

sif, car il n'est pas permis à l'interprète de créer des nullités (1).

## § II. Du partage fait par testament.

**78.** Le partage fait par testament est régi par l'article 895; l'ascendant partage ses biens pour le temps où il n'existera plus. Il ne dispose donc pas de ses biens actuellement ni irrévocablement. Le testateur peut toujours révoquer son testament; de même l'ascendant peut toujours révoquer le partage testamentaire qu'il a fait entre ses descendants.

La révocation se fait, en principe, d'après le droit commun (art. 1035-1037). Il n'y a de doute que pour la disposition de l'article 1038. Si l'ascendant aliène tout ou partie des biens mis dans le lot d'un ou de plusieurs de ses enfants, en résultera-t-il que le partage sera révoqué pour tout ce qui a été aliéné? La position seule de la question prouve que l'article 1038 n'est pas applicable au partage; on ne révoque pas un partage par partie, comme on fait la révocation partielle d'un legs. C'est que le legs diffère essentiellement du partage. Le legs est une libéralité faite au profit d'une personne, cette libéralité est tout à fait indépendante des autres dispositions de dernière volonté que contient le testament; un legs peut donc tomber par l'aliénation de la chose léguée et les autres legs non révoqués subsisteront. Dans un partage, au contraire, les divers legs forment autant de lots et, par conséquent, autant de clauses d'un seul et même acte qui sont enchaînées et dépendantes les unes des autres. Si le testateur aliénait tous les biens compris dans un lot, l'enfant à qui ce lot avait été attribué se trouverait sans part; il serait donc omis et, par suite, il faudrait appliquer l'article 1078 aux termes duquel le partage est nul pour le tout lorsqu'il n'est pas fait entre tous les enfants qui existeront à l'époque du décès. Il va sans dire qu'il

(1) Montpellier, 7 février 1850 (Dalloz, 1851, 2, 25).

n'en serait pas ainsi d'un testament qui contiendrait plusieurs legs distincts : la révocation de l'un laisserait subsister les autres.

Si l'article 1038 n'est pas applicable au testament qui contient un partage, il reste à savoir quelle influence l'aliénation faite par l'ascendant exercera sur le partage. Il y a un cas dans lequel la décision n'est pas douteuse. Si l'acte ne peut plus valoir légalement comme partage, par suite de l'aliénation, le partage tombera pour le tout; nous venons d'en donner un exemple. Mais si le partage est encore légal, c'est-à-dire si tous les enfants y restent compris, si aucun n'est lésé de plus du quart, s'il n'y a pas d'atteinte portée à la réserve, le partage sera-t-il maintenu malgré l'aliénation qui diminue le lot de l'un des copartageants? Sur ce point, il règne quelque incertitude dans la doctrine. Le partage sera-t-il révoqué? Si l'on admet que l'article 1038 n'est pas applicable au partage, la question devient une difficulté de fait : quelle est l'intention de l'ascendant qui aliène un bien compris dans le partage? veut-il le révoquer? Si la volonté de révoquer est établie, le partage tombera. Seulement on ne peut pas déclarer le partage révoqué par le fait de l'aliénation; il est arrivé qu'un père a aliéné un bien partagé et que l'enfant dans le lot duquel il avait été mis n'a point réclamé (1). Cela prouve que l'aliénation n'altère pas nécessairement le partage. C'est une question d'intention (2).

Si le partage n'est pas révoqué, l'enfant dont le lot est diminué par l'aliénation n'aura-t-il pas une action en indemnité? On a dit que l'héritier dépouillé avait l'action en garantie contre ses cohéritiers, comme si le testateur avait compris, à son insu, la chose d'autrui dans son lot (3). L'équité semble l'exiger, mais en droit, cela nous paraît très douteux. Peut-il y avoir une action en garantie sans qu'il y ait éviction? et peut-on dire qu'il y ait éviction quand le légataire n'a jamais eu droit à la chose? et il n'y

(1) Bordeaux, 30 juillet 1853 (Dalloz, 1855, 2, 120).

(2) Comparez Aubry et Rau, t. VI, p. 230, note 5; Réquier, p. 78, n° 57.

(3) Demante, continué par Colmet de Santerre, t. IV, p. 461, n° 243 bis VII. Aubry et Rau, t. VI, p. 231 et suiv., et note 11 (§ 733).

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<sup>er</sup>. 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.