuvent donc, car ils sont libres de le refuser; et s'ils l'approuvent, peuvent-ils revenir sur leur fait et attaquer ce qu'ils ont approuvé? Nous avons dit que la doctrine est divisée sur cette question

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 222, note 4.

(2) Lyon, 30 août 1848 (Daloz, 1849, 2, 57).

(3) Cassation, 6 février 1860 (Daloz, 1860, 1, 89). Agen, 16 février 1857 (Daloz, 1858, 2, 106).

(4) Cassation, 29 août 1864 (Daloz, 1864, 1, 345). Bordeaux, 23 mars 1853 (Daloz, 1853, 2, 223) et 21 novembre 1855 (Daloz, 1856, 2, 113).

(n° 61); la jurisprudence l'est également. Il y a des arrêts qui rejettent la demande en nullité, en se fondant sur le consentement que le demandeur et toute la famille ont donné au partage (1). D'autres arrêts disent que l'on ne peut pas tenir compte du consentement des enfants, parce qu'ils ne sont pas libres de s'opposer à la volonté de leur père; leur acceptation est arrachée par la crainte, dit-on (2). La cour de Caen répond très bien à ces mauvaises raisons. Il y a des principes qui régissent le consentement et les causes qui le vicent. La violence est une de ces causes; si elle présente les caractères exigés par la loi (art. 1110), tout est décidé; mais la seule crainte révérentielle envers le père, la mère ou autre ascendant ne suffit point pour annuler le contrat (3). La cour de cassation donne encore une autre raison; on ne peut pas, dit-elle, opposer aux enfants leur concours et leur acceptation expresse, parce que les règles de l'article 832 sont de l'essence du partage (4). Cela veut-il dire que ces règles sont d'ordre public et qu'il n'est pas permis aux parties d'y déroger? Elles sont si peu d'ordre public et de l'essence du partage, que l'article 832 ne reçoit d'application qu'au partage judiciaire; on y déroge tous les jours dans les partages conventionnels; pour mieux dire, la règle n'est pas faite pour ces partages. Si la règle était de l'essence du partage, le vice ne pourrait jamais se couvrir; cependant on admet qu'il se couvre par la confirmation.

Les éditeurs de Zachariæ ont changé d'opinion sur cette question; après avoir enseigné que le concours des enfants valide le partage, ils sont revenus à l'opinion contraire. Ce qui les a décidés ce n'est pas que le consentement des enfants soit arraché par une espèce de violence: les donataires, disent-ils, se lient bien par leur acceptation à l'égard du donateur, mais ils ne se lient pas à l'égard des autres donataires, et ne renoncent, par con-

(1) Nîmes, 11 février 1823 (Daloz, n° 4486, 1°), et 10 avril 1847 (Daloz, 1848, 2, 102).

(2) Rejet, 18 août 1859 (Daloz, 1859, 1, 410). Caen, 15 juin 1835 (Daloz, n° 4488, 1°).

(3) Caen, 27 mai 1843 (Daloz, n° 4636, 2°).

(4) Cassation, 11 mai 1847 (Daloz, 1847, 1, 167).