

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.

101. L'omission d'un enfant adoptif entraînerait la nullité du partage. Cela n'est pas douteux, puisque, d'après l'article 350, l'adopté a sur la succession de l'adoptant les mêmes droits qu'y aurait l'enfant né en mariage.

Nous croyons qu'il en est de même de l'enfant naturel. La question est cependant controversée, comme tout ce qui concerne les enfants nés hors mariage. A notre avis, il n'y a aucun doute. Quand le partage se fait *ab intestat*, l'enfant naturel y doit être appelé, cela est décisif; si le père ne le comprend pas dans la distribution qu'il fait de ses biens, il y a un enfant omis et, par conséquent, le partage est nul. Qu'importe que l'enfant naturel ne soit pas héritier! cela n'empêche pas qu'il n'ait un droit héréditaire de même nature, quoique moins étendu que celui de l'enfant légitime. Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Successions*. On craint que le père ne se serve du partage pour avantager son enfant au delà des limites légales. Mauvaise raison, car s'il y a avantage excessif, il pourra être réduit. Troplong donne encore une plus mauvaise raison: il y aurait, dit-il, trop d'inconvénients pour les mœurs dans un mélange de la filiation légitime et de la filiation illégitime. Voilà une de ces phrases qui abondent dans Troplong et que nous citons pour dégoûter nos jeunes lecteurs de la phraséologie. Le partage d'ascendant, loin de *mélanger* la filiation légitime et la filiation illégitime, prévient tout conflit, tout concours même entre les enfants légitimes et l'enfant naturel, puisqu'il prévient le partage *ab intestat* auquel, en dépit des mœurs, l'enfant naturel aurait le droit de concourir. Genty est venu augmenter ce chaos d'opinions antijuridiques, en imaginant un nouveau système; nous croyons inutile de réfuter ces théories imaginaires: le lecteur peut consulter Réquier (1).

Il suit de là que si le père reconnaît après le partage un enfant naturel, le partage sera nul, puisqu'un

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 226, note 5. Réquier, p. 215, n° 119. En sens contraire, Duranton, t. IX, p. 629, n° 635. Troplong, n° 2324 (t. II, p. 314). Genty, p. 101 et suiv.

enfant qui aurait dû y avoir une part n'y a pas été compris (1).

N° 2. DES PETITS-ENFANTS.

102. La loi met les petits-enfants sur la même ligne que les enfants du premier degré (art. 1078). Si donc, lors du partage, il y a un enfant prédécédé, l'ascendant doit comprendre les petits-enfants dans le partage; l'esprit de la loi veut même qu'il fasse le partage entre les enfants de chaque souche, sinon une partie de la succession resterait indivise, ce qui nécessiterait un partage *ab intestat*; or, la loi n'autorise le partage d'ascendant que pour empêcher les partages entre héritiers (2).

103. Si l'enfant compris dans le partage vient à prédécéder à l'ascendant, et qu'il laisse des descendants, le partage sera-t-il nul pour cause d'omission? Si le partage est fait par donation, on ne peut pas dire que les petits-enfants soient omis, puisque leur père y est compris. L'enfant du premier degré a recueilli les biens et, à sa mort, il les transmet à ses descendants; donc ceux-ci ne peuvent pas dire qu'ils ont été omis. Il est vrai qu'ils peuvent renoncer à la succession de leur père et venir à la succession de leur aïeul, mais s'ils y viennent avec des enfants du premier degré, c'est par représentation; or, les représentants n'ont d'autres droits que ceux qu'auraient eus les représentés s'ils avaient survécu; et, dans l'espèce, le représenté a eu sa part, donc ses enfants n'ont rien à réclamer de son chef (3).

104. Si le partage est fait par testament et si l'un des enfants qui y sont compris vient à prédécéder, ses descendants doivent-ils être considérés comme omis ou prennent-ils par représentation la part de leur père? Cette question est controversée, et il y a des doutes très-sérieux. Si l'on admet que les enfants copartagés, en

(1) Angers, 16 juillet 1847 (Dalloz, 1847, 2, 180). Réquier, p. 301.

(2) Réquier, p. 303, n° 162.

(3) Duranton, t. IX, p. 632, n° 641. Genty, p. 209, n° 30. Aubry et Rau, t. XI, p. 227, note 7. Demolombe, t. XXIII, p. 158, n° 162 et suiv.

vertu d'un testament, viennent à la succession comme héritiers légitimes, il n'y a plus de difficulté; la conséquence du principe sera que l'on doit appliquer les règles qui régissent la succession légitime; or, dans la succession *ab intestat*, les descendants d'un enfant prédécédé représentent leur père; ils sont donc compris dans le partage. Nous n'avons pas admis cette doctrine, parce qu'il est impossible de considérer comme héritiers *ab intestat* ceux qui recueillent des biens en vertu d'un testament. Ils ne peuvent être que des légataires; dès lors si l'un des enfants prédécède, le legs qui lui a été fait devient caduc (art. 1039); ses enfants ne le représentent pas, ils sont omis, et partant ils peuvent demander un nouveau partage, à moins qu'ils ne veuillent se contenter du lot attribué à leur père. Cela est logique, mais cela est peu en harmonie avec la raison sur laquelle se fonde la caducité du legs en cas de prédécès du légataire. Les legs se font par affection pour la personne du légataire, ils doivent donc tomber avec lui. Mais peut-on dire que le père qui fait le partage de ses biens entre ses enfants n'y comprenne pas ses petits-enfants, en cas de prédécès de leur père? Non, certes. Il y a donc conflit entre l'esprit et le texte. Nous croyons que le texte doit l'emporter; admettre les enfants à représenter un légataire prédécédé, c'est faire exception à la loi et aux principes; le législateur seul a ce droit. Il y a en faveur de notre opinion un arrêt très-bien motivé de la cour d'Agen, et la décision a été défendue par un magistrat de cette cour dans une excellente dissertation (1).

On a proposé d'admettre les descendants de l'enfant prédécédé en vertu d'une substitution vulgaire tacite (2). Nous avouons que nous ne comprenons pas ce que cela veut dire. Que le père appelle les petits-enfants en cas de prédécès de l'enfant, ou que la loi sous-entende une

(1) Agen, 23 décembre 1847 (Dalloz, 1848, 2, 17, et la note). En sens contraire, Genty, p. 209, n° 30; Demante, continué par Colmet de Santerre, p. 462, n° 243 bis IX, et tous les auteurs (Aubry et Rau, t. VI, p. 227 et note 7).

(2) Bertauld, *Questions de code Napoléon*, t. II, p. 115, n° 147.

substitution, cela est en harmonie avec les principes. Mais que l'interprète imagine et crée une substitution de sa propre autorité, cela n'est pas admissible, à moins qu'on ne reconnaisse au juge le pouvoir de faire la loi.

ARTICLE 2. Du partage nul.

§ I^{er}. Des causes de nullité.

105. Le partage d'ascendant doit se faire par donation ou par testament; la loi déclare qu'il est soumis aux formalités, conditions et règles prescrites pour les dispositions entre-vifs ou testamentaires. Donc les causes de nullité des donations et testaments reçoivent leur application au partage d'ascendant. C'est le droit commun. La jurisprudence a appliqué ce principe (1), et cela ne fait aucun doute. La loi prévoit une cause spéciale de nullité, c'est la lésion, et elle ajoute que le partage peut aussi être attaqué pour atteinte portée à la réserve (art. 1079).

§ II. De la rescision pour cause de lésion.

N° 1. QUI PEUT DEMANDER LA RESCISION?

106. L'article 1079 dit que le partage fait par l'ascendant pourra être attaqué pour cause de lésion de plus du quart. C'est l'application au partage d'ascendant du principe établi par l'article 887 pour les partages faits entre les héritiers; il y a lieu à rescision lorsqu'un des cohéritiers établit, à son préjudice, une lésion de plus du quart, c'est-à-dire quand la valeur des objets mis dans son lot est inférieure de plus d'un quart au montant de la part héréditaire qu'il aurait dû recevoir. Le principe étant identique, nous renvoyons au titre des *Successions* pour tout ce qui est commun aux deux espèces de partage en ce qui concerne la lésion.

107. Pour savoir si un enfant est lésé de plus du quart par le partage d'ascendant, il faut considérer uniquement les objets qui forment la matière du partage;

(1) Lyon, 30 août 1848 (Dalloz, 1849, 2, 57).