

et le partage fait au nom des absents ou non-présents est tantôt provisionnel en vertu de la loi, tantôt nul. La différence est grande entre le partage nul et le partage provisionnel. Lorsque le partage est nul, on applique les principes généraux qui régissent la nullité des actes. La nullité n'est établie, dans l'espèce, que dans l'intérêt des incapables; elle est donc relative (art. 1125); les incapables seuls peuvent s'en prévaloir. L'action en nullité devra être intentée dans les dix ans (art. 1304); elle ne peut plus l'être si le partage a été confirmé; la prescription de dix ans est elle-même une confirmation tacite. Tel est le droit commun, et la loi n'y déroge pas en matière de partage. Nous allons voir que les effets du partage provisionnel légal sont tout différents.

II. Des effets du partage provisionnel légal.

1. A L'ÉGARD DES INCAPABLES.

282. Le partage réputé provisionnel en vertu de la loi a les mêmes effets que le partage provisionnel volontaire. Ce n'est pas un partage nul, c'est un partage de jouissance, valable comme tel. L'indivision subsiste donc, bien que les copartageants aient eu l'intention d'y mettre une fin; chacun d'eux jouit des biens mis dans son lot, il fait les fruits siens; la propriété reste indivise, mais les cohéritiers peuvent demander un partage définitif. Cela est certain quant aux incapables. Doivent-ils demander la nullité du premier partage? La question n'a pas de sens. Ce partage est valable, il ne peut donc pas s'agir d'en provoquer l'annulation (1); mais il n'est que provisionnel, c'est-à-dire que la succession, quant à la propriété, reste indivise. Il y a donc lieu d'appliquer l'article 815 : le partage peut toujours être demandé. Il peut l'être après les dix ans, car

(1) Paris, 3 février 1812 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2233, 1°). Bruxelles, 3 août 1843 (*Pasicrisie*, 1845, 2, 216). Un arrêt de rejet de la cour de cassation de France, du 13 mai 1823 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2234), décide que le mineur doit agir dans les dix ans, conformément à l'article 1304. L'arrêt ne donne aucun motif.

l'article 1304 n'est pas applicable; l'action est une demande en partage, et non une action en nullité. Dans quel délai l'action en partage doit-elle être formée? Il faut toujours appliquer les principes généraux. L'action en partage est imprescriptible, en règle générale; elle devient prescriptible lorsque les héritiers possèdent séparément à titre de propriétaires. Dans l'espèce, les héritiers posséderont d'ordinaire à ce titre, puisque leur intention était de faire un partage définitif. Il est vrai que la loi déclare leur partage provisionnel. Mais la loi ne peut pas empêcher que de fait les copartageants ne se croient propriétaires et ne possèdent comme tels. Donc la prescription courra généralement à partir du partage, et par conséquent la demande en partage définitif devra être faite dans les trente ans. Il y aurait exception si les héritiers, sachant que les formes légales n'ont pas été observées et que leur partage n'est que provisionnel, possédaient à titre de communistes; il y aurait alors indivision, dans le sens de l'article 815, et par suite l'action en partage serait imprescriptible (1).

283. Le partage provisionnel peut-il être confirmé par les incapables, en ce sens que le partage provisionnel soit transformé en partage définitif? A notre avis, il ne peut pas s'agir d'une confirmation. On confirme un acte vicié, et nul à raison de ce vice; la confirmation a pour objet d'effacer le vice et de rendre l'acte pleinement valable (art. 1338). Quand le partage est nul, il peut être confirmé; on est sous l'empire du droit commun. Lorsque la loi déclare que le partage est provisionnel, il n'y a pas d'acte nul; il y avait, à la vérité, un vice qui infectait le partage et le rendait nul, les formes prescrites par la loi n'ayant pas été observées; mais la loi, dérogeant au droit commun, décide que le partage ne sera pas nul, qu'il sera provisionnel, donc valable comme partage de jouissance. Peut-il s'agir de confirmer un partage valable? peut-il s'agir de renoncer à une action en nullité alors que la loi déclare que le partage n'est pas nul, qu'il est provisionnel? Un partage provisionnel est un partage de jouissance,

(1) Comparez Aubry et Rau sur *Zachariæ*, t. IV, p. 385, note 18; *Demoimbe*, t. XV, p. 688, n° 693.

donc le maintien de l'indivision; et quand il y a indivision, le partage peut toujours être demandé. Si donc les incapables veulent maintenir le partage provisionnel à titre de partage définitif, ils doivent faire une nouvelle convention, qui vaudra comme partage définitif. Ceci n'est pas une querelle de mots. Autres sont les conditions requises pour la confirmation, autres sont les conditions prescrites pour le partage. Les effets aussi différent. La confirmation rétroagit, de sorte que si le partage provisionnel pouvait être confirmé, il serait définitif, avec tous ses effets, à partir du jour du premier partage; tandis que si la transformation du partage provisionnel en partage définitif ne peut se faire qu'en vertu d'une convention nouvelle, le partage définitif n'existera qu'à partir de cette convention.

La jurisprudence et la plupart des auteurs sont contraires à l'opinion que nous venons d'enseigner (1). Cela tient à l'opinion généralement admise sur l'effet que produit le partage provisionnel légal à l'égard des parties capables qui y sont intervenues. Nous allons l'examiner. A notre avis, la doctrine dominante s'est écartée du texte et de l'esprit de la loi. De là les incertitudes et les embarras de la jurisprudence. La même anarchie règne parmi les auteurs; chacun a son sentiment particulier. Nous sommes forcé de négliger ces dissentiments, parce que la critique détaillée nous entraînerait trop loin.

2. EFFET DU PARTAGE PROVISIONNEL LÉGAL À L'ÉGARD DES PARTIES CAPABLES.

284. La difficulté est de savoir si le partage que la loi répute provisionnel est aussi provisionnel à l'égard des parties qui sont capables? Ou est-il définitif à leur égard et provisionnel à l'égard des incapables? A notre avis, le partage est provisionnel à l'égard de toutes les parties contractantes. C'est l'opinion de Delvincourt et de Duranton (2). Elle est fondée sur le texte et sur l'esprit de la loi. Tous les articles qui concernent le partage provisionnel

(1) Rejet, 28 juin 1826, 18 décembre 1837 (Dalloz, au mot *Succession*, n^{os} 2235 et 2234, 1^o). Bruxelles, 3 août 1843 (*Pasicrisie*, 1845, 2, 216).

(2) Delvincourt, t. II, p. 147. Duranton, t. VII, p. 269 et suiv., n^o 181.

légal sont conçus en termes généraux. L'article 466 dit que le partage aura, à l'égard du mineur, tout l'effet qu'il aurait *entre majeurs*, s'il est fait en justice avec les formes prescrites par la loi; *tout autre partage* ne sera considéré que comme provisionnel. C'est donc le partage qui est réputé provisionnel pour le tout, c'est-à-dire à l'égard de toutes les parties contractantes : fait dans les formes légales, il est censé fait *entre majeurs* : fait sans ces formes, il doit être réputé fait entre mineurs; c'est-à-dire que, dans le premier cas, il est définitif à l'égard de tous, et dans le second, provisionnel à l'égard de tous. C'est ce que dit l'article 840 : les partages réguliers sont définitifs, les partages irréguliers sont provisionnels. L'esprit de la loi est en harmonie avec les textes. Qu'est-ce que le partage? Un acte qui met fin à l'indivision, soit de la propriété, soit de la jouissance : ce qui était indivis est divisé. Peut-on scinder ces effets, en considérant le partage comme définitif à l'égard des majeurs et comme provisionnel à l'égard des mineurs? Ce serait une chose si anormale qu'il faudrait un texte plus que formel pour qu'on pût l'admettre. Un partage définitif, c'est la division de l'hérédité, l'indivision est effacée comme si elle n'avait jamais existé. Un partage provisionnel, c'est l'indivision, chacun des héritiers a un droit indivis sur toute l'hérédité, aucun n'a un droit divisé. Conçoit-on que ces deux états, tout à fait contraires, coexistent? qu'il y ait tout ensemble indivision et division? On admet que l'action en partage est indivisible, pourquoi? Parce que l'indivision ne peut pas cesser à l'égard des uns sans cesser à l'égard des autres. Donc si elle subsiste, elle doit subsister pour le tout. Il y a un héritier majeur et un héritier mineur, ils partagent l'hérédité; les formes n'étant pas observées, le partage est déclaré provisionnel. Qu'est-ce à dire? Le mineur seul sera-t-il en état d'indivision? Cela est impossible; il ne peut pas être dans l'indivision pour son compte tout seul; l'indivision implique que son cohéritier aussi est en état d'indivision. Donc la division ou l'indivision ne peuvent pas se scinder. Par cela seul qu'il y a indivision, elle existe à l'égard de tous. Donc le partage est provisionnel à l'égard de tous.

285. La jurisprudence a consacré l'opinion contraire⁽¹⁾. Elle décide que le partage est toujours provisionnel à l'égard du mineur dès que les formes légales n'ont pas été observées. Quant au majeur, la cour de cassation distingue : si l'intention des parties était de faire un partage définitif, il sera définitif à l'égard des parties capables et provisionnel à l'égard des incapables ; mais si elles n'ont pas entendu traiter définitivement, le partage sera provisionnel à l'égard de tous. La question de savoir si le partage sera définitif ou provisionnel à l'égard des majeurs qui ont traité avec des mineurs dépend donc de l'intention des parties contractantes. Cette distinction que l'on fait entre les capables et les incapables est en opposition avec le texte : la loi est générale, elle ne dit pas que le partage est définitif à l'égard des uns, provisionnel à l'égard des autres ; elle dit que le partage est provisionnel. La distinction est encore contraire au texte, en ce qu'elle fait dépendre de l'intention des parties intéressées la question de savoir si le partage est définitif ou provisionnel, tandis que la loi s'attache à l'observation ou à l'observation des formes qu'elle prescrit. Enfin, la jurisprudence est en opposition avec le texte de la loi, parce qu'elle suppose que lorsque les parties n'observent pas les formes légales, elles ont l'intention de faire un partage provisionnel. L'intention des parties est toujours de faire un partage définitif, car le partage provisionnel est une exception, une exception qui, en général, est peu favorable aux parties contractantes, et qui est toujours contraire à l'intérêt général. Quand donc les héritiers partagent, ils entendent partager définitivement. On n'a qu'à consulter les cas qui se sont présentés devant les tribunaux pour s'en convaincre. Un partage est fait dans toutes les formes que la loi prescrit ; mais la distribution des lots se fait par attribution, tandis que la loi veut qu'ils soient tirés au sort : ce partage est provisionnel,

(1) Arrêts de rejet du 24 juin 1839 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2227) et du 9 mars 1846 (Dalloz, 1846, 1, 285). Lyon, 23 mai 1868 (Dalloz, 1869, 2, 112). Bruxelles, 21 mars 1838 (*Pasicriste*, 1838, 2, 86). Dans le même sens, Aubry et Rau sur Zachariae, t. IV, p. 382 et notes 12, 13 et 14 ; Demolombe, t. XV, p. 689, n° 694 et les auteurs qui y sont cités.

dit l'article 840. Est-ce à dire que les parties aient entendu faire un partage de jouissance ? Non, certes, elles ont voulu faire un partage définitif, et néanmoins la loi le déclare provisionnel, parce que les formes n'ont pas été observées. Peu importe donc l'intention des parties : la loi ne la prend pas en considération, tandis que la jurisprudence en fait la base de ses décisions.

La jurisprudence invoque l'article 1125 ; c'est, à vrai dire, le seul argument juridique que l'on puisse faire valoir contre l'opinion que nous soutenons. Aux termes de cet article, les incapables ne peuvent attaquer, pour cause d'incapacité, leurs engagements que dans les cas prévus par la loi. Les personnes capables de s'engager ne peuvent opposer l'incapacité du mineur avec qui elles ont contracté. Si, comme la jurisprudence le suppose, les parties ont voulu faire un partage définitif, l'acte est nul comme tel, valable seulement comme partage provisionnel. Pourquoi la loi transforme-t-elle un partage nul en partage provisionnel ? Ce n'est certes pas dans l'intérêt des majeurs, c'est uniquement à raison des incapables et dans leur intérêt. Donc, par application du principe posé par l'article 1125, il faut décider que le partage sera provisionnel à l'égard des mineurs, mais qu'il reste nul à l'égard des majeurs, en ce sens qu'à leur égard le partage sera définitif ; ils ne peuvent pas se prévaloir du caractère provisionnel que la loi imprime au partage dans l'intérêt des mineurs. La réponse à cette argumentation est très-simple, et elle nous semble péremptoire : c'est que le partage irrégulier dans lequel interviennent des mineurs n'est pas un partage nul, il est provisionnel en vertu de la loi. Il est si vrai que ce partage n'est pas nul que, de l'aveu de ceux que nous combattons, les mineurs n'agissent pas par action en nullité quand ils demandent un partage définitif, et que par suite l'article 1304 ne leur est pas applicable. Cela décide la question. Si les mineurs n'attaquent pas l'acte, on ne peut appliquer ni le texte ni l'esprit de l'article 1125 : le texte, puisqu'il suppose une action en nullité ; l'esprit, puisque la loi a pour but de sauvegarder l'intérêt des mineurs ; or, elle y a pourvu en ne donnant

au partage irrégulier qu'un caractère provisionnel. C'est dans l'intérêt des mineurs que la loi n'a pas déclaré le partage nul. Or, si on le considère comme définitif à l'égard des majeurs, tous les inconvénients que la loi a voulu prévenir se reproduiront. Les majeurs ne pourront pas disposer des biens compris dans leur lot, parce que d'un jour à l'autre les mineurs peuvent demander un nouveau partage; s'ils en disposent, les actes qu'ils feront seront nuls lorsqu'il y aura un partage nouveau; de là des actions récursoires et l'incertitude de la propriété que le législateur a voulu éviter. Et pourquoi compromet-on l'intérêt des tiers, qui est aussi l'intérêt général? Est-ce en faveur des mineurs? Leur intérêt est pleinement garanti par le caractère provisionnel du partage; ils pourront demander un partage définitif quand ils le voudront.

En réalité, la jurisprudence fait une loi nouvelle, et nous ne voyons pas que cette loi soit meilleure que le système du code civil. Le code dit que le partage irrégulier est un partage provisionnel à raison de son irrégularité. La jurisprudence distingue deux partages irréguliers. L'un, que les parties ont voulu faire définitif; il est nul comme tel, et, quoique nul, il lie les majeurs à l'égard des mineurs; à l'égard des mineurs, il est provisionnel en ce sens que, devenus majeurs, ils pourront le maintenir, en le confirmant, ou en demander un nouveau. Que si, au contraire, les parties n'ont pas voulu traiter définitivement, le partage sera provisionnel à l'égard des majeurs comme à l'égard des mineurs, et chacune des parties contractantes pourra toujours demander un partage définitif (1). Le code ne connaît qu'un seul partage irrégulier qu'il déclare provisionnel; la jurisprudence déroge donc au code. Est-ce dans l'intérêt des mineurs? C'est une source de procès; les recueils d'arrêts le prouvent. Comment savoir si l'intention des parties est de faire un partage définitif ou si elles ont voulu faire un partage provisionnel? On répond qu'il faut *présumer*, en général, que les parties

(1) Jugement du tribunal de Bruxelles, du 6 mars 1850, confirmé par arrêt du 18 juin 1851 (*Pasicrisie*, 1852, 2, 150).

ont voulu faire un partage de jouissance. Qui donne au juge le droit de créer cette présomption? Et en admettant qu'il puisse se fonder sur une présomption que la loi ignore, il se mettra en opposition, le plus souvent, avec la volonté véritable des parties: elles ne songent pas à faire un partage provisionnel, elles veulent traiter définitivement; c'est la loi qui transforme leur volonté, en ce sens que d'un partage irrégulier et nul, elle fait un partage provisionnel. Ainsi, dans l'application, la jurisprudence aboutit à des présomptions arbitraires, et en théorie elle viole la loi. C'est ce que nous allons prouver, en examinant les conséquences qui dérivent de l'opinion générale.

286. Quand le partage n'est provisionnel qu'à l'égard des mineurs, ceux-ci ont seuls le droit de demander un partage définitif. A leur égard donc il y a indivision, et l'indivision ne peut pas exister à l'égard des héritiers mineurs sans exister aussi à l'égard des héritiers majeurs. Cette indivision durera aussi longtemps que les incapables voudront maintenir le partage provisionnel. Comment cet état de choses prendra-t-il fin? La jurisprudence admet que les mineurs, devenus majeurs, pourront confirmer le partage provisionnel. Cette confirmation peut être expresse ou tacite, d'après le droit commun (art. 1339). Ici l'erreur nous semble évidente; elle est reconnue par les éditeurs de Zachariæ. On confirme un acte nul; or, le partage provisionnel n'est pas nul; donc il n'y a pas lieu de le confirmer. La jurisprudence, en cette matière, est un tissu de contradictions. D'une part, elle décide qu'il n'y a pas lieu d'appliquer l'article 1304, parce qu'il ne s'agit pas d'une action en nullité; d'autre part, elle décide que le partage peut être ratifié par l'exécution volontaire que le mineur en fait à sa majorité, ce qui est bien la confirmation tacite définie par l'article 1339. Or, la prescription de l'article 1304 est aussi une confirmation tacite. On admet donc et on rejette tout ensemble la confirmation (1).

(1) Bruxelles, 3 août 1843 (*Pasicrisie*, 1845, 2, 216); 18 mai 1844 (*Pasicrisie*, 1845, 2, 76); 18 juin 1851 (*Pasicrisie*, 1852, 2, 150). La jurisprudence française est dans le même sens. Voyez arrêts de rejet du 4 mai 1858 (*Dalloz*, 1858, 1, 254) et du 15 juillet 1868 (*Dalloz*, 1869, 1, 373).

Les éditeurs de Zachariæ, tout en se rangeant du côté de la jurisprudence, lui donnent une autre interprétation. Ce n'est pas une confirmation, disent-ils, c'est une renonciation. Les mineurs peuvent demander un partage nouveau, mais ils sont libres de renoncer à ce droit, et ils y renoncent en agréant le partage provisionnel comme partage définitif, ce qu'ils peuvent faire en l'exécutant (1). Que de difficultés on se crée, en s'écartant du texte de la loi ! Elle déclare que le partage est provisionnel, c'est dire qu'il y a indivision ; et comment met-on fin à l'indivision ? Par un partage définitif, c'est-à-dire par une convention formelle portant sur la distribution de la propriété. Il ne suffit donc pas d'une simple renonciation des mineurs, car la renonciation est un acte unilatéral ; il faut le concours de consentement de toutes les parties intéressées. Il a été jugé, en ce sens, que la convention par laquelle on transforme un partage provisionnel en partage définitif étant un véritable partage, l'on doit appliquer les règles qui régissent le partage ; dans l'opinion de ceux qui exigent un écrit, pour la preuve du partage, il faudra un écrit pour prouver que le partage provisionnel a été converti en partage définitif, ou pour prouver le partage définitif si l'on en fait un nouveau (2).

287. Il reste une difficulté dans l'opinion générale. Les majeurs ne peuvent pas demander un nouveau partage lorsque, dans leur intention, le partage irrégulier était définitif. Mais si les mineurs n'agissent pas, les majeurs seront-ils obligés de rester dans l'indivision tant qu'il ne plaira pas aux mineurs de demander un partage définitif ? Telle est, en réalité, la situation des parties dans l'opinion que nous combattons ; véritable impasse qui aboutit, contre la défense expresse de l'article 815, à une indivision forcée : les mineurs y peuvent mettre fin, les majeurs ne le peuvent pas. Les éditeurs de Zachariæ enseignent que les héritiers majeurs ont le droit d'interpeller leurs cohéritiers mineurs, à leur majorité, s'ils veulent maintenir le

(1) Aubry et Rau sur Zachariæ, t. IV, p. 385 et suiv., et note 19).
 (2) Poitiers, 27 janvier 1864 (Daloz, 1864, 5, 268).

partage provisionnel, ou s'ils consentent à procéder à un partage définitif. Sur leur refus, les majeurs auront le droit de demander un nouveau partage. Il n'y a pas un mot de cela dans la loi ; Aubry et Rau avouent que le code ignore les actions interrogatoires ; c'est avouer que l'on fait la loi, pour sortir de l'impasse que la doctrine générale crée au préjudice des copartageants majeurs (1). Au lieu de toutes ces ambages, n'est-il pas plus simple et plus juridique de s'en tenir au texte, qui déclare le partage provisionnel en termes absolus, ce qui permet à tous les copartageants de demander un partage définitif ?

§ IV. Du partage définitif.

N° 1. PRINCIPES GÉNÉRAUX.

I. Conditions intrinsèques.

288. Le partage exige, en général, une opération matérielle, la formation de lots qui sont attribués à chacun des cohéritiers, soit par convention, soit par la voie du sort. Il en est ainsi quand il y a des immeubles ou des meubles dans l'hérédité. Quant aux créances, la loi elle-même en fait la division ; ce partage légal produit ses effets alors même que les autres biens sont encore indivis (n° 213). Il se peut que toute l'hérédité consiste en créances ; dans ce cas, à la rigueur, le partage est inutile. La cour de cassation l'a jugé ainsi dans une hypothèse singulière. Il n'existait plus ni meubles ni immeubles, tous les biens ayant été vendus pour payer les dettes ; l'actif héréditaire se composait d'une créance contre l'un des héritiers ; cette créance se divisant de plein droit entre tous les héritiers, chacun d'eux en pouvait réclamer sa part, sans partage aucun, et sans qu'il fût nécessaire de procéder à une liquidation, en remplissant les formalités ordinaires prescrites par la loi pour la validité des partages. Il n'y avait rien à liquider ; le partage se faisait donc en vertu de la

(1) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 384 et suiv., et note 16.