

mais il peut renoncer, et en renonçant il perd son droit à la réserve; il doit donc subir la réduction si la donation dépasse le disponible (1).

92. Il reste un doute qui a donné lieu à une controverse. L'enfant renonçant n'est plus héritier : à quel titre conserve-t-il les biens? Dans l'opinion que nous avons adoptée sur le caractère du partage entre-vifs, on doit répondre que, le partage subsistant, l'enfant reste un donataire copartagé. On ne peut pas dire que par sa renonciation il transforme la donation-partage en donation, car il ne dépend pas de lui de changer la nature d'un titre irrévocable : il n'a pas reçu les biens comme donataire, il les a reçus comme copartagé; il reste donc donataire-copartagé. De là suit qu'il reste tenu des obligations qui naissent du partage et qu'il peut aussi exercer les droits qui en découlent. On ne saurait nier qu'il y a ici des effets contradictoires. L'enfant renonçant n'est pas héritier, il ne peut donc être copartageant, car, pour être copartageant, il faut être héritier, et néanmoins il devra la garantie comme copartagé; il sera soumis au privilège à ce titre, ainsi que pour la soulte, s'il doit un retour de lot. Ces contradictions sont la conséquence du caractère mixte qui est inhérent au partage d'ascendant. C'est un partage, ce qui implique que les copartageants sont héritiers; ce partage, fait par donation, est irrévocable. La mort de l'ascendant, la renonciation de l'enfant ne peuvent apporter aucune modification à un acte incommutable. Donc le renonçant sera toujours donataire-copartagé, c'est en vertu d'une donation-partage qu'il continuera de posséder. La conséquence logique est qu'il est lié, à l'égard des autres enfants, par les obligations qui résultent du partage, et ceux-ci, de leur côté, sont liés à son égard (2).

Dans l'opinion qui considère la donation-partage comme un avancement d'hoirie, ces difficultés n'existent pas. C'est seulement à la mort de l'ascendant que le partage pro-

(1) Réquier, p. 161 et suiv. Demante, t. IV, p. 458, n° 143 bis IV.

(2) Réquier, p. 159, n° 98. Bertauld, t. II, p. 70, nos 90, 91; p. 73, n° 93; p. 80, n° 105; p. 82, n° 106.

duit ses effets; jusque-là les enfants n'étaient que donataires; à l'ouverture de la succession, ils deviennent héritiers; renoncent-ils à la succession, ils n'auront jamais été copartagés, ils seront de simples donataires en avancement d'hoirie, auxquels on applique l'article 845 et les principes qui régissent les donations. Ils n'ont ni les droits ni les obligations des copartagés : pas de garantie, pas de privilège. Cela est très-simple et très-logique. Mais en cette matière, il faut se défier de ce qui est logique et simple, car l'acte par lequel l'ascendant partage ses biens a un double caractère, c'est une donation et c'est un partage; supprimez l'un des éléments qui le constituent, vous arriverez à une théorie qui séduit par sa simplicité, mais vous altérez l'acte et vous vous écarterez du texte et de l'esprit de la loi. Cela est si vrai que, dans l'opinion que nous combattons, on se divise : l'un reste conséquent jusqu'au bout et nie qu'il y ait partage, privilège et garantie (1); l'autre recule devant ces conséquences et admet que le renonçant reste tenu des obligations qui dérivent de son titre (2). Il faut donc de toute nécessité faire une part à chacun des éléments qui constituent le partage d'ascendant; il en résulte des contradictions plus apparentes que réelles, car elles découlent de la double nature de l'acte par lequel l'ascendant distribue ses biens entre ses enfants.

SECTION III. — Des causes pour lesquelles le partage peut être attaqué.

ARTICLE 1. Du partage inexistant.

§ 1^{er}. *L'omission d'un enfant rend-elle le partage inexistant?*

93. L'article 1078 est ainsi conçu : « Si le partage n'est pas fait entre tous les enfants qui existeront à l'époque du décès et les descendants de ceux prédécédés, le partage sera nul pour le tout. Il en pourra être provo-

(1) Genty, p. 288 et suiv.; 313, 315.

(2) Demolombe, t. XXI, p. 150, n° 153.

qué un nouveau 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. » Cette disposition découle de la nature du partage; il est de son essence que tous les ayants droit y concourent, car c'est une liquidation de droits communs, une distribution de biens auxquels tous ont un droit égal; donc tous y doivent prendre part; un partage qui n'est pas fait entre tous ceux qui ont droit aux biens partagés ne serait pas un partage. Nous avons établi ce principe en traitant du partage qui se fait entre cohéritiers(1); il reçoit son application au partage d'ascendant; ce qui prouve que le partage d'ascendant est un véritable partage.

94. Dans l'opinion que nous avons enseignée au titre des *Successions*, le partage auquel tous les héritiers ne concourent point est un acte inexistant, et non un acte nul, et l'on sait que la différence est grande entre la nullité et la non-existence d'un acte. Quand un acte est nul, le vice qui l'entache donne lieu à une action en nullité, qui doit être intentée dans les dix ans s'il s'agit d'un contrat; tandis que les actes inexistantes n'ont aucune existence aux yeux de la loi; on n'en doit donc pas demander la nullité, on ne le peut même pas, car l'annulation du néant ne se conçoit point. Le vice qui rend un acte nul peut être effacé par la confirmation, tandis que les actes inexistantes ne sont pas susceptibles d'être confirmés. Nous avons déjà exposé ces principes au titre du *Marriage*; nous y reviendrons au titre des *Obligations*. Reçoivent-ils leur application au partage d'ascendant dans lequel un enfant aurait été omis?

En théorie, la question n'est pas douteuse; le partage d'ascendant étant un véritable partage est par cela même soumis à tous les principes qui régissent le partage. Reste à savoir si l'article 1078 consacre ces principes ou y déroge. A notre avis, la solution n'est pas douteuse. La loi dit que le partage est nul *pour le tout*. Pourquoi ajoute-t-elle ces mots *pour le tout*, dont elle n'a pas l'habitude

(1) Voyez le tome X de mes *Principes*, p. 494, n° 464.

de se servir, pour qualifier un acte nul? C'est pour marquer que l'acte est radicalement nul, qu'il ne peut produire aucun effet, pas plus à l'égard des enfants qui y ont concouru qu'à l'égard de l'enfant qui a été omis. La suite de l'article confirme cette interprétation. Si le partage était simplement nul, c'est-à-dire annulable, il en résulterait une action en nullité; et la nullité n'étant établie que dans l'intérêt de l'enfant omis, lui seul aurait le droit d'agir. Est-ce là ce que dit la loi? Elle ne parle pas d'une action en nullité, et ses termes l'excluent. Après avoir dit que le partage est nul pour le tout, l'article 1078 ajoute qu'il en pourra être provoqué un nouveau dans la forme légale. Voilà donc l'action qui naît du partage où un enfant a été omis: ce n'est pas une action en nullité de cet acte, c'est une demande en partage; or, une demande en partage suppose l'indivision; d'après l'article 816, le partage ne peut être demandé lorsqu'il y a eu un acte de partage. Si donc le partage d'ascendant, dans l'espèce, avait une existence légale, il faudrait, avant tout, en provoquer l'annulation, et on ne pourrait procéder à un nouveau partage qu'après le jugement qui aurait annulé le premier. Ce n'est pas ainsi que les choses se passent d'après l'article 1078; la loi elle-même déclare le partage nul pour le tout; puis elle permet d'en demander un nouveau. C'est dire que le premier n'a aucune existence légale. Aussi la loi donne-t-elle le droit de demander un nouveau partage, non-seulement à l'enfant omis, mais aussi aux enfants entre qui le partage aura été fait. C'est une conséquence tout ensemble et une preuve de l'inexistence du premier partage. Le partage étant considéré comme n'ayant jamais existé, les enfants se trouvent en état d'indivision; or, les communistes peuvent toujours demander le partage. Donc les enfants compris dans le partage ont une action aussi bien que l'enfant omis; tous ont le droit de mettre fin à l'indivision.

La théorie des actes inexistantes, quoique admise par les auteurs modernes, n'est pas sans difficulté dans l'application, parce que le code ne la consacre pas formellement. De là des incertitudes et des contradictions chez

ceux-là mêmes qui professent cette doctrine; nous laissons de côté ceux qui la rejettent ou qui semblent l'ignorer; au titre des *Obligations*, nous discuterons la question de principe et nous répondrons aux objections. Pour le moment, nous devons combattre une distinction proposée par MM. Aubry et Rau (1). Ils considèrent le partage comme non venu à l'égard de l'enfant omis, et comme nul seulement à l'égard de ceux qui figurent au partage. Nous avons de la peine à comprendre qu'un seul et même acte soit inexistant à l'égard des uns, et nul à l'égard des autres. S'il est inexistant, c'est qu'une condition, essentielle lui manque pour son existence, et s'il n'a pas d'existence légale, comment produirait-il quelque effet? Le texte repousse cette distinction; il place les enfants copartagés sur la même ligne que l'enfant omis; si l'enfant omis peut demander un nouveau partage sans être tenu de provoquer la nullité du premier, il en doit être de même des enfants copartagés; la loi ne distingue pas entre eux, et il n'y avait pas lieu de distinguer. Il y a indivision à l'égard de l'enfant omis, donc il y a aussi indivision à l'égard des enfants copartagés; car l'indivision à l'égard de l'un des communistes ne se conçoit pas sans qu'il y ait indivision à l'égard de tous; et dès qu'il y a indivision, l'article 815 devient applicable. Cela est aussi fondé en raison. Le partage n'ayant aucun effet à l'égard de l'enfant omis, les enfants copartagés se trouvent exposés d'un instant à l'autre à une demande en partage, et cette demande n'est soumise à aucune prescription, puisque l'action en partage est imprescriptible; devront-ils rester éternellement dans l'incertitude, jusqu'à ce qu'il plaise à l'enfant omis d'agir? La plupart des auteurs se prononcent en faveur de notre opinion; quoiqu'ils ne la rattachent pas à la théorie des actes inexistant, ils aboutissent aux mêmes conséquences (2).

95. L'une des plus importantes concerne la prescrip-

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 228, note 10.

(2) Duranton, t. IX, p. 636, n° 643. Demante, t. IV, p. 473, n° 246. Genty, p. 301 et suiv. Demolombe, t. XXIII, p. 161, n° 168. Réquier, p. 306, n° 166-168.

tion. Si le partage dans lequel un enfant est omis était nul, il donnerait lieu à une action en nullité; les enfants copartagés devraient l'intenter dans les dix ans, conformément à l'article 1304; tandis que l'enfant omis, en supposant qu'il dût aussi agir, aurait trente ans, d'après le droit commun. Nous supposons, bien entendu, que le partage a été fait par donation, puisque l'article 1304 ne s'applique qu'aux conventions; le partage testamentaire serait soumis à la prescription générale de trente ans pour toutes les parties intéressées. Dans notre opinion, il n'y a pas d'action en nullité, donc pas de prescription ni de dix ans ni de trente ans. Tous les enfants peuvent demander le partage, d'après le droit commun. Sur la prescription de l'action en partage, nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Successions*.

Une autre conséquence, tout aussi certaine, c'est que le partage inexistant ne peut être confirmé; on ne confirme pas le néant. Sans doute les enfants peuvent faire, après la mort de l'ascendant, telles conventions qu'ils veulent, relativement à sa succession et quant au partage qu'il en a fait. Mais ces conventions n'auront pas l'effet d'une confirmation; elles ne peuvent pas donner d'existence légale à un partage qui n'existe pas aux yeux de la loi.

96. Quand nous disons que le partage n'existe pas et ne produit aucun effet, nous entendons le partage testamentaire qui ne s'ouvre qu'à la mort du testateur, c'est-à-dire au moment même où la loi le frappe de nullité radicale. Quant au partage entre-vifs, la loi ne le déclare nul pour le tout que si, lors du décès de l'ascendant, tous les enfants n'y sont pas compris. Donc, du vivant de l'ascendant, la donation produit son effet; l'enfant omis n'a aucune action, car il n'a aucun droit sur les biens de son père tant que celui-ci vit; le père a pu disposer de ses biens en faveur de quelques-uns de ses enfants sans que les autres aient le droit de se plaindre, puisque chacun peut faire de ses biens ce qu'il veut, sauf à régler les droits des réservataires à sa mort. Cela peut même se faire sans aucun esprit d'inégalité. Il est arrivé que le père, après avoir fait le partage de ses biens à l'âge de

soixante et dix ans, s'est remarié et qu'un enfant est né de son second mariage. Le partage est irrévocable, sauf à l'enfant omis à invoquer l'article 1078; de là suit que pendant la vie de l'ascendant le partage produit ses effets; les enfants sont propriétaires, ils jouissent des biens, ils peuvent les aliéner. Mais qu'arrivera-t-il, à la mort de l'ascendant? L'enfant omis demandera un nouveau partage; pour lui le partage entre-vifs n'existe point, donc tous les biens partagés doivent être remis dans la masse héréditaire; il ne peut pas réclamer les fruits, ils appartiennent aux propriétaires, donc aux enfants copartagés. Que deviendront les aliénations consenties par les donataires? Elles seront maintenues, puisque les enfants avaient le droit d'aliéner. Vainement dirait-on que, le partage étant inexistant, ils n'ont jamais été propriétaires. L'article 1078 répond à l'objection; le partage n'est considéré comme inexistant qu'à partir de la mort de l'ascendant; jusque-là les enfants étaient propriétaires, et leur droit ne se résout pas, car ils étaient propriétaires sans condition. C'est donc un des cas où la propriété est révoquée sans rétroactivité. Cette décision est en harmonie avec le droit des tiers. Ils ont acquis la propriété en vertu d'un acte valable que les vendeurs avaient le droit de faire; dès lors leur propriété doit être maintenue. La loi seule aurait pu la résoudre; or, aucune disposition du code, aucun principe ne peut leur être opposé pour invalider une aliénation légalement faite. C'est une différence entre le partage inexistant et la survenance d'enfant qui, aux termes de l'article 960, révoque immédiatement et avec rétroactivité le droit des donataires. On comprend la raison de la différence; la révocation de l'article 960 est une condition résolutoire. Dans le cas de l'article 1078, la loi n'établit aucune condition résolutoire, la donation-partage ne tombe qu'à la mort de l'ascendant.

Voilà encore une singularité du partage d'ascendant. En règle générale, un acte inexistant ne produit aucun effet (art. 1131); et on conçoit même difficilement qu'un acte commence par produire les effets qui y sont attachés et qu'ensuite il soit déclaré inexistant. C'est que, dans

l'espèce, la raison pour laquelle l'acte est déclaré inexistant ne se produit qu'à la mort de l'ascendant; c'est seulement alors que l'on saura s'il y a un enfant omis ou non. Et l'enfant qui est omis ne peut pas réclamer contre les effets que le partage a produits du vivant de son père, celui-ci étant libre de disposer de ses biens comme il l'entend.

97. Faut-il conclure de là que le partage seulement est nul et que l'acte vaudra comme donation? La question se comprend si l'on admet que le partage est simplement annulable, un acte, quoique nul, pouvant valoir à un autre titre, comme nous le dirons plus loin en traitant de la nullité du partage d'ascendant⁽¹⁾. Il en est autrement dans l'opinion qui considère le partage comme inexistant. Un acte qui n'a pas d'existence légale ne saurait produire aucun effet; le néant ne peut pas plus valoir comme donation que comme partage.

La jurisprudence est en ce sens, bien qu'elle n'invoque pas les principes qui, à notre avis, décident la question⁽²⁾. Elle a été critiquée. On prétend que le texte même de la loi est contraire à l'opinion que les tribunaux ont consacrée. C'est le partage, dit-on, que l'article 1078 annule, il ne parle pas de la donation⁽³⁾. L'objection n'est pas sérieuse. De quoi est-il traité dans notre chapitre VII? C'est bien du partage d'ascendant. Comment ce partage se fait-il? Par donation ou par testament, dit l'article 1076. Quand il est fait entre-vifs, le partage se confond avec la donation, les deux actes n'en font qu'un seul, le partage-donation. Lors donc que la loi dit que le partage est nul pour le tout, elle annule le partage et la donation. Le texte est en harmonie avec l'intention de l'ascendant. A-t-il voulu faire deux actes, une donation et un partage? Non, certes; il a entendu distribuer ses biens entre-vifs, et il a dû le faire par donation. La loi ne pouvait donc pas dire qu'elle annulait la donation, puisque l'ascen-

(1) Troplong, t. II, p. 312, n° 2317. Réquier, p. 308 et 370.

(2) Angers, 16 juillet 1847 (Dalloz, 1847, 2, 180). Caen, 10 mai 1852 (Dalloz 1853, 2, 185).

(3) Demolombe, t. XXIII, p. 162, n° 169. Comparez Genty, p. 303.

dant a voulu, non donner ses biens, mais les partager.

Rejetant l'interprétation que l'on donne à l'article 1078, nous repoussons naturellement les conséquences que l'on en déduit. On prétend que l'enfant renonçant peut retenir les biens qui lui ont été donnés, quoique le partage soit inexistant, car, dit-on, il les retient comme donataire. Nous répondons qu'il ne peut les retenir, à ce titre, que s'il y a partage; le partage n'ayant pas d'existence légale, il ne peut pas plus y avoir de donataire que de copartagé.

Il résulte encore de notre opinion que si l'un des enfants léguait ses biens, le légataire n'aurait aucun droit aux biens partagés. Vainement dit-on que ces biens sont dans le patrimoine de l'enfant, puisque le partage n'est considéré comme non existant qu'à la mort de l'ascendant. Nous répondons que l'enfant est tenu de remettre ces biens dans la masse partageable si le partage est inexistant, donc son héritier a la même obligation (1).

98. La nullité du partage entraîne-t-elle la nullité des donations par préciput que l'acte contient au profit de quelques-uns des copartagés? Si le partage était simplement nul, la nullité n'aurait aucune influence sur les dispositions étrangères à l'acte. Mais quand le partage est inexistant, il y a un motif de douter. Le néant, peut-on dire, ne produit aucun effet. Il nous semble que l'argument confond le partage considéré comme fait juridique avec l'écrit qui constate le partage; nous supposons que la donation est valable en la forme, il y a donc un acte valable, et cet acte comprend deux faits juridiques très-distincts, une donation préciputaire et un partage; si la donation avait été faite par un acte à part, elle resterait valable, malgré la nullité radicale du partage; elle doit aussi subsister si elle se trouve dans le même acte, car un même acte peut contenir des dispositions très-distinctes, les unes valables, les autres nulles ou inexistantes. La cour de Bordeaux a décidé la question en ce sens (2).

(1) En sens contraire, Demolombe, t. XXIII, p. 163, nos 170 et 171.
(2) Bordeaux, 20 août 1853 (Daloz, 1854, 5, 258).

§ II. Quand le partage est-il inexistant?

N° 1. DES ENFANTS OMIS.

99. Aux termes de l'article 1078, le partage est nul pour le tout lorsqu'un enfant qui existe à l'époque du décès n'y a pas été compris. Par enfant existant il faut entendre celui qui est appelé à la succession de l'ascendant et qui, par conséquent, doit avoir une part dans le partage. Le principe est donc celui-ci : si un enfant qui aurait dû concourir au partage entre héritiers n'a pas de part dans le partage fait par l'ascendant, ce partage est frappé de nullité radicale, il est inexistant, comme on dit dans le langage de l'école.

100. Le principe s'applique sans difficulté au cas où un enfant naît postérieurement au partage, quand même il naîtrait après la mort de l'ascendant; il suffit qu'il soit conçu à sa mort pour être appelé à sa succession et, par conséquent, au partage (art. 725). Si le père ne l'y a pas compris, on se trouve dans le cas prévu par l'article 1078 : il y a un enfant omis et, par conséquent, il n'y a pas de partage.

Si le père n'a pas compris dans le partage un enfant qui existait déjà à l'époque où il a distribué ses biens, ou qui est né postérieurement, et si cet enfant vient à mourir avant l'ascendant, le partage est valable, car il est fait, comme le veut l'article 1078, entre tous les enfants qui existent à l'époque du décès.

Il en serait de même si l'enfant omis renonçait ou était indigne. Cet enfant *existe*, à la vérité, au décès du père, mais il est étranger à l'hérédité, l'héritier renonçant étant considéré comme n'ayant jamais été héritier, et l'héritier indigne étant exclu de la succession au moment même où elle s'ouvre (art. 785 et 727); ils ne prendraient aucune part au partage qui se ferait *ab intestat*, donc ils ne doivent pas être compris dans le partage d'ascendant. Au point de vue de la succession, ils n'existent pas (1).

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 225 et suiv., et notes 1-4. Duranton, t. IX, p. 630, nos 638-640.