

général, c'est là la mission du législateur. On pourrait aussi invoquer en faveur de notre opinion des considérations d'ordre public; la cour de Dijon l'a fait (1). Les actions en nullité ont des conséquences funestes pour les tiers, et en compromettant les droits des tiers, elles ébranlent la stabilité de la propriété: c'est ébranler le fondement de la société. Cela est surtout vrai des partages qui intéressent des familles entières, ainsi que tous ceux qui sont en rapport avec elles; il importe de ne pas les annuler, et quand l'annulation devient nécessaire, il vaut mieux que l'action soit intentée de suite, au lieu d'être ajournée à la mort de l'ascendant. Ces motifs ont certes leur gravité, mais ils vont à l'adresse du législateur: lui se décide par des considérations d'intérêt public; l'interprète ne doit tenir compte que de la loi et des principes.

113. Il faut nous placer au point de vue de l'opinion générale, puisque celle que nous venons d'exposer est abandonnée par la jurisprudence et par la doctrine. Pendant la vie de l'ascendant, l'action en rescision ne peut être intentée; elle sommeille, dit la cour de Paris; dès lors les défendeurs peuvent opposer au demandeur en rescision une fin de non-recevoir; la cour devrait même l'opposer d'office, puisqu'elle est fondée sur des motifs d'ordre public (2).

La jurisprudence décide cependant que l'action en rescision est recevable, du vivant de l'ascendant, lorsque le partage est fait entre les enfants sans le concours du père. Voilà une décision très-logique en un certain sens, mais qui n'en ruine pas moins les bases de l'opinion générale. Le partage fait entre les enfants est un partage ordinaire, le respect de l'autorité paternelle est hors de cause; il n'y a donc aucune raison qui défende aux enfants d'agir (3). Nous n'avons garde de le contester. Mais que devient alors la doctrine qui ajourne à la mort de l'ascendant les

(1) Dijon, 11 mai 1844 (Daloz, 1845, 1, 51).

(2) Paris, 8 avril 1850 (Daloz, 1850, 2, 134).

(3) Riom, 4 août 1866 (Daloz, 1866, 2, 153). Rejet, chambre civile, 16 janvier 1867 (Daloz, 1867, 1, 153); Lyon, 23 mai 1868 (Daloz, 1869, 2, 112); Bordeaux, 8 mars 1870 (Daloz, 1871, 2, 202).

effets du partage qu'il fait entre-vifs? Ce n'est pas lui qui a procédé au partage, soit; mais le partage s'opère en vertu de la donation qu'il a faite à ses enfants en vue de leur distribuer ses biens. Il y a, en tout cas, un partage, puisque les cours admettent l'action par laquelle on demande sa rescision. Or, peut-il y avoir partage du vivant de celui dont on se partage les biens? S'il peut y avoir partage, il y a par cela même une succession ouverte, car sans succession il ne saurait y avoir de partage. C'est là précisément ce que nous soutenons. Que s'il y a partage quand les enfants se distribuent les biens, pourquoi n'y en aurait-il pas lorsque c'est l'ascendant qui fait cette distribution?

II. Dans quel délai l'action doit-elle être intentée?

114. Quand le partage est fait par donation entre-vifs, l'action en rescision doit être intentée dans le délai de dix ans. C'est l'application de l'article 1304, qui est ainsi conçu: « Dans tous les cas où l'action en nullité ou en rescision d'une convention n'est pas limitée à un moindre temps par une loi particulière, cette action dure dix ans. » Or, le partage entre-vifs est une convention, puisqu'il ne peut se faire que par donation; donc la prescription spéciale de l'article 1304 doit recevoir son application.

En est-il de même lorsque le partage se fait par testament? La négative n'est pas douteuse. On ne peut pas appliquer la prescription spéciale et exceptionnelle de l'article 1304, puisque le testament n'est pas une convention; or, dès que l'on n'est pas dans le cas de l'exception prévue par l'article 1304, on rentre dans la règle générale de l'article 2262, d'après laquelle toutes les actions se prescrivent par trente ans. Cependant la question est controversée, comme si tout, en cette matière, devait être douteux. Duranton étend au partage testamentaire ce que nous venons de dire du partage entre-vifs. Nous croyons inutile de combattre cette erreur, car erreur il y a; il

suffit de lire l'article 1304 pour s'en convaincre (1). Nous reviendrons, du reste, sur les principes au titre des *Obligations*.

115. Quand le délai commence-t-il à courir? Le partage testamentaire est régi par le droit commun; l'action en nullité d'un testament s'ouvre à la mort du testateur, le délai doit donc courir de ce moment. On a dit que le délai ne court que du jour de la découverte du testament (2); c'est l'application du principe *contra non valentem agere non currit præscriptio*. Cette maxime n'est pas écrite dans nos lois. L'article 2251 dit, au contraire, que la prescription court contre toutes personnes, à moins qu'elles ne soient dans quelque exception établie par une loi; et il n'y a pas de loi qui suspende le cours de la prescription à raison d'un empêchement de fait qui ne permet pas d'agir. Nous reviendrons sur cette matière au titre de la *Prescription*.

116. Quand le partage se fait par donation, le délai devrait aussi courir à partir du moment où la donation est parfaite. Dans notre opinion, cela n'est pas douteux, puisque nous admettons que le partage existe avec tous ses effets dès que la donation est parfaite; que, par suite, les enfants peuvent agir en rescision du vivant de l'ascendant. Dans l'opinion contraire, il n'y a pas de partage pendant la vie du donateur, le partage n'existe qu'à la mort; la prescription de l'action en nullité ne peut donc courir qu'à partir de la mort de l'ascendant (3).

Telle est la conséquence logique de la nouvelle doctrine admise par la jurisprudence. Les arrêts de la cour de cassation qui la consacrent ne font guère que répéter les motifs généraux que nous avons exposés, nos 111, 112 (3). La chambre des requêtes s'est ralliée à l'opinion qui l'a

(1) Cassation, 25 novembre 1857 (Daloz, 1857, 1, 425). Aubry et Rau, t. VI, p. 257 et note 18; Réquier, p. 413, n° 229. En sens contraire, Duranton, t. IX, p. 638, n° 646.

(2) Duranton, t. IX, p. 638, n° 646.

(3) Aubry et Rau, t. VI, p. 236, et notes 15 et 16, et les autorités qui y sont citées. Comparez Réquier, p. 421, n° 235.

(4) Cassation, 30 juin 1847 (Daloz, 1847, 1, 193, sans motifs). Cassation, 16 juillet 1849 (Daloz, 1849, 1, 237). Rejet, chambre civile, 28 février 1855 (Daloz, 1855, 1, 82).

emporté à la chambre civile, sans donner aucun motif de sa décision, comme si elle le faisait à contre-cœur et pour ne pas affaiblir l'autorité de la cour suprême (1). Les cours d'appel motivent leurs décisions avec plus de soin; les développements qu'elles donnent à l'opinion qui est aujourd'hui dominante soulèvent plus d'un doute. Nous lui avons reproché de se mettre en opposition avec le texte de la loi, en effaçant dans le partage d'ascendant le caractère de partage et en s'attachant exclusivement à l'élément de donation. La cour de Bordeaux ne donne même plus le nom de partage à l'acte par lequel le père distribue ses biens entre ses enfants, elle l'appelle un abandon, et dit que c'est une pure libéralité, laquelle ne saurait léser les enfants (2). Evidemment. Mais est-ce là ce que dit la loi? Le chapitre VII est-il intitulé des *Libéralités* qu'un ascendant fait à ses descendants? Il porte pour titre des *Partages* faits par père et mère; et l'article 1^{er} du chapitre dit que les ascendants pourront faire, entre leurs enfants, le *partage* et la *distribution* de leurs biens; la loi emploie deux mots pour caractériser l'acte par lequel l'ascendant remet ses biens à ses enfants; il n'y est pas encore question de libéralité. Le caractère dominant de l'acte est donc celui de partage. Vient ensuite l'article 1076 qui dit comment le partage peut et doit se faire quand le père distribue ses biens entre-vifs; dans ce cas, le père est obligé de suivre les formes, les conditions et les règles des donations. La donation est donc l'élément accessoire du partage d'ascendant; c'est altérer la loi que de dire, comme le fait la jurisprudence, que l'enfant est un *simple donataire* (3); il est, avant tout, un copartagé; or, s'il ne peut être lésé comme donataire, il est certain qu'il peut l'être comme copartagé. La cour d'Orléans, dans un arrêt très-bien motivé, dit que le partage entre-vifs est une *libéralité accompagnée d'un partage* (4). C'est le contre-pied de la

(1) Rejet, 18 février 1851 (Daloz, 1851, 1, 294).

(2) Bordeaux, 30 juillet 1849 (Daloz, 1850, 2, 37).

(3) Agen, 17 novembre 1856 (Daloz, 1856, 2, 297).

(4) Orléans, 17 janvier 1851 (Daloz, 1851, 2, 270).

loi ; elle dit que c'est un acte par lequel l'ascendant partage et distribue ses biens entre ses enfants, et que si le père veut le faire de son vivant, il doit employer les formes et observer les conditions et les règles prescrites pour les donations. La différence entre la jurisprudence et la loi est capitale : le code dit que l'ascendant fait le partage et la distribution de ses biens, ce qui implique un acte à titre onéreux, un droit des enfants, un acte dans lequel le père doit observer le principe de l'égalité sous peine de nullité : les tribunaux disent que l'enfant est sans droit, qu'il est un simple donataire, qu'il reçoit une pure libéralité, et dans cet ordre d'idées on ne conçoit certes pas qu'il soit lésé. Ce qui a trompé les tribunaux, c'est qu'ils n'ont tenu aucun compte de la fiction qui se trouve dans le partage d'ascendant ; dans la réalité des choses, les enfants n'ont aucun droit sur les biens de leur père tant qu'il vit, mais le père leur reconnaît des droits en déclarant sa succession fictivement ouverte et en partageant en conséquence, entre ses enfants, des biens dont ceux-ci sont censés copropriétaires par indivis. Sans cette fiction, le partage d'ascendant est un non-sens. Avec la fiction, tout s'explique, non sans difficulté, il est vrai ; rien n'est plus difficile que de tracer les limites dans lesquelles on doit circonscrire les fictions. La jurisprudence se facilite la tâche, mais c'est en supprimant la fiction.

117. L'application du principe généralement admis a donné lieu à une difficulté. Il se trouve, au décès du père, des biens non partagés ; l'action en rescision pour cause de lésion contre le partage fait entre-vifs court-elle, dans ce cas, à partir du décès ou à partir du partage des biens indivis ? La cour de cassation a décidé que la prescription court à partir du décès. Dès ce moment le partage existe, d'après la jurisprudence, et, par conséquent, la prescription de l'action en rescision doit courir (1). La décision est logique, mais elle témoigne contre le principe admis par la jurisprudence. Que dit-on pour combattre la pre-

(1) Rejet, 27 novembre 1865 (Daloz, 1866, 1, 216).

mière jurisprudence de la cour de cassation ? Que l'action en rescision ne peut être intentée du vivant de l'ascendant, parce qu'il peut se trouver des biens à sa mort et que la lésion doit se calculer sur tout le patrimoine de l'ascendant, vu qu'il n'y a pas deux successions mais une seule (n° 110). Eh bien, voilà la cour de cassation qui permet de rescinder le partage entre-vifs avant que l'on ait partagé les biens qui restent dans la succession *ab intestat*, avant que l'on ait pu constater la valeur du patrimoine et s'assurer s'il y a lésion. La contradiction est évidente ; il est certain, et la cour l'avoue, que le second partage peut avoir de l'influence sur l'action en rescision ; si, malgré cela, elle admet que l'action en rescision peut être intentée de suite et avant le second partage, pourquoi ne pourrait-elle pas être formée du vivant de l'ascendant aussi bien qu'après sa mort ?

118. Il arrive souvent que les père et mère distribuent leurs biens à leurs enfants par un seul et même acte, en confondant les biens paternels et maternels dans une masse commune. Nous avons fait des réserves contre cette manière de procéder (n° 48) ; à notre avis, chacun des père et mère ne peut partager que les biens qui lui appartiennent, car si le partage est une distribution de biens, il est aussi une donation ; et peut-on donner des biens dont on n'est pas propriétaire ? Les difficultés auxquelles donne lieu l'action en rescision de ces partages cumulatifs confirment nos doutes. Dans notre opinion, il n'y en a aucune ; l'action en rescision pouvant être intentée du vivant des père et mère, peut l'être à plus forte raison après la mort de l'un d'eux. Dans le système de la jurisprudence, l'action ne s'ouvre qu'à la mort de l'ascendant. Faudra-t-il que l'enfant attende la mort du survivant pour agir ? C'est la doctrine consacrée par la jurisprudence ; les auteurs l'admettent également avec une restriction que l'on trouve aussi dans les arrêts, pour le cas où les biens paternels et maternels, quoique partagés par un même acte, auraient été distribués comme des patrimoines distincts ; il y a alors deux partages, compris dans un seul acte et, par suite, il n'y a aucune

difficulté à diviser l'action en rescision (1). Mais quand les biens ont été confondus, comment séparerait-on des clauses d'un même acte et scinderait-on un partage qui forme un tout indivisible dans la pensée des parties contractantes? La jurisprudence admet, à raison de cette indivisibilité, que l'action ne pourra être intentée qu'après la mort des deux époux (2). Il y a cependant des arrêts contraires (3), et les motifs qu'ils donnent nous paraissent décisifs. Y a-t-il réellement indivisibilité? L'indivisibilité ne résulte certes pas des choses qui font l'objet du partage; ce sont deux patrimoines distincts, donc la division est de droit. On l'avoue; l'indivisibilité, dit-on, résulte de l'intention des père et mère, et les enfants s'associent à cette pensée, puisqu'ils concourent au partage, au moins en l'acceptant. La question se réduit donc à savoir si les ascendants ont le droit de faire de leurs biens un tout indivisible, de sorte que le partage aussi devienne indivisible. Nous leur contestons ce droit. Chacun des époux ne peut donner que ce qui lui appartient, et les enfants ont le droit de réclamer leur réserve sur la succession de leur père et de leur mère; ceux-ci ne peuvent certes pas leur enlever ce droit, et les enfants n'y peuvent pas même renoncer du vivant de leurs père et mère, puisque ce serait renoncer à une succession future, et ces renonciations, comme tous pactes successoires, sont sévèrement prohibés (art. 791 et 1130). On invoque encore des motifs d'ordre moral: si les enfants ne peuvent pas agir contre leurs père et mère de leur vivant, à cause du respect qu'ils leur doivent, ils ne peuvent pas davantage actionner le survivant pour rompre un acte que celui-ci a entendu faire indivisiblement avec son conjoint. Sans doute, s'il y a quelque chose d'indivisible, c'est

(1) Demolombe, t. XXIII, p. 250, n° 227. Toulouse, 22 mai 1863 (Daloz, 1863, 2, 78).

(2) Lyon, 18 avril 1860 (Daloz, 1861, 5, 339). Agen, 7 juin 1861 (Daloz, 1861, 2, 116), et 1^{er} juin 1864 (Daloz, 1864, 2, 183). Toulouse, 22 mai 1863 (Daloz, 1863, 2, 78). Rejet, 18 juin 1867 et 14 août 1866 (Daloz, 1867, 1, 274, et 111).

(3) Agen, 17 novembre 1856 (Daloz, 1856, 2, 297), et 16 février 1857 (Daloz, 1858, 2, 106).

le respect que les enfants doivent à leurs père et mère; mais il est tout aussi évident que ce respect, considération purement morale, ne saurait rendre le contrat indivisible. Restent les difficultés de fait qui sont incontestables, mais dont le juge ne peut jamais se prévaloir pour repousser une demande.

Quoi qu'il en soit, l'opinion consacrée par la jurisprudence porte atteinte aux droits des enfants. A la mort de l'un de leurs père et mère, ils sont saisis par la loi des biens du prédécédé, ils y ont un droit actuel, immédiat, qu'aucune convention ne peut leur enlever. De quel droit la jurisprudence entrave-t-elle l'exercice de la propriété qui appartient aux enfants? La cour d'Agen dit très-bien que la volonté la plus expresse des père et mère ne saurait empêcher qu'au décès de l'un des donateurs les enfants n'aient une action pour réclamer leur part héréditaire sans qu'ils soient forcés, pour l'obtenir entière, d'attendre le décès du conjoint survivant.

III. Estimation des biens.

119. L'article 890 porte: « Pour juger s'il y a eu lésion, on estime les objets suivant leur valeur à l'époque du partage. » Cette disposition, écrite au chapitre du *Partage des successions ab intestat*, reçoit-elle son application au partage d'ascendant? Si l'on admet, avec la première jurisprudence de la cour de cassation, que l'action en rescision s'ouvre du vivant de l'ascendant, la réponse n'est pas douteuse; le partage d'ascendant est un vrai partage, il implique que, par une fiction de la loi, la succession de l'ascendant est ouverte; le père distribue les biens entre ses enfants en leur lieu et place; cette distribution n'est que la liquidation et la répartition d'un patrimoine commun, l'égalité y doit présider comme dans les partages *ab intestat* que feraient les héritiers eux-mêmes; la lésion vicie donc le partage dans son essence. De là l'action en rescision. Comment saura-t-on s'il y a lésion? L'article 890 répond à la question; la règle qu'il établit découle de la nature des choses, c'est le bon sens qui la