

n'équivaut-elle pas au consentement, du moins en ce sens que le contrat a pu se former, sauf à en demander la nullité pour vice de consentement? Dans le partage entre-vifs, cela serait admissible, puisque le concours de consentement a lieu; mais dans le partage testamentaire, le consentement des enfants ne peut valider un acte qui, au moment où le testament s'ouvre, n'a aucune existence légale. Logiquement il faudrait donc décider que le partage entre-vifs peut être confirmé: dans notre opinion, dès que le partage est fait: dans l'opinion générale, après la mort de l'ascendant. Mais en cas de partage testamentaire, il y aurait nullité radicale en ce qui concerne les biens de l'ascendant prédécédé et, par suite, impossibilité de confirmer; il faudrait un nouveau partage; la confirmation ne pourrait se faire que pour le partage des biens du testateur.

§ III. De la réduction pour atteinte portée à la réserve.

N° I. NATURE DE L'ACTION.

141. Après avoir dit que le partage d'ascendant peut être attaqué pour lésion de plus du quart, l'article 1079 ajoute: « Il pourra l'être aussi dans le cas où il résulterait du partage et des dispositions faites par préciput que l'un des copartagés aurait un avantage plus grand que la loi ne le permet. » Quelle est la nature de l'action que l'article 1079 donne à l'enfant? est-ce une action en rescision fondée sur la lésion, ou est-ce une action en réduction pour atteinte portée à la réserve? L'intérêt de la question concerne surtout l'objet et l'effet de l'action. Si c'est une action en rescision, le tribunal prononce l'annulation du partage; si c'est une action en réduction, le partage subsiste et le tribunal se borne à indemniser le demandeur du préjudice qu'il éprouve. La question est très-controversée, et quant au principe et quant aux conséquences qui en découlent.

Le texte ne décide pas la difficulté; il ne qualifie ni l'action résultant de la lésion, ni l'action que la loi donne

aux copartagés de celui qui reçoit un avantage plus grand que la loi ne le permet. Dans l'un et l'autre cas, la loi se sert de la même expression: le partage pourra être *attaqué*. En faut-il conclure, comme on l'a fait (1), que, dans les deux cas prévus par l'article 1079, le partage est nul et que l'objet de l'action est d'en provoquer la nullité? Ce serait dépasser la loi, car elle ne dit pas quel est l'objet de l'*attaque* qu'elle autorise. Si, en cas de lésion de plus du quart, on admet que l'action tend à l'annulation du partage, c'est à raison de l'analogie évidente qui existe entre la lésion qui vicie le partage d'ascendant et la lésion qui vicie le partage *ab intestat*. Cet argument nous fait défaut pour la seconde disposition de l'article 1079, elle est spéciale au partage d'ascendant; il faut donc avant tout en rechercher le motif.

La discussion du conseil d'Etat est invoquée par les partisans des deux opinions contraires, preuve qu'elle n'est pas décisive. Nous n'y chercherons que la raison de la loi. Dans le projet de code civil, il y avait une disposition ainsi conçue: « Le partage sera encore *nul* si les père et mère ou autres ascendants ont fait, à titre de préciput, une disposition, soit entre-vifs, soit par testament au profit d'un ou de plusieurs de leurs enfants. » C'était une dérogation au droit commun qui permet au père de donner son disponible à un de ses enfants aussi bien qu'à un étranger. Pourquoi lui interdisait-on cette faculté dans le cas où il fait le partage de ses biens? On craignait, dit Treilhard, que le père, outre l'avantage résultant du préciput, n'avantageât encore l'un de ses enfants par la composition des lots; il est libre de donner le disponible à l'un de ses enfants, mais alors il lui est interdit de partager ses biens; veut-il faire le partage de ses biens, il en a le droit, mais alors il ne pourra faire de libéralité par préciput. Cette sévérité parut excessive; pourquoi, dit Murair, présumer que le père veut avantager l'un de ses enfants par le partage, alors qu'il lui fait une libéralité par préciput?

(1) Demolombe, t. XXIII, p. 185, n° 189 bis. C'est l'opinion de Demante, de Marcadé, de Troplong et de Bertauld.

Ce serait lui supposer l'intention de frauder la loi, qui lui défend de dépasser le disponible. Berlier répondit que cette supposition de fraude n'avait rien que de probable. Comment croire que celui qui a déjà gratifié un de ses enfants au préjudice des autres ne le fera pas encore par le partage, si cette voie lui est ouverte? Loin que le don fait par préciput doive faire présumer que la libéralité s'arrêtera là, l'inégalité déjà introduite entre les enfants doit faire craindre qu'on ne l'étende davantage : cette présomption est dans la nature des choses. Donc donner au père le droit de partager, alors qu'il a déjà avantagé un de ses enfants, c'est lui permettre de l'avantager encore en fraude de la loi. Il n'y aurait qu'un moyen d'éviter cette nouvelle inégalité, ce serait d'admettre la rescision du partage pour la plus petite lésion ; mais alors il est plus simple d'interdire le partage. L'article fut adopté, sauf rédaction ; une rédaction nouvelle fut présentée par la section de législation et approuvée par le conseil d'Etat ; c'est le texte actuel de l'article 1079, sauf que la loi ne dit pas que le partage sera *nul*, elle dit seulement qu'il pourra être attaqué (1).

Jaubert expliqua la nouvelle disposition dans son rapport au Tribunal. Si le père n'a pas fait de libéralité, s'il s'est borné à partager ses biens entre ses enfants, l'acte ne peut être attaqué que pour cause de lésion de plus du quart. Si le père opère le partage après avoir disposé de tout ou de partie de la portion disponible, la loi permet de l'attaquer, quoiqu'il n'y ait pas une lésion du quart dans le partage, si, en cumulant le préciput et la portion que chaque enfant aurait dû avoir dans un partage égal, le père a dépassé le disponible. Jaubert donne l'exemple suivant : Un père a 60,000 francs de biens et deux enfants. Il donne à l'un le tiers disponible, 20,000 francs ; ensuite il partage les 40,000 francs restants en donnant à l'enfant déjà donataire par préciput 24,000 francs et à l'autre 16,000 ; l'avantage résultant

(1) Séance du conseil d'Etat, du 27 ventôse an xi, n° 30 (Loché, t. V, p. 274).

du partage est de 4,000 francs, ce qui ne fait pas une lésion de plus du quart ; mais l'enfant doublement avantagé aurait 44,000 francs, c'est-à-dire 4,000 francs au delà du disponible. Le partage pourra être attaqué dans ce cas. Pourquoi ? Parce que le père, qui a déjà donné le disponible à l'un de ses enfants, ne peut l'avantager encore par le partage, sans dépasser le disponible. C'est donc parce que le disponible est dépassé et, par conséquent, la réserve entamée, que l'enfant peut attaquer le partage (1).

142. La discussion et le rapport de Jaubert nous apprennent pourquoi le partage peut être attaqué, mais les travaux préparatoires pas plus que le texte de l'article 1079 ne nous disent quel est l'objet et quel sera l'effet de la demande. Il faut donc recourir aux principes, c'est-à-dire rechercher quelle est la nature de l'action. L'article 1079 accorde deux actions contre le partage, l'action en rescision pour cause de lésion et l'action résultant d'un avantage qui excède le disponible. La première est une action en nullité ; pourquoi ? Parce que le partage dans lequel la loi de l'égalité est violée cesse d'être un partage. Ce sont les expressions de Siméon, l'orateur du Tribunal (2). Quand l'égalité est-elle violée ? Lorsqu'il y a lésion de plus du quart. Dans le cas prévu par la deuxième disposition de l'article 1079, l'égalité est respectée, en ce sens qu'il n'y a pas de lésion du quart ; mais l'avantage résultant du partage et du préciput dépasse le disponible et entame la réserve ; voilà pourquoi la loi permet d'attaquer le partage. L'objet de la loi, dit Jaubert, est de ne conserver au père qu'un seul moyen d'avantager un de ses enfants au préjudice de l'autre. Dans quel but le partage est-il donc attaqué ? Pour atteinte portée à la réserve. Faut-il que le partage soit annulé pour réparer cette atteinte ? Il suffit que le préjudice que l'enfant souffre soit réparé. Pourquoi annulerait-on le partage ? Est-ce parce que l'enfant réservataire n'a pas sa réserve en corps

(1) Jaubert, Rapport, n° 79 (Loché, t. V, p. 361).

(2) Siméon, Rapport sur le titre des Successions, n° 40 (Loché, t. V, p. 141).

héréditaires, comme il y a droit? Tel n'est pas le motif pour lequel l'article 1079 lui permet d'attaquer le partage; le législateur s'est déterminé uniquement par la considération que le disponible est dépassé et que la réserve est entamée. Faut-il, pour réduire l'avantage aux limites du disponible, que le partage soit annulé? Non, il suffit que l'on réduise l'avantage qui dépasse le disponible, au profit de celui dont la réserve est entamée. Il n'y a donc aucune raison juridique pour annuler le partage. Cela décide la question, puisqu'il n'y a pas de texte qui l'annule (1).

La jurisprudence est en ce sens (2). Les deux actions prévues par l'article 1079, dit très-bien la cour d'Agen, ont un objet différent, donc les conséquences doivent aussi être diverses, l'effet ne pouvant pas dépasser l'objet que les parties ont en vue. Or, le seul but du demandeur, quand sa réserve est entamée, est de compléter sa réserve; pour cela il est inutile d'annuler le partage, il suffit que l'enfant avantagé paye un supplément en argent à celui dont la réserve est entamée. Tout au plus pourrait-on dire que le retranchement doit s'opérer en nature, comme cela se fait quand un héritier agit contre son co-héritier en réduction des libéralités excessives faites par le défunt. La cour d'Agen n'a pas procédé ainsi et, à notre avis, elle a bien jugé (3). Il ne s'agit pas d'une action en réduction proprement dite, car on suppose que la libéralité préciputaire n'excède pas le disponible; c'est parce que le partage contient un nouvel avantage que la loi permet de l'attaquer, c'est donc contre le partage d'ascendant que l'action est dirigée, et non contre la donation: l'action est spéciale, elle a un objet spécial, et l'effet doit être restreint à cet objet.

143. Dans notre opinion, l'action ouverte par la deuxième disposition de l'article 1079 n'est ni une action

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 238 et notes 27-29. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, p. 314, note 9. Réquier, p. 380, n° 208.
 (2) Riom, 25 avril 1818 (Daloz, n° 4617, 2°). Caen, 31 janvier 1848 (Daloz, 1848, 2, 154). Rejet, 30 juin 1852 (Daloz, 1854, 1, 434), 17 août 1863 (Daloz, 1864, 1, 30), et 13 juillet 1869 (Daloz, 1871, 1, 171).
 (3) Agen, 14 mai 1851 (Daloz, 1851, 2, 230).

en rescision pour cause de lésion, ni une action en réduction de dispositions excessives, c'est une action *sui generis* (1). La doctrine est hésitante en ce qui concerne la qualification de l'action. De là des inconséquences inévitables, et la jurisprudence est tout aussi peu logique. Il n'y a que M. Demolombe qui, contre son habitude, se prononce ici pour une opinion absolue: il dit que l'action est tout à fait une action en rescision. Troplong est nuageux, comme il l'est trop souvent; l'action en réduction, dit-il, prend la couleur de l'action en lésion; elle est autant une action en lésion qu'une action en réduction. Cela est impossible, puisque l'une des actions tend à l'annulation du partage, tandis que l'autre implique le maintien de l'acte. M. Réquier admet aussi qu'il y a tout ensemble un partage inégal et une libéralité dépassant la quotité disponible, ce qui n'est pas exact; la libéralité peut ne pas dépasser le disponible, et néanmoins le partage pourra être attaqué s'il est inégal. Pourquoi ne pas avouer que l'action n'est ni une action en rescision pour lésion, ni une action en réduction ordinaire? On n'a qu'à lire la discussion du conseil d'Etat pour se convaincre que l'action est fondée sur une présomption de fraude à la loi de la réserve; c'est donc une disposition toute spéciale.

N° 2. CONDITIONS REQUISES POUR QU'IL Y AIT LIEU A L'ACTION.

144. Quelles sont les conditions requises pour qu'il y ait lieu à l'action que la deuxième disposition de l'article 1079 ouvre contre le partage? Il faut que l'un des enfants ait un avantage plus grand que la loi ne le permet (art. 1079); si l'un des copartagés n'est pas avantagé au delà du disponible, le partage ne peut pas être attaqué en vertu de la seconde disposition de l'article 1079; dans ce cas, la réserve n'est pas attaquée, et c'est sur l'atteinte portée à la réserve que l'attaque doit être fondée. Mais il ne suffit pas que la réserve soit entamée

(1) De Folleville, p. 416, n° 1236. Comparez Demolombe, t. XXIII, p. 188, n° 189 bis. Troplong, t. II, p. 317, n° 2333. Réquier, p. 385, n° 211.