

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<sup>er</sup> 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



dicte. Un enfant prétend qu'il est lésé de plus du quart par le partage d'ascendant; il faut qu'il prouve qu'il n'a pas reçu les trois quarts de sa part héréditaire, en estimant les biens d'après la valeur qu'ils avaient lors du partage. Une fois le partage consommé, si la part des copartageants a été égale, les augmentations ou les diminutions de valeur qui peuvent survenir sont pour le compte des copartagés; propriétaires incommutables des biens mis dans leur lot, les biens périclent, augmentent ou diminuent de valeur pour eux. La conséquence est incontestable dès que le principe est admis (1).

**120.** Le principe est rejeté aujourd'hui et par la jurisprudence et par la doctrine. En faut-il conclure que la conséquence tombe avec le principe? La question est vivement agitée et la lutte n'est pas terminée. La cour de cassation a déserté le système qui avait prévalu en 1845 devant la chambre des requêtes, sur le rapport de Lasagni, un des magistrats les plus distingués de la cour. Les cours d'appel ont plié sous l'autorité de la cour suprême, à l'exception de la cour d'Agen qui, sous l'inspiration d'un juriconsulte distingué, M. Réquier, aujourd'hui son président, résiste à la cour de cassation avec une persévérance que nous admirons. Notre conviction est que la cour d'appel a raison contre la cour de cassation; ce qui complique singulièrement la difficulté, c'est que la doctrine de l'arrêt de 1845 n'est plus soutenue par personne. Tout le monde admet que l'action en rescision ne s'ouvre qu'à la mort. C'est une concession dangereuse, elle donne tous les avantages de la logique à la cour de cassation, tandis que l'opinion contraire semble illogique et condamnée d'avance par ses contradictions.

Nous-même, bien que nous ayons pris parti pour la première jurisprudence de la cour de cassation, nous ne voudrions pas admettre l'arrêt de 1845 dans toute sa rigueur. Il est trop absolu, et dans la matière du partage d'ascendant, toute doctrine absolue est suspecte; le par-

(1) Rejet, 4 février 1845 (Dalloz, 1845, 1, 49). Dans le même sens, Rejet de la cour de cassation de Belgique, 7 août 1845 (*Pasicrisie*, 1846, 1, 144). Liège, 20 juillet 1850 (*Pasicrisie*, 1850, 2, 290).

tage entre-vifs, et c'est de celui-là qu'il s'agit, renferme deux éléments divers, à certains égards, opposés; c'est tout ensemble un acte de partage et un acte de disposition. De là d'inévitables conflits qui ressemblent à des contradictions. Il faut recourir à une fiction pour les expliquer; or, les fictions n'ont rien d'absolu, loin de là, elles sont contraires à la réalité des choses, et la vérité seule est absolue. C'est parce que l'arrêt de 1845 est trop absolu qu'il n'a pas fixé la jurisprudence. Mais la jurisprudence est allée trop loin dans sa réaction contre l'arrêt Lasagni. Il fallait écarter ce qu'il a de trop absolu et, par suite, d'erroné, et maintenir ce qu'il a de vrai. C'est ce travail difficile que nous allons entreprendre. Il est déjà fait à moitié. L'arrêt de 1845 admet qu'il y a deux successions, la première ouverte par le partage entre-vifs, la seconde ouverte par la mort de l'ascendant; et ces deux successions n'ont aucun rapport entre elles. C'est pousser la fiction jusqu'à l'absurde. On n'a pas manqué d'adresser ce reproche à la jurisprudence de la chambre des requêtes. Quoi! a-t-on dit. Deux successions! il y aurait donc deux morts! On peut répondre que la première mort est fictive; là n'est donc pas l'absurdité, elle consiste à admettre pour une seule personne deux patrimoines distincts, indépendants l'un de l'autre. La loi ne dit pas cela. Une seule et même personne ne peut avoir qu'un seul et même patrimoine; si ce patrimoine fait l'objet de deux partages, ce qui suppose deux successions, il faut s'arrêter et dire que la succession fictive et la succession réelle ne forment qu'un seul patrimoine; il faut donc repousser la conséquence que l'arrêt Lasagni tire de la fiction, en décidant qu'il n'y a pas même lieu au rapport fictif des biens partagés entre-vifs; nous l'avons dit ailleurs (1). Il faut rejeter encore cette autre conséquence que l'arrêt de 1845 déduit du principe, que le partage fictif et le partage réel sont étrangers l'un à l'autre: l'article 1076 ne dit pas cela, et on doit toujours se garder de pousser les fictions à bout; nous avons enseigné que les deux partages n'en

(1) Voyez le tome XII de mes *Principes*, p. 53, n° 33-35.



forment qu'un seul (n° 110); cela est évident quand on reste sur le terrain de la réalité : un seul patrimoine, une seule succession, un seul partage.

Ce sont ces exagérations qui ont empêché la chambre civile de consacrer la doctrine admise par la chambre des requêtes. Nous les écartons. Quand nous traiterons de l'action que l'article 1079 accorde à l'enfant pour cause d'atteinte portée à la réserve, nous dirons que l'arrêt de 1845 a encore eu tort de confondre cette action avec celle qui est fondée sur la lésion. Cette confusion s'est maintenue dans la jurisprudence; elle applique à la rescision pour cause de lésion ce qui, d'après les principes, n'est vrai que pour la réserve. La confusion a fait du tort à l'action en rescision, ainsi que tout ce qu'il y a d'erroné dans l'arrêt Lasagni. On a répudié le principe avec les fausses conséquences que la chambre des requêtes en avait déduites. Nous avons essayé de sauver le principe (n° 110), d'après lequel l'action en rescision s'ouvre du vivant de l'ascendant dès que le partage est parfait. Ce principe a aussi été rejeté. Tout le monde admet que la rescision ne peut être demandée qu'à la mort de l'ascendant donateur. De là une nouvelle difficulté : doit-on néanmoins faire l'estimation des biens à l'époque du partage?

**121.** Nous croyons que la question, même ainsi posée, doit être résolue affirmativement. La question de savoir à quelle époque s'ouvre l'action en rescision n'est pas identique avec la question de savoir à quelle époque les biens doivent être estimés pour déterminer le montant de la lésion. On conçoit que le cours de la prescription soit suspendu pendant la vie de l'ascendant; cela n'empêche pas que le partage existe de son vivant. Le nier, c'est effacer les articles 1075 et 1076 du code civil. Or, s'il y a partage, l'égalité y doit être observée au moment où l'ascendant le fait, comme elle devrait l'être si les enfants partageaient eux-mêmes les biens. Dès lors l'article 890 doit être appliqué au partage d'ascendant aussi bien qu'au partage *ab intestat*. Si l'enfant n'a pas reçu les trois quarts de sa portion héréditaire, d'après la valeur qu'avaient les

biens au moment du partage, il peut agir en rescision, et il n'aura pas l'action s'il a reçu les trois quarts. Peu important les changements qui ont eu lieu dans la valeur des biens partagés postérieurement au partage; les biens étant devenus la propriété incommutable des enfants, ils sont à leurs risques, comme ils le sont dans un partage *ab intestat* (1).

La cour de cassation a consacré l'opinion contraire par de nouveaux arrêts. Nous avons dit plus haut (n° 116) que la jurisprudence fait dire à la loi tout le contraire de ce qu'elle dit. Que nos lecteurs en jugent. Voici ce qu'on lit dans l'arrêt le plus longuement motivé de la cour suprême (2); pour qui connaît les ouvrages de Troplong, il n'est pas douteux que l'arrêt n'ait été rédigé par le premier président; ce qui, à nos yeux, lui donne une plus grande autorité, c'est qu'il a été rendu sur les conclusions conformes du procureur général Delangle. L'arrêt commence par dire, dans le style de Troplong, que le partage ne fait que des donataires, que la mort de l'ascendant fait seule des héritiers : « Les successions ne s'ouvrent que par la mort; l'abandonnement et le partage faits par l'ascendant en contemplation de cette mort et des droits futurs de ses descendants à sa succession *ne sauraient leur conférer la qualité d'héritiers.* » S'ils ne sont pas héritiers, ils ne peuvent être que donataires, et s'ils ne sont que des donataires, on ne peut les considérer comme des *copartagés*. Est-ce là ce que dit le code? Aux termes de l'article 1075, l'ascendant peut faire entre ses descendants la *distribution* et le *partage* de ses biens; donc d'après la loi, les enfants sont des copartagés, partant des héritiers par fiction; tandis que, d'après la cour de cassation, ils ne sont pas des copartagés, ni des héritiers. L'antinomie est formelle.

La cour est obligée de reconnaître qu'il y a partage,

(1) Orléans, 27 décembre 1856 (Daloz, 1858, 2, 77). La Guadeloupe, 3 mars 1858 (Daloz, 1859, 2, 30).

(2) Cassation, 24 juin 1868 (Daloz, 1868, 1, 289). Comparez 4 juin 1862 (Daloz, 1862, 1, 401); 28 juin et 29 août 1864 (Daloz, 1864, 1, 280 et 345).



mais, dit-elle, « c'est un partage destiné, dans la pensée de l'ascendant, à tenir lieu du partage légal au moment de l'ouverture de la succession. » C'est dire que le partage d'ascendant n'est qu'un partage apparent, que le vrai partage se fait à la mort. L'arrêt le dit : les enfants ne deviennent héritiers qu'à la mort et ce n'est qu'à ce moment qu'ils acquièrent la propriété à titre d'héritiers. Donc jusque-là ils ont possédé comme donataires. Est-ce là ce que dit le code? L'article 1076 porte : « Ces partages pourront être faits par actes entre-vifs. » Donc c'est un partage que l'ascendant fait en empruntant à la donation ses conditions, ses règles et ses formes. Par conséquent les enfants sont des copartagés, et ils possèdent comme tels; or, posséder à titre de copartagés, c'est bien posséder à titre d'héritier, au moins fictif; donc, encore une fois, antinomie entre l'arrêt de la cour suprême et le texte du code.

A quoi tendent ces longs préliminaires? Au moment où la succession de l'ascendant s'ouvre, l'enfant n'est encore qu'un donataire, il va devenir un héritier, un copartagé; entre héritiers l'égalité doit régner, tandis qu'entre donataires il ne saurait être question d'égalité. Nous ne citons pas textuellement, la rédaction de l'arrêt est tellement embrouillée qu'on a de la peine à le comprendre; il suffira de transcrire quelques mots : « le partage fait par l'ascendant est un fait accidentel de l'homme auquel on ne peut attacher l'effet que la loi y attache, l'égalité entre les héritiers; ce droit naît du décès, lequel donne seul ouverture à la succession. » Est-ce que le code dit aussi que le partage d'ascendant n'est soumis à la loi d'égalité qu'à la mort de celui qui l'a fait? Le code appelle le partage d'ascendant fait par donation un partage entre-vifs (art. 1076). C'est ce partage entre-vifs qui peut être attaqué pour cause de lésion, c'est donc bien le partage fait par l'ascendant que la loi soumet à la loi de l'égalité dès son vivant; que l'on dise tant que l'on voudra que le partage est un fait accidentel de l'homme, c'est là une phrase, et cette phrase est en opposition avec le texte de la loi. Que parle-t-on du fait de l'homme? L'homme n'aurait pas pu

faire de son vivant le partage de ses biens; il a fallu que la loi l'y autorisât; tout, en matière de partage d'ascendant, est donc l'œuvre de la loi. Et si la loi a pu attacher au partage *ab intestat* la règle de l'égalité, elle a pu attacher le même effet au partage entre-vifs.

Nous arrivons à la conclusion. Elle est également enveloppée d'ambages et de circonlocutions; il faut presque la traduire pour la faire comprendre. Jusqu'à la mort de l'ascendant il n'y a que des donataires, les enfants deviennent héritiers seulement à l'ouverture de l'hérédité, c'est alors que l'apparence du partage devient une réalité; le droit à l'égalité date de ce moment; c'est donc à ce moment qu'il faut estimer les biens pour voir s'il y a lésion. Dans un arrêt récent, rédigé dans un esprit plus juridique, la doctrine de la cour est formulée en deux mots : le partage anticipé devient un partage légal lors de l'ouverture de la succession, donc c'est à cette époque qu'il faut estimer les biens, comme le dit l'article 890 (1). Rien de mieux si la loi ne disait le contraire, et elle le dit dans l'article 1076 : le partage entre-vifs a effet comme tel dès l'instant où la donation est parfaite. Il n'y a pas un mot dans nos textes d'où l'on puisse induire que le partage fait par ascendant ne devient un partage légal qu'à sa mort.

**122.** La seule cour d'appel qui ait résisté à la cour de cassation, c'est la cour d'Agen, présidée aujourd'hui par M. Réquier, l'auteur d'une excellente monographie sur le partage d'ascendant. Nous avons applaudi à cette résistance. Que l'on compare l'arrêt de 1868 rendu par la cour d'appel avec l'arrêt de la même année qui le casse et l'annule, et l'on sera obligé d'avouer que, pour la forme et le fond, l'arrêt d'appel est supérieur à l'arrêt de cassation. Tout partage, dit la cour d'Agen, est vicié dans son essence lorsque l'égalité a été violée dans les limites fixées par la loi. Cette règle, posée par l'article 887, a été déclarée commune aux partages d'ascendants par la première disposition de l'article 1079. La loi permet d'attaquer ces partages pour lésion de plus du quart. De quoi

(1) Cassation, 25 août 1869 (Dalloz, 1869, 1, 466).



s'agit-il dans l'action en rescision? Il s'agit uniquement de rechercher si l'ascendant a bien ou mal fait la répartition de son patrimoine, s'il a violé la règle de l'égalité d'une manière assez grave pour motiver l'annulation de l'acte. Pour procéder à cette vérification, il faut nécessairement se reporter au jour du partage et prendre les choses en l'état où elles étaient à cette époque. Pourrait-on déclarer le partage inégal alors que les lots étaient égaux lorsqu'ils ont été attribués aux copartagés? En vain dirait-on que, depuis le partage, tel objet a augmenté de valeur, que tel autre a perdu de la sienne; le partage ne peut être vicié par un fait postérieur que les parties n'ont pu ni dû prévoir; chacun des copartagés, devenu propriétaire incommutable du lot qui lui est échu, n'a aucun compte à rendre à ses cohéritiers de la plus-value que le temps ou toute autre circonstance a pu donner aux objets qui la composent, ni aucune réclamation à faire pour la dépréciation qu'ils ont pu éprouver. En estimant les biens suivant leur valeur au jour de l'acte, on ne fait qu'appliquer la règle écrite dans l'article 890; les partages d'ascendants doivent être soumis à cette règle parce que ce sont des partages et qu'aucune disposition de la loi ne les affranchit d'une règle de bon sens et d'équité (1).

L'arrêt répond ensuite aux objections; nous les connaissons et nous croyons y avoir répondu. On a contesté le principe qui sert de base à toute l'argumentation de la cour. Que l'égalité doive régner dans les partages faits entre des cohéritiers qui avaient un droit préexistant sur les objets partagés, cela est évident, dit-on; mais il en est tout autrement d'un partage qu'un propriétaire fait de ses biens entre des personnes qui n'y ont aucun droit. Quelle que soit l'inégalité de la répartition que le père fait de ses biens, les enfants n'ont pas à s'en plaindre, parce qu'ils n'ont aucun droit sur son patrimoine avant l'ouverture de sa succession. M. Réquier avait d'avance réfuté l'objection dans son *Traité sur les partages d'ascendants*. Sans doute, l'ascendant est libre de donner à

(1) Agen, 8 juillet 1868 (Dalloz, 1868, 2, 241).

ses enfants ce qu'il veut et comme il le veut, s'il leur fait une donation en avancement d'hoirie que les donataires devront rapporter à sa succession; la succession ne se partage alors qu'à la mort du donateur et le rapport établit l'égalité entre ses héritiers. Mais si l'ascendant veut faire le partage de ses biens de son vivant, il est tenu de respecter l'égalité, qui est essentielle dans tout partage. Il exerce alors une faculté que la loi lui accorde dans l'intérêt de la famille, il veut prévenir les dissensions que ferait naître le partage auquel ses enfants procéderaient après sa mort; dans ce but il distribue lui-même ses biens entre eux, aussi la loi lui impose-t-elle l'obligation de respecter la loi d'égalité qui doit présider à tout partage (art. 1079) (1).

La cour d'Agen ainsi que M. Réquier insistent sur les conséquences funestes qui découlent de la doctrine que la jurisprudence a consacrée. Ce sont des faits qu'il importe de connaître. Dans l'espèce que nous venons de citer, le partage fait en 1841 conjointement par les père et mère entre leurs six enfants attribuait au fils aîné, qui habitait avec eux, le petit domaine composant toute leur fortune, moyennant diverses soultes qu'il paya à ses frères et sœurs pour compléter leur part. Vingt-deux ans s'écoulèrent depuis le partage jusqu'au décès du dernier mourant des auteurs communs; par l'effet de ce long temps et des soins que le fils aîné consacra à son héritage, les immeubles augmentèrent de valeur. Que font les autres enfants? Ils avaient profité des intérêts de leur dot, et maintenant ils viennent quereller leur frère pour avoir part à une plus-value absolument étrangère au partage. Un arrêt rendu en 1866 flétrit vivement cette manière d'agir. Les enfants qui, après une longue possession, venaient attaquer le partage étaient précisément ceux qui l'avaient sollicité pour leur avantage; en l'acceptant, ils avaient certes voulu traiter définitivement sur le pied de la valeur que les biens avaient à cette époque, ils ne pouvaient pas prendre en considération la valeur que les biens

(1) Note de M. Réquier, dans le Recueil de Dalloz, 1869, 2, 9.



auraient au décès de leur père, puisqu'ils n'en pouvaient prévoir le jour ; ils prétendaient maintenant changer les bases du pacte de famille auquel ils avaient concouru, qu'ils avaient provoqué ; leur but n'était pas de faire un nouveau partage, mais d'imposer des conditions plus onéreuses à celui de leurs frères qui avait si longtemps exploité les biens. La cour a raison de dire que cette spéculation est peu honnête (1). Ces considérations de fait seraient sans valeur si elles ne trouvaient un appui dans la loi. La doctrine de la cour de cassation favorise malheureusement ces spéculateurs indéliçats ; car la cour casse systématiquement tous les arrêts de la cour d'Agen qui heurtent sa jurisprudence (2).

**123.** La doctrine est divisée. Troplong applaudit à la nouvelle jurisprudence ; il enseigne comme auteur ce qu'il pratique comme magistrat, en insistant beaucoup sur des considérations morales (3). Sans doute il ne convient pas que les enfants viennent quereller l'œuvre de leur père tant qu'il vit ; mais leurs critiques passionnées et malhonnêtes sont-elles plus morales quand elles s'adressent à sa mémoire ? MM. Aubry et Rau ont changé d'avis sous l'influence de la jurisprudence (4). Il y a des auteurs qui n'admettent la doctrine de la cour de cassation qu'avec des restrictions que, du reste, la jurisprudence a consacrées. La jurisprudence favorise le système de M. Genty, qui ne voit dans les partages entre-vifs qu'un avancement d'hoirie ; toutefois il propose d'appliquer à l'estimation des biens partagés la règle que le code établit pour le rapport des biens donnés sans dispense de rapport ; le mobilier serait donc estimé sur le pied de la valeur lors de la donation et les immeubles d'après leur état lors de la donation, et leur valeur lors de l'ouverture de la succession, de sorte que l'on tiendrait compte au donataire des impenses qui ont amélioré la chose (art. 860 et 862). M. Demolombe donne son approbation à cet amendement,

(1) Agen, 16 mai 1866 (Dalloz, 1866, 2, 123).

(2) Cassation, 25 août 1869 (Dalloz, 1869, 1, 466).

(3) Troplong, t. II, p. 316, n° 2331.

(4) Aubry et Rau, t. VI, p. 234, note 8 ; p. 236, note 16 (§ 734).

parce qu'il diminue les inconvénients qui résultent du système dominant (1). La cour de cassation applique le principe établi en matière de réduction par l'article 922, c'est-à-dire que tous les biens, sans distinction entre les meubles et les immeubles, seraient estimés suivant leur état au moment du partage et leur valeur au moment du décès (2). Il nous semble qu'il n'y a aucune analogie entre le rapport ou la réduction, et la rescision pour cause de lésion. Quand il y a lieu à rapport, les biens rapportés doivent rentrer dans la succession, et la succession ne peut s'avantager aux dépens de l'héritier donataire. Quand les biens sont réduits, il y a une raison analogue. Lorsqu'on attaque un partage pour cause de lésion, il s'agit uniquement d'estimer les biens qui ont fait l'objet du partage, c'est donc la valeur lors du partage qui doit seule être prise en considération.

Réquier dit qu'il a la ferme conviction que son opinion finira par triompher (3). Jusqu'ici il n'y a guère d'apparence que la cour de cassation revienne sur sa jurisprudence, et les auteurs qui ont écrit depuis M. Réquier se sont prononcés pour la doctrine que la cour a consacrée. C'est l'opinion de M. Bertauld (4) et de M. Barafort. Ni l'un ni l'autre n'ont apporté de nouveaux éléments dans le débat. La question est épuisée. M. Barafort dit, à l'appui de la jurisprudence, que le partage d'ascendant est, à la vérité, un partage, mais un partage provisoire ; il se fonde sur l'article 1078 qui déclare le partage nul quand un enfant y a été omis ; de là il conclut que le partage ne devient définitif qu'à la mort de l'ascendant, donc c'est à la mort seulement que l'on peut savoir si le partage est égal ou non. Cette argumentation n'est pas faite pour nous rallier à la doctrine de la jurisprudence. Il n'y a pas de partage provisoire ; de deux choses l'une : ou tous les enfants ont été compris dans le partage, alors il a toujours été définitif : ou il y a un enfant omis et, dans ce

(1) Genty, p. 317 et suiv. Demolombe, t. XXIII, p. 245, n° 222.

(2) Cassation, 28 janvier et 29 août 1864 (Dalloz, 1864, 1, 280 et 345).

(3) Réquier, *Des partages d'ascendants*, p. 349 et suiv., et p. 337, n° 187.

(4) Bertauld, *Questions de code Napoléon*, t. II, p. 91, n° 121.



cas, il n'y a jamais eu de partage, en ce sens qu'il est non existant et ne produit aucun des effets qui sont attachés au partage. M. Barafort fait valoir un autre motif qui a quelque apparence juridique et que M. Demolombe avait déjà proposé. L'action en nullité, en cas d'omission d'un enfant, et l'action en nullité pour atteinte portée à la réserve ne s'ouvrent qu'à la mort de l'ascendant; s'il y a lieu à une estimation des biens, c'est à ce moment qu'elle se fait; donc il en doit être de même de l'action en rescision pour cause de lésion, car la loi met toutes ces actions sur la même ligne (1). Il y a, dans cette identification des trois actions qui appartiennent aux enfants, une confusion complète de droits essentiellement différents. Quand les enfants agissent en vertu de l'article 1078, ils ne demandent pas la nullité du partage, ils provoquent un nouveau partage, comme le font des héritiers qui sont en état d'indivision. Lorsqu'un enfant attaque le partage pour atteinte portée à sa réserve, il ne demande pas non plus la nullité du partage, il demande un supplément de part, une indemnité du préjudice qu'il souffre, comme nous le dirons plus loin. Peut-on comparer des cas où il n'y a pas nullité à un cas où le partage est vicié et nul?

#### IV. Procédure.

**124.** L'action en rescision pour cause de lésion est empruntée au partage *ab intestat*; l'égalité doit régner dans le partage d'ascendant aussi bien que dans le partage fait entre héritiers. Il faut donc appliquer au partage d'ascendant les principes qui régissent la rescision du partage *ab intestat*. Il a été jugé en ce sens que l'article 1677 n'est pas applicable à l'action en rescision du partage d'ascendant. Aux termes de cet article, la preuve de la lésion en matière de vente n'est admise que par jugement, et dans le cas seulement où les faits articulés seraient assez graves et assez vraisemblables pour faire

(1) Barafort, *Des partages d'ascendants*, p. 72 et suiv., et p. 90.

présumer la lésion. La loi voit avec une espèce de défaveur la rescision de la vente; elle a été adoptée malgré une vive opposition, comme nous le dirons au titre de la *Vente*. La rescision du partage, au contraire, lorsqu'un enfant est lésé de plus du quart, est favorable, parce que c'est la sanction du principe d'égalité, et l'égalité est de l'essence du partage (1).

L'article 1678, d'après lequel la preuve de la lésion ne peut se faire que par un rapport de trois experts, n'est pas non plus applicable au partage d'ascendant. Il a été jugé que la demande peut être rejetée sans expertise, si les tribunaux possèdent des éléments suffisants pour apprécier la valeur des biens. L'expertise occasionnerait, en ce cas, des frais inutiles. La cour d'Agen, qui l'a décidé ainsi, dit très-bien : « Si la justice doit proscrire avec sévérité les partages d'ascendants quand ils sont le résultat d'une prédilection coupable du père pour l'un de ses enfants, elle doit protéger contre les entreprises de la mauvaise foi et de la cupidité ces pactes de famille qui donnent le repos à la vieillesse et des ressources aux enfants pour les utiliser dans l'agriculture et l'industrie, alors qu'ils ont été librement et honnêtement contractés (2). »

**125.** L'article 1080 porte : « L'enfant qui, pour l'une des causes exprimées en l'article précédent, attaquera le partage fait par l'ascendant, devra faire l'avance des frais de l'estimation. » La loi a voulu prévenir, autant que possible, les procès qui n'auraient d'autre mobile que l'esprit de chicane et la mauvaise foi. De ce que le demandeur doit avancer les frais, il ne faut pas conclure qu'il soit obligé de les consigner. Cette mesure est prescrite aux étrangers, on ne peut l'étendre au delà du texte (3). La cour de Lyon a cependant jugé que les tribunaux peuvent ordonner la consignation lorsqu'elle leur paraît nécessaire (4). Cela est très-douteux, les tribunaux

(1) Riom, 10 mai 1851 (Daloz, 1852, 2, 255).

(2) Agen, 1<sup>er</sup> juin 1864 (Daloz, 1864, 2, 183).

(3) Riom, 10 mai 1851 (Daloz, 1852, 2, 155).

(4) Lyon, 18 avril 1860 (Daloz, 1861, 5, 338). En sens contraire, Rœquier, p. 354, n<sup>o</sup> 190.