

a certes pas droit quand la chose léguée ne se trouve plus dans le patrimoine du testateur.

79. Les enfants entre lesquels l'ascendant a partagé ses biens sont-ils tenus des dettes? Dans l'opinion qui considère le partage testamentaire comme le simple règlement de la succession *ab intestat* (n° 53), les enfants ne sont pas des légataires, ils sont appelés comme héritiers légitimes; ce qui décide la question; à titre d'héritiers, ils doivent payer les dettes, et même *ultra vires*, s'ils acceptent purement et simplement (1). Dans notre opinion, les enfants viennent à la succession comme légataires; en vertu de quel titre réclament-ils les biens qui composent leur lot? En vertu du testament qui leur attribue ces lots. Donc ils sont légataires et, par conséquent, ils seront tenus des dettes comme légataires universels ou à titre universel. S'ils sont légataires à titre particulier, ils ne doivent pas contribuer au paiement des dettes. Toutefois les créanciers seront payés avant eux en vertu de la maxime *nemo liberalis nisi liberatus*. L'ascendant ne peut partager que les biens qu'il a, et il n'a de biens que ce qui lui reste, dettes déduites (2).

80. Si l'un des enfants précède au testateur, que devient sa part? Sur ce point il n'y a aucun doute, quelle que soit l'opinion que l'on admette sur la question de principe. Est-ce comme légataires que les enfants sont appelés à l'hérédité, le legs de celui qui précède devient caduc (art. 1039). Est-ce comme héritiers, celui qui précède ne peut pas succéder, puisque pour succéder il faut nécessairement exister à l'instant de l'ouverture de la succession (art. 725) (3).

La caducité du legs entraîne-t-elle la caducité du partage? En principe, la caducité d'un legs ne fait pas tomber le testament. Mais la disposition qui attribue un lot à un enfant n'est pas un simple legs; c'est une clause d'un

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 231 et note 7. Demante, continué par Colmet de Santerre, t. IV, p. 463, n° 243 bis XI. Demolombe, t. XXIII, p. 121, n° 119.

(2) Bertauld, *Questions de code Napoléon*, t. II, p. 114, n° 145.

(3) Demante, continué par Colmet de Santerre, t. IV, p. 462, n° 243 bis VIII.

acte qui distribue tout le patrimoine; ces clauses ne sont-elles pas indivisibles, en ce sens que l'une tombant, les autres doivent tomber également? C'est l'opinion de Troplong: les éléments, dit-il, sur lesquels le testateur a opéré ne sont plus ceux qui existent au moment de son décès; dès lors il faut substituer un nouveau partage à celui que l'ascendant a fait en vue d'un autre ordre de personnes et de choses. On a répondu, et la réponse est péremptoire, que le législateur aurait pu le décider ainsi, mais que, dans le silence de la loi, l'interprète ne peut pas créer des causes de nullité ou de révocation (1).

On demande ce que devient la part du légataire prédécédé? On applique les principes généraux de droit. Si le testateur a fait le partage en instituant d'abord conjointement tous les légataires, la part de celui qui ne vient pas à la succession accroîtra aux autres. S'il a procédé par voie de disposition particulière, la caducité du legs laissera les biens légués dans la succession *ab intestat*, et l'on fera un partage supplémentaire conformément à l'article 1078 (2).

ARTICLE 2. Du partage considéré comme distribution de biens.

§ 1^{er}. Du partage testamentaire.

81. L'acte par lequel l'ascendant distribue ses biens entre ses enfants est essentiellement un partage; la loi le qualifie ainsi dans le chapitre VII, et les dispositions du code sont en harmonie avec le nom qu'il donne à cet acte. D'après l'article 1078, le partage est nul pour le tout s'il n'est pas fait entre tous les enfants qui existent à l'époque du décès. Voilà une règle qui ne s'applique qu'au partage. Dans les legs ordinaires, il ne peut être question d'une omission qui vicierait le testament. D'après l'article 1079, le partage fait par l'ascendant peut être attaqué

(1) Troplong, t. II, p. 312, n° 2319. En sens contraire, tous les auteurs (Aubry et Rau, t. VI, p. 228 et suiv., et notes 12 et 13; Demolombe, t. XXIII p. 111, nos 106, 107; Réquier, p. 104).

(2) Aubry et Rau, t. VI, p. 229 et note 15, § 732.

pour cause de lésion de plus du quart; cette disposition est empruntée au partage *ab intestat* (art. 887). Elle est d'autant plus remarquable qu'elle est tout à fait exceptionnelle. De droit commun, la lésion ne vicie pas les conventions; la loi ne fait exception que pour le partage et la vente (art. 1118). C'est une preuve décisive que le partage d'ascendant est un vrai partage; si cet acte a un caractère mixte, s'il est aussi un acte de disposition, c'est parce que le partage ne peut se faire que par donation ou testament, c'est-à-dire par des actes qui ont pour objet la transmission de la propriété. Dans son objet essentiel, le partage d'ascendant n'est pas un acte de disposition, c'est un acte de distribution, comme la loi elle-même le dit dans le premier article de notre chapitre (1). Comment concilier les deux effets contraires que produit un seul et même acte? Le partage d'ascendant peut-il être tout ensemble un acte de disposition et un acte de distribution? Nous venons d'exposer les effets que produit le partage comme acte de disposition, ils concernent les rapports de l'ascendant avec les enfants et les rapports des parties contractantes avec les tiers. Quant aux rapports des enfants entre eux, l'acte est un partage et produit tous les effets d'un partage.

82. Le premier effet du partage, celui qui le distingue essentiellement des actes translatifs de propriété, c'est qu'il est déclaratif de propriété, en ce sens que chaque héritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les objets compris dans son lot et n'avoir jamais eu de droit sur les objets mis dans les lots de ses cohéritiers (art. 883). Ce principe qui caractérise le partage s'applique-t-il au partage d'ascendant? On l'admet généralement par la raison que le partage d'ascendant est un partage et produit tous les effets qui y sont attachés. Cela n'est pas sans difficulté. L'article 883 repose sur une fiction; dans la réalité des choses, les héritiers échangent leur droit indivis contre un droit divisé, d'où la conséquence que le partage est translatif de propriété. Nous

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 231, § 733; Genty, p. 82.

avons dit ailleurs pourquoi la loi, dérogeant à la rigueur des principes, considère le partage comme déclaratif de propriété. Les deux principes impliquent que le partage est précédé d'un état d'indivision auquel il met fin, soit en déclarant quel est le droit des copartageants, soit en leur attribuant une propriété divisée en échange d'une propriété indivise. Or, dans le cas où un ascendant partage ses biens entre ses enfants, il n'y a jamais eu d'indivision. Quand le partage se fait par donation, cela est évident, puisque, avant la donation, les donataires n'avaient aucun droit sur les choses données. Cela est tout aussi certain quand le partage est testamentaire. Il est vrai que dans ce cas les enfants sont héritiers au moment de l'ouverture de la succession, mais on ne peut pas dire qu'ils soient communistes, car, à l'instant même du décès de l'ascendant, le testament produit son effet; donc les enfants recueillent, non une succession indivise, mais une succession divisée; et si la succession leur arrive divisée, il ne peut être question d'une fiction pour expliquer l'échange entre l'indivision et la division; dans la réalité les choses, les enfants ont toujours été propriétaires divisés (1). Cela est vrai, mais sommes-nous sur le terrain de la réalité? Si l'on s'en tient à la réalité des choses, l'argument prouve trop; en effet, il prouverait qu'il n'y a pas de partage possible, puisqu'il n'y a jamais eu d'indivision. Cependant la loi dit qu'il y a partage; or, tout partage implique une indivision à laquelle il met fin. Si l'indivision n'est pas réelle, elle doit être fictive; il y a donc une fiction dans le partage d'ascendant. L'ascendant partage sa succession, et on ne conçoit pas de succession sans indivision; il distribue ses biens à titre de partage, et il n'y a pas de partage possible là où il n'y a pas d'indivision. Il faut accepter la fiction avec ses conséquences; la loi admet qu'il y a un partage; elle admet par cela même qu'il existe une indivision, donc un acte qui y met fin et qui, comme tel, est déclaratif de propriété.

(1) Réquier, p. 97, 122, 133. En sens contraire, Demolombe, t. XXIII, p. 119, n° 118.

La cour de cassation a fait l'application de ces principes à la femme mariée sous le régime dotal. Dans le partage fait par l'ascendant, un immeuble avait été attribué à l'un des enfants à charge de payer une somme d'argent à une fille mariée sous le régime dotal. Cette somme mise au lot de la femme dotale constitue tout le droit qu'elle a dans la succession; elle est censée n'avoir jamais eu de droit sur l'immeuble mis au lot d'un autre enfant; elle a donc une simple créance garantie par un privilège. Dans l'espèce, elle avait laissé périr son privilège pour ne l'avoir pas inscrit dans le délai légal, il ne lui restait qu'une hypothèque pour laquelle elle était primée par les créanciers inscrits avant elle (1). Il y a un arrêt de la cour de Caen dans le même sens; dans cette dernière espèce, la femme était copropriétaire de l'immeuble mis dans son lot, et cet immeuble avait été exclu de la constitution de dot; il en résultait que tout l'immeuble était extradotal et pouvait dès lors être hypothéqué par la femme et saisi par le créancier hypothécaire (2).

83. Le code civil accorde un privilège aux copartageants pour la garantie des soultes ou retours de lots; ce privilège doit être inscrit dans les soixante jours à dater de l'acte de partage; à défaut de cette inscription, le privilège dégénère en hypothèque (art. 2103, n° 3, 2109, 2113). Notre loi hypothécaire conserve ce privilège sur les immeubles compris dans le lot chargé de la soulte ou du retour; mais elle a modifié le mode de conservation: le partage, quand il comprend des immeubles, est soumis à la transcription pour avoir effet à l'égard des tiers; la loi attache la conservation du privilège à la transcription du partage (art. 27, n° 3, 33 et 1^{er} de la loi du 16 décembre 1851).

Les enfants entre lesquels se fait le partage d'ascendant jouissent-ils du privilège pour la garantie des soultes ou retours de lots? Oui, et sans doute aucun, puisque la loi qui accorde le privilège est conçue en termes géné-

(1) Rejet, 7 août 1860 (Daloz, 1860, 1, 498).

(2) Caen, 26 novembre 1868 (Daloz, 1870, 5, 262).

raux et ne distingue pas entre les divers partages; tout partage est garanti par le privilège de soulte, donc aussi le partage d'ascendant (1).

Sous l'empire du code civil, il se présentait une difficulté concernant le délai dans lequel l'inscription devait être prise; nous renvoyons la question aux auteurs français (2). La loi belge fait naître une autre question, nous l'examinerons au titre des *Hypothèques*, siège de la matière.

84. Les copartageants ont-ils aussi l'action en résolution du partage pour inexécution des obligations contractées par le débiteur de la soulte? Quand le partage est fait par testament, la négative n'est pas douteuse. Il est vrai que les legs peuvent être révoqués pour cause d'inexécution des conditions (art. 1046 et 954); mais cela suppose qu'il y a des héritiers débiteurs du legs, et intéressés, à ce titre, à en demander la révocation. Or, dans le partage testamentaire fait entre les enfants, les héritiers sont précisément les légataires; pour mieux dire, dans notre opinion, il n'y a plus d'héritiers, il n'y a que des légataires. Donc l'action en révocation ne serait admissible que si un légataire avait action contre un autre légataire, c'est-à-dire le créancier de la soulte contre celui qui en est le débiteur. Ce n'est pas là l'action ouverte pour la révocation des legs; ce ne pourrait être que l'action fondée sur la condition résolutoire tacite établie par l'article 1184; mais cet article suppose l'existence d'un contrat synallagmatique; or, peut-on dire qu'il y ait un contrat synallagmatique entre les enfants en cas de partage testamentaire (3)? Alors même que le partage se fait par donation, l'article 1184 est inapplicable. Tel est le droit commun, comme nous l'avons dit au titre des *Successions* (4).

La loi hypothécaire belge fournit un argument décisif

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 231 et note 9. Montpellier, 12 mai 1847 (Daloz, 1847, 2, 158) et 19 février 1853 (Daloz, 1853, 2, 204).

(2) Bertauld, *Questions de code Napoléon*, t. II, p. 112, n° 142.

(3) Aubry et Rau, t. VI, p. 231 et note 8; Demolombe, t. XXIII, p. 117, n° 114; p. 138, n° 137; Réquier, p. 132, n° 87.

(4) Voyez le tome X de mes *Principes*, p. 432, n° 410.

à l'appui de notre opinion. Il y a trois créanciers privilégiés qui, outre leur privilège, ont une action en résolution : ce sont le vendeur, l'échangiste et le donateur; leur action en résolution est-elle indépendante du privilège? D'après le code civil, les deux droits étaient indépendants l'un de l'autre, de sorte que le créancier qui avait perdu son privilège pouvait encore exercer l'action résolutoire. La loi belge déroge en ce point au code; elle déclare que l'action résolutoire ne peut plus être exercée quand le créancier est déchu du privilège. Si les copartageants privilégiés avaient aussi l'action résolutoire, la loi aurait dû leur appliquer le même principe et les comprendre, par conséquent, dans la disposition de l'article 28; or, elle ne les mentionne pas; preuve que, dans la pensée du législateur, les copartageants n'ont qu'un seul droit, le privilège que la loi leur accorde.

85. Les enfants entre lesquels l'ascendant partage ses biens étant considérés comme des copartageants sont par cela même tenus de l'obligation de garantie que la loi impose à ceux qui partagent une succession. Il faut donc leur appliquer l'article 884, en vertu duquel les cohéritiers demeurent respectivement garants les uns envers les autres des troubles et évictions qui procèdent d'une cause antérieure au partage. Le code civil (art. 2103, 3^o) et la loi hypothécaire belge (art. 27, n^o 4 et art. 33) garantissent cette obligation ou ce droit par un privilège qui porte sur tous les immeubles compris dans le lot des garants. Nous avons dit ailleurs quel est le fondement de la garantie que les cohéritiers se doivent. L'obligation, quoique établie au titre des *Successions*, s'applique à tout partage (art. 1476), donc aussi au partage d'ascendant (1).

La cour de cassation a consacré implicitement cette opinion en validant une stipulation de non-garantie. Cette stipulation est permise dans les partages qui se font *ab intestat*, donc aussi dans les partages d'ascendant. Mais

(1) Voyez le tome X de mes *Principes*, p. 465, n^o 436. Aubry et Rau, t. VI, p. 231, note 10, et tous les auteurs.

la cour n'a-t-elle pas dépassé la loi? Dans l'espèce, la stipulation n'était pas expresse, comme le veut l'article 884 : l'un des enfants, une fille mariée sous le régime dotal, n'avait consenti à accéder au partage qu'à la condition expresse qu'il ne serait nullement et en aucun cas préjudicié à la constitution dotale résultant de son contrat de mariage. L'acte de partage ne lui attribuait que la somme qui lui avait été constituée en dot, dont elle était déjà propriétaire, qu'elle pouvait réclamer en vertu de son contrat de mariage; l'un des copartageants, détenteur des immeubles de la succession, était chargé de lui payer cette somme. Il a été décidé que, dans ces circonstances, la fille pouvait réclamer sa dot sans être tenue d'aucune garantie à raison des évictions qu'auraient pu subir les copartageants (1). D'après le droit commun, cette décision serait irréprochable; mais l'article 884 déroge au droit commun en exigeant une clause particulière et expresse qui excepte l'espèce d'éviction soufferte. La clause litigieuse satisfaisait-elle à cette prescription. Nous en doutons.

§ II. Du partage fait par donation.

N^o 1. PENDANT LA VIE DU DONATEUR.

86. L'ascendant distribue ses biens entre ses enfants par donation entre-vifs. Cette distribution est-elle un partage et en produit-elle les effets pendant la vie du donateur? Quand on lit le texte et que l'on a le respect de la loi, on est étonné des controverses auxquelles cette question a donné lieu. En effet, le texte la décide. L'article 1075 permet aux ascendants de faire entre leurs enfants la *distribution* et le *partage* de leurs biens. Ces partages, dit l'article 1076, pourront être faits par actes entre-vifs, avec les formalités, conditions et règles prescrites pour les *donations*. Donc la distribution de biens faite par donation est un partage, et comme ce partage

(1) Rejet, chambre civile, 3 mars 1856 (Daloz, 1856, 1, 356).