

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.

loi, le juge ne devant intervenir que lorsqu'il y a contestation sur le règlement des parts revenant à chaque héritier (1).

289. Le partage n'est qu'une liquidation de droits préexistants ; les héritiers acquièrent la propriété des biens du défunt en vertu de la loi ; tous ont un droit égal dans les biens ; de là un principe fondamental, c'est que chacun des héritiers peut réclamer sa part en nature des biens délaissés par le défunt. Alors même que l'un des héritiers recevrait la valeur de sa part héréditaire en argent ou en créances, avant tout partage, il devrait être appelé au partage que feraient ses cohéritiers ; en recevant des valeurs, il contracte l'obligation de les rapporter à la masse, mais il ne renonce pas au droit qu'il tient de la loi de réclamer sa part en nature des biens dont il est copropriétaire. La cour d'Agen avait jugé que l'héritier ayant reçu sa part héréditaire en créances, les autres héritiers avaient pu valablement procéder au partage du reste de l'hérédité. C'était méconnaître le droit de copropriété de l'héritier. L'arrêt a été cassé (2).

290. Chacun des héritiers ayant un droit indivis dans les biens de l'hérédité, tous doivent être appelés au partage. Nous avons dit (n° 258) que l'action en partage doit être intentée contre tous les héritiers. Il a été jugé qu'un partage fait sans l'intervention de tous les intéressés est un partage provisoire (3). Il serait plus juste de dire qu'il est inexistant ; une liquidation sans le concours de tous les ayants droit ne se conçoit pas. Un pareil partage n'est pas un partage ; il va sans dire qu'il ne peut être opposé aux héritiers qui n'y figurent point ; ceux-ci, restant dans l'indivision, peuvent toujours demander un nouveau partage. Il y a plus : les héritiers mêmes qui ont procédé à ce partage en peuvent provoquer un autre, car eux aussi restent dans l'indivision, et ils peuvent toujours y mettre fin. L'article 1078 le dit pour les partages d'ascendants, et il y a identité de raison pour les partages ordinaires.

(1) Rejet, 17 janvier 1870 (Daloz, 1870, 1, 302).

(2) Cassation, 13 mai 1861 (Daloz, 1861, 1, 232).

(3) Liège, 3 août 1852 (*Pasicrisie*, 1852, 2, 345).

Cela décide la question de savoir si le partage peut être fait par quelques-uns des héritiers sans le concours des autres. Nous ne comprenons pas que la question soit controversée. Les héritiers qui ne seraient pas appelés au partage ne sont-ils pas copropriétaires par indivis de l'hérédité ? Et le partage fait sans eux peut-il les dépouiller de leur droit ? Donc la succession reste indivise à leur égard. Et une seule et même succession peut-elle être indivise à l'égard des uns et divisée, partagée à l'égard des autres ? Nous croyons inutile d'insister, puisque telle est l'opinion générale (1).

291. Autre est la question de savoir si les héritiers peuvent, de commun accord, faire un partage partiel, c'est-à-dire s'ils peuvent partager une partie des biens en laissant les autres indivis. L'affirmative n'est pas douteuse. En effet, la loi permet aux héritiers de maintenir l'indivision pour le tout pendant un temps déterminé qui peut aller jusqu'à cinq ans ; à plus forte raison peuvent-ils laisser certains biens indivis et partager les autres. La loi dit encore que le partage peut toujours être demandé ; donc s'il y a des biens partageables, les héritiers ont le droit d'en provoquer le partage. Cela est aussi fondé en raison. Pourquoi les héritiers ne profiteraient-ils pas immédiatement des biens qui sont susceptibles d'être partagés ? Les forcer à rester dans l'indivision, n'est-ce pas aller contre le vœu de la loi qui favorise le partage (2) ?

Le droit des héritiers ne saurait être contesté. La seule difficulté est de savoir si le partage partiel est définitif, ou s'il est subordonné à la liquidation générale. En principe, tout partage est définitif, puisqu'il a pour effet de déclarer la propriété des copartageants ; ceux-ci, considérés comme ayant toujours été propriétaires, peuvent naturellement disposer des biens compris dans leur lot. Leur droit est irrévocable, et ne peut par conséquent pas dépendre du nouveau partage qui se fera des biens restés

(1) Voyez les autorités dans Zachariæ, édition de Massé et Vergé, t. II, p. 364, note 8, et dans Demolombe, t. XV, p. 600, n° 617.

(2) Bordeaux, 16 août 1827 (Daloz, au mot *Succession*, n° 1628). Paris, 3 juillet 1848 (Daloz, 1848, 2, 142).

indivis. Les deux actes sont indépendants l'un de l'autre, et produisent chacun leur effet séparément (1).

292. Il arrive assez souvent que des enfants, héritiers de leurs père et mère, liquident simultanément les deux successions et par suite la communauté qui existait entre leurs parents. La communauté, les successions paternelle et maternelle peuvent-elles faire l'objet d'un seul et même partage? La question donne lieu à bien des difficultés. Un premier point est certain. Il faut d'abord que la communauté soit liquidée; elle a son actif et son passif; les dettes doivent être payées, puis l'excédant se partage par moitié entre les héritiers du père et ceux de la mère; dans l'espèce, la moitié sera attribuée à la succession paternelle et l'autre moitié à la succession maternelle. La liquidation du passif de la communauté présente une difficulté sur laquelle les meilleurs esprits sont divisés. On demande si les héritiers doivent faire rapport à la communauté des sommes qu'ils en ont reçues, ou si le rapport doit se faire par moitié à chacune des deux successions paternelle et maternelle. La jurisprudence est dans le dernier sens (2). Il nous reste des doutes, que nous exposerons au titre du *Contrat de mariage*.

Quand la communauté est liquidée, on procède au partage des deux successions. Les héritiers peuvent-ils les réunir en une seule masse et ne faire qu'un seul partage? En principe, il n'y a aucun doute. Ce sont les mêmes héritiers, les mêmes biens sont indivis entre eux : pourquoi faire deux opérations et, s'il y a lieu, deux procédures, si une seule suffit? Cela suppose qu'il n'y a point de créancier intéressé qui y forme opposition. Le créancier de l'une des successions peut former opposition et intervenir au partage pour sauvegarder ses intérêts. Si les héritiers procèdent au partage malgré cette opposition, le créancier opposant pourra demander la nullité du partage, et

(1) Rejet de la chambre civile, 3 décembre 1851 (Daloz, 1852, 1, 11). La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens (Dutruc, p. 71, n° 47; Daloz, au mot *Succession*, n° 1628).

(2) Cassation, 31 mars 1846, sur les conclusions contraires de l'avocat général Delangle (Daloz, 1846, 1, 135). Rejet, 2 mars 1847 (Daloz, 1847, 1, 287).

l'annulation portera sur les deux successions, puisqu'elles ont été confondues en une seule masse (1). Si le créancier intervient, et s'il ne forme opposition ni contre le jugement qui ordonne le partage par confusion des deux successions, ni contre le partage qui s'est fait en exécution de ce jugement, il n'est plus recevable à demander que l'on divise le lot échu à son débiteur en deux parts représentant les droits paternels et maternels; car une fois le partage consommé, il n'y a plus de successions paternelle et maternelle distinctes, il n'y a qu'un propriétaire qui est censé avoir toujours eu la propriété des biens compris dans son lot (1).

Les mêmes principes ont été appliqués dans une autre espèce. Un des héritiers concède une hypothèque sur un immeuble de la succession pendant l'indivision. Le créancier hypothécaire intervient au partage, lequel comprend les biens paternels et les biens maternels; l'immeuble tombe au lot d'un cohéritier du débiteur qui lui a concédé l'hypothèque; par suite l'hypothèque tombe. Peut-il ensuite contester la validité du partage? Non, certes : c'est l'application du principe établi par l'article 882, comme nous le dirons plus loin (2).

293. Le partage peut-il être fait sous condition résolutoire? Oui, et sans doute aucun. Le partage est une convention; or, les parties intéressées jouissent d'une liberté entière, en ce qui concerne les clauses des contrats qu'elles veulent faire. On objecte que le partage fait sous condition résolutoire serait contraire au principe établi par l'article 815, puisqu'il aurait pour effet de rétablir l'indivision lorsque la condition se réalise. L'objection est insignifiante. Il est vrai que la résolution du partage aura pour effet de maintenir l'indivision, puisque le partage sera considéré comme n'ayant jamais existé; mais les parties peuvent rester dans l'indivision, si elles le veulent; tout ce que l'article 815 prohibe, c'est l'indivision forcée (3).

La résolution produit tant d'inconvénients pour les par-

(1) Rejet, 14 novembre 1853 (Daloz, 1853, 1, 325).

(2) Rejet, 22 mars 1847 (Daloz, 1847, 1, 287).

(3) Rouen, 17 janvier 1849 (Daloz, 1850, 2, 97).

ties contractantes, surtout dans un partage, qu'il arrivera rarement que les héritiers consentent à remettre leurs droits en question. Cependant il y en a des exemples; nous les rapporterons en traitant de l'annulation du partage. Il s'est présenté quelques cas singuliers, sur la nature desquels il y a quelque doute. Dans un partage de biens situés sur le bord de la mer, les parties stipulent la condition suivante : « S'il arrivait, par l'effet de la mer, destruction totale ou partielle, alors il serait procédé à de nouveaux lots égaux des objets qui continueraient d'exister. » L'événement prévu arriva plus de trente ans après le partage. Un procès s'engagea sur la validité de la clause. Il fut jugé qu'elle constituait une convention éventuelle d'indivision, et que par suite elle n'était pas obligatoire au delà de cinq ans, à compter de l'acte de partage (1). On a critiqué cette décision en disant que le partage, dans l'espèce, n'était pas définitif, que par conséquent l'indivision subsistait et donnait à chacun des héritiers le droit de demander un partage définitif dans les trente ans. Il nous semble que la clause était une vraie condition résolutoire; il devait être procédé à de nouveaux lots, donc les anciens lots, c'est-à-dire le premier partage, étaient révoqués ou résolus, car le partage n'est autre chose qu'un allotissement. Vainement dit-on que le partage pouvant être anéanti après trente ans de possession, il y a réellement indivision. Non, l'indivision a cessé, puisque la condition résolutoire n'empêche pas le partage d'être pur et simple; mais il est résolu si la condition prévue se réalise: alors l'indivision sera rétablie rétroactivement; il se peut donc qu'elle aura duré plus de cinq ans; mais est-ce là une indivision forcée? Nous avons d'avance répondu à l'objection. L'indivision est si peu forcée que du jour où elle se rétablit, le partage pourra être demandé. Quant aux inconvénients qui résultent de l'incertitude où se trouvent les parties contractantes, c'est leur affaire; cela n'empêche pas la convention d'être légale: toute résolution d'un contrat translatif de propriété jette le trouble dans les rela-

(1) Caen, 12 mars 1846 (Daloz, 1857, 2, 90).

tions civiles, ce qui n'empêche pas la loi de l'autoriser (1).

Un cas analogue s'est présenté devant la cour de Nancy. Il avait été stipulé dans un acte de partage que si des carrières ou tourbières étaient découvertes dans les biens partagés, l'usage en serait commun à tous les copartageants, sauf indemnité au propriétaire du sol. La cour décida que la clause était nulle comme étant contraire à l'article 815 (2). Il nous semble que la clause ne créait aucune copropriété, elle ne contenait pas même de condition résolutoire: les lots étaient maintenus, donc les copartageants restaient propriétaires des biens mis dans leurs lots; seulement les parties, voulant maintenir l'égalité entre elles, mettaient en commun une jouissance éventuelle; nous ne voyons pas ce que cette clause a de contraire à l'article 815.

II. Forme du partage.

1. PARTAGE CONVENTIONNEL ET JUDICIAIRE.

294. Sous le rapport de la forme, le code civil distingue deux espèces de partages, le partage conventionnel et le partage judiciaire. Aux termes de l'article 819, les héritiers, quand ils sont présents et majeurs, peuvent faire le partage dans la forme et par tel acte qu'ils jugent convenable. Si tous les héritiers ne sont pas présents, ou s'il y a parmi eux des mineurs même émancipés, le partage doit être fait en justice (art. 838). Il en est de même si les héritiers, quoique majeurs et capables, ne s'entendent pas (art. 823). Le code de procédure reproduit ces dispositions, mais avec des modifications dans l'expression: d'après les articles 984 et 985, le partage doit être fait en justice lorsque parmi les cohéritiers il se trouve des personnes qui ne jouissent pas de leurs droits; tandis que, si tous les héritiers jouissent des droits civils, ils peuvent faire le partage comme ils l'entendent. Cette formule n'est pas

(1) Demolombe, t. XV, p. 595, n° 614.

(2) Nancy, 12 mars 1846 (Daloz, 1846, 2, 120).

exacte ; les mineurs *jouissent* de leurs droits, mais ils n'en ont pas l'exercice. Quant aux absents, c'est l'incertitude qui règne sur leur existence qui nécessite l'intervention de la justice, et non leur incapacité. Les non-présents peuvent avoir la jouissance et l'exercice de leurs droits, et néanmoins le partage où ils sont intéressés devra se faire en justice. Il vaut donc mieux ne pas se servir de l'expression impropre que le code de procédure emploie, et s'en tenir au principe tel qu'il est formulé par le code civil.

295. Le partage auquel des mineurs sont intéressés doit se faire dans les formes que la loi prescrit pour sauvegarder leurs intérêts ; il n'y a pas à distinguer s'ils sont émancipés ou non (art. 838). Comme c'est à raison de leur incapacité que ces formes sont établies, il faut décider qu'elles sont d'ordre public et qu'il n'y peut être dérogé. Il semble résulter d'un arrêt de la cour de Pau que le tuteur peut céder les droits successifs du mineur avec l'autorisation du conseil de famille (1). C'est une erreur. On ne peut pas remplacer des garanties établies en faveur des incapables par d'autres garanties, quand même le conseil de famille ainsi que le tribunal les jugeraient suffisantes ; il n'appartient ni au conseil ni au juge de déroger à une loi d'ordre public. Par la même raison il faut décider que le partage ne peut se faire sous forme de transaction. Il y a un arrêt contraire de la cour de cassation, mais la décision est sans valeur doctrinale, car la cour se borne à dire que l'observation des formalités prescrites pour la transaction par l'article 467 rend inapplicables les dispositions du code civil et du code de procédure concernant les formalités du partage judiciaire (2). C'est décider la question par la question. On dit qu'il pourrait être utile au mineur qu'il y eût un partage d'attribution, c'est-à-dire que, au lieu de tirer les lots au sort, on attribue à chacun des copartageants les biens qui lui procurent le plus d'avantage. Cela est très-vrai, mais le législateur seul peut tenir compte de cette considération, en autorisant le

(1) Pau, 30 janvier 1852 (Daloz, 1853, 2, 57).

(2) Rejet, 30 août 1815 (Daloz, au mot *Successton*, n° 1844). En sens contraire, Paris, 23 juillet 1840 (Daloz, *ibid.*, n° 1831).

juge à ordonner un partage d'attribution si l'intérêt du mineur l'exige ; l'interprète n'a pas ce pouvoir. Les auteurs se prononcent pour l'opinion contraire (1).

296. Les interdits sont assimilés aux mineurs. Quant aux personnes placées sous conseil, elles peuvent faire un partage conventionnel, par cela seul que la loi ne prescrit pas de faire en justice le partage où ils sont intéressés. En effet, le partage judiciaire est une exception que la loi établit à raison de l'incapacité de certaines personnes ; or, ceux qui sont placés sous conseil ne sont pas rangés parmi les incapables. La loi aurait dû au moins exiger qu'ils soient assistés de leur conseil ; elle ne l'a pas fait : ce qui permet de soutenir que l'assistance du conseil n'est pas nécessaire (2).

297. Si tous les héritiers ne sont pas présents, le partage doit se faire en justice (art. 838). En matière de succession, on appelle *non-présents* ceux qui ne sont pas sur les lieux, bien que leur existence soit certaine. Ils peuvent se faire représenter par un mandataire, à condition que le mandat soit spécial. Faut-il aussi que le mandat donne pouvoir de procéder à un partage à l'amiable ? Le pouvoir de partager implique le pouvoir de consentir un partage conventionnel, puisque ce mode de partager forme le droit commun ; cela est aussi fondé en raison, car le partage conventionnel évite les frais d'un partage judiciaire (3). Si les héritiers non présents n'ont pas constitué de mandataire, faudra-t-il les assigner et procéder par défaut ? Nous avons déjà répondu à la question (n° 250). A notre avis, le tribunal doit commettre un notaire pour représenter le non-présent dans le partage qui devra, en ce cas, avoir lieu en justice. Le notaire commis ne pourra pas faire de partage conventionnel ; l'article 985 du code de procédure qui parle des héritiers non présents, mais *dûment représentés*, suppose qu'ils ont constitué un

(1) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 378, note 1 et p. 396, note 31. Demante, t. III, p. 254, n° 168 bis.

(2) Comparez Demolombe, t. XV, p. 577, n° 595 et le tome V de mes *Principes*, n° 370, p. 457.

(3) Demante, t. III, p. 229, n° 147 bis I. Demolombe, t. XV, p. 579, n° 599. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 362, note 5.