

mandataire : ceux qui tiennent leur mandat de la justice ne jouissent pas du même pouvoir que ceux qui tiennent leur pouvoir de l'héritier capable de disposer de ses droits.

298. La femme mariée est rangée parmi les incapables (art. 1124); mais son incapacité ne consiste qu'en une chose, c'est qu'elle doit être autorisée par son mari pour faire les actes juridiques qui l'intéressent. Avec cette autorisation, elle peut procéder à un partage à l'amiable. Il y a quelque doute pour la femme mariée sous le régime dotal; comme la difficulté tient aux principes spéciaux de ce régime, nous l'ajournons au titre du *Contrat de mariage*.

299. Il y a aussi lieu au partage judiciaire, quoique les héritiers soient capables et présents, s'ils ne s'entendent pas; c'est-à-dire si l'un d'eux refuse de consentir au partage à l'amiable ou s'il s'élève des contestations sur le mode d'y procéder, ou sur la manière de le terminer. Dès qu'il y a des contestations, le tribunal doit intervenir pour les vider. La loi règle les formes dans lesquelles il doit être procédé en justice; elles sont les mêmes pour les héritiers capables et pour les héritiers incapables. Il y a cependant une différence importante. Quand il y a des incapables en cause, les formalités sont d'ordre public, il n'y peut être dérogé; tandis que les héritiers capables ne sont pas obligés de procéder en justice; dès qu'ils s'entendent, ils peuvent abandonner les voies judiciaires et procéder de telle manière qu'ils aviseront (art. 985 du C. de proc.). Par application du même principe, il faut décider que, tout en continuant de procéder en justice, les héritiers capables peuvent s'écarter des formes judiciaires pour l'une ou l'autre des opérations du partage. Ainsi, en général, les immeubles sont vendus par voie de licitation judiciaire s'ils ne peuvent se partager commodément. Cependant, dit l'article 827, si les parties sont toutes majeures, c'est-à-dire capables, elles peuvent consentir que la licitation soit faite devant un notaire. De même si l'incapacité vient à cesser pendant le cours de l'instance, les héritiers pourront procéder comme ils voudront.

300. Les créanciers peuvent-ils demander que le partage soit fait en justice? Il n'est pas question des créanciers de la succession, puisqu'ils n'ont pas le droit, en cette qualité, de provoquer le partage (n° 255). Les créanciers de l'héritier ont ce droit (n° 254); mais aucune disposition ne les autorise à provoquer un partage judiciaire. Le législateur s'est bien gardé de leur accorder ce droit: c'est aux héritiers à faire le partage comme ils l'entendent (art. 819); et s'ils sont d'accord, il serait absurde qu'un créancier pût les forcer à procéder en justice. Nous dirons plus loin quelles garanties la loi leur donne. S'ils peuvent demander le partage, c'est au nom de l'héritier, leur débiteur; mais ce n'est pas le créancier qui figure au partage, c'est l'héritier; le créancier peut seulement y intervenir pour sauvegarder ses intérêts (1).

2. FORMES DU PARTAGE CONVENTIONNEL.

301. Le partage conventionnel se fait par voie de consentement, c'est-à-dire qu'il faut une convention formelle. Du reste la loi laisse une entière latitude aux parties intéressées quant à la forme ou à l'acte (art. 819). Elles peuvent faire le partage sous forme de vente, ou d'échange ou de transaction; elles peuvent dresser un écrit de leurs conventions, soit par-devant notaire, soit sous seing privé, ou faire un partage verbal. La loi ne leur prescrit rien et ne leur défend rien. La loi hypothécaire belge a apporté une dérogation considérable à ce principe, en ordonnant la transcription des actes déclaratifs de propriété immobilière; les actes de partage qui comprennent des immeubles doivent donc être transcrits pour qu'on puisse les opposer aux tiers; et on n'admet à la transcription que les actes authentiques. Nous ne faisons que constater cette innovation; nous y reviendrons.

302. Entre les parties aucune forme n'est requise pour la validité du partage, et la preuve se fait d'après le droit

(1) Massé et Vergé sur Zachariæ, t. II, p. 363, note 7. Rejet, 30 janvier 1843 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 2006). Douai, 26 décembre 1853 (Dalloz, 1855, 2, 340). Comparez, plus loin, n° 521.

commun. Ce point est vivement controversé. Un arrêt de la cour de cassation, rendu sur un excellent rapport du conseiller d'Ubexi, mettra fin au débat, il faut l'espérer. Ce n'est pas que la jurisprudence soit pour nous une loi, comme le dit le rapporteur du dernier arrêt. Si la cour de cassation admettait cette fausse maxime, l'erreur où elle peut tomber serait sans remède, elle se perpétuerait et elle finirait par être acceptée comme une vérité. Dans la question que nous allons examiner, la cour a varié, à son honneur. Elle a commencé par décider que l'*acte de partage* qui, aux termes de l'article 816, peut seul être opposé à l'action en partage, à défaut de prescription, est nécessairement un *acte écrit*; qu'en conséquence tout partage, définitif ou provisionnel, n'existe qu'en vertu d'un écrit régulier et valable; que si l'écrit est nul, le partage est radicalement nul comme n'ayant aucune existence (1). C'était décider la question par la question, car la cour ne donne aucun motif à l'appui de son opinion. En règle générale, l'écrit n'est pas exigé comme une condition de validité ou d'existence des conventions; il ne sert que de preuve. La loi fait exception à la règle pour un petit nombre d'actes, la donation, le contrat de mariage et l'hypothèque; on les appelle solennels, parce que la solennité ou la forme est prescrite pour l'existence même du contrat. Est-ce que le partage est un acte solennel? Les contrats solennels étant une exception, il faudrait un texte formel pour que la forme fût de la substance du partage. Ce texte existe-t-il? On cite deux articles. L'article 816 porte que le partage peut être demandé, même quand l'un des cohéritiers aurait joui séparément de partie des biens de la succession, s'il n'y a eu un *acte de partage*, ou possession suffisante pour acquérir la prescription. L'article 819 dit que si les héritiers sont capables, ils peuvent faire le partage dans la forme et par tel *acte* que les parties intéressées jugent convenables. Le mot *acte*, dit la

(1) Cassation, 6 juillet 1836 (Daloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 2301). Il y a un grand nombre d'arrêts dans le même sens (ils sont cités en note dans Daloz, 1867, 1, 97). La plupart des auteurs enseignent cette opinion (*ibid.*).

cour de cassation dans son premier arrêt, signifie un écrit. Si cela était vrai, le texte déciderait la question et il ne faudrait pas d'autre raison. Le rapporteur du dernier arrêt répond que le mot *acte* signifie tantôt l'écrit qui constate la convention, tantôt la convention elle-même. Quand la loi (art. 888) admet l'action en rescision contre tout *acte* qui a pour objet de faire cesser l'indivision entre cohéritiers, elle n'entend certes pas l'écrit, elle entend la convention. L'article 1167 autorise les créanciers à attaquer les *actes* faits en fraude de leurs droits; ce ne sont pas les écrits, ce sont les conventions, ou, en termes plus généraux, c'est tout fait juridique. Dans l'article 778, le mot *acte* a la même acception. Il est inutile de multiplier les exemples. Puisque le mot a deux sens, il faut voir dans chaque cas quelle est la signification que la loi y attache. C'est dire que l'esprit de la loi est décisif. Or, nous savons par la tradition, par les discours et les rapports du Tribunal, quel est le sens de l'article 816; il n'a pas pour objet de décider que le partage doit se faire par écrit, il a pour but d'abolir les *partages de fait* qui existaient dans l'ancien droit (n° 262): comment veut-on que l'article 816 ait décidé une question qui est étrangère à l'objet de cette disposition?

C'est l'article 819 qui est le vrai siège de la matière; et quel est le principe qu'il établit? Celui d'une liberté absolue, illimitée, quant à la *forme*. Et l'on veut que ce même article ait exigé un écrit pour la validité, que dis-je? pour l'existence du partage, parce qu'il ajoute: *par tel acte* que les parties jugent convenable! Une seule et même disposition peut-elle décider le pour et le contre? laisser pleine liberté aux parties pour ce qui concerne la forme, et prescrire ensuite une forme sous peine de nullité? Cela est impossible. Le mot *acte*, dans l'article 819, signifie un fait juridique, une vente, un échange, une transaction. Il est certain que le partage peut se faire par un de ces contrats; ce qui est une nouvelle preuve qu'un écrit n'est pas nécessaire (1): la vente n'est-elle pas valable indépendamment de tout écrit? et pourquoi en serait-il autrement quand la

(1) C'est la remarque faite par la cour de Liège, arrêt du 21 mai 1859 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 132).

vente contient un partage? La loi s'exprime bien autrement lorsqu'elle veut faire de la forme une condition substantielle de l'acte. « Tous actes portant donation entre vifs seront passés par-devant notaires, sous peine de nullité » (art. 931). « Toutes conventions matrimoniales seront rédigées par acte devant notaire » (art. 1394). « L'hypothèque conventionnelle ne peut être consentie que par acte passé en forme authentique » (art. 2127). Quand la loi n'exige pas formellement un écrit comme condition de validité du contrat, la jurisprudence décide que l'écrit ne sert que de preuve. Cela est de toute évidence pour la vente, bien que l'article 1582 dise : « elle peut être faite par acte authentique ou sous seing privé. » On l'a jugé ainsi pour la transaction, malgré les termes de l'article 2044 qui porte : « Ce contrat doit être rédigé par écrit (1). » Cela est décisif (2).

303. Si le partage n'est pas un acte solennel, il s'en suit qu'il reste sous l'empire du droit commun quant à la preuve (3). Il pourra donc se prouver par témoins lorsque l'objet du litige ne dépasse pas cent cinquante francs. Certes, c'est là un cas très-rare; en fait, la preuve testimoniale sera d'une rare application; on n'y recourra que s'il y a un commencement de preuve par écrit, ce qui écarte le danger que les témoignages présentent. Il va sans dire que l'écrit qui sert de commencement de preuve doit émaner de la partie à laquelle on l'oppose, puisque tel est le droit commun; c'est aussi le droit commun qu'il faut appliquer quant aux conditions requises pour l'admission de la preuve testimoniale (4). Dans les cas où la loi admet la preuve testimoniale, le juge peut décider la contestation par des présomptions graves, précises et concordantes (art. 1353); donc quand il y a un commencement de preuve par écrit, le partage pourra être établi par des présomp-

(1) Arrêt de cassation du 28 novembre 1864 (Daloz, 1865, 1, 105).

(2) Arrêt du 21 janvier 1867 (Daloz, 1867, 1, 97) et les arrêts cités en note (*ibid.*). Il faut y ajouter Bruxelles, 5 avril 1845 (*Pasicrisie*, 1846, 2, 317). Liège, 21 mai 1859 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 132). Comparez Demolombe, t. XV, p. 508, n° 521 et les auteurs qu'il cite. Zachariæ, t. IV, p. 380, note 6; Daloz, au mot *Succession*, n° 1621.

(3) Bourges, 19 avril 1839 (Daloz, au mot *Succession*, n° 1624, 3°).

(4) Arrêt de rejet du 27 avril 1836 (Daloz, au mot *Cassation*, n° 1635).

tions résultant de faits avoués et des circonstances de la cause. La jurisprudence en offre plusieurs exemples; nous renvoyons aux arrêts, ils ne peuvent guère servir de préjugés, les circonstances variant d'une espèce à l'autre (1).

Dans l'opinion contraire, on n'admet pas ces propositions, ce qui est très-logique. Il a même été jugé que le serment ne pouvait être déféré en cette matière, malgré l'article 1358, aux termes duquel le serment peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit (2). Cela serait logique s'il y avait une disposition formelle déclarant que le partage est un acte solennel; mais dès que l'écrit n'est qu'une question de preuve, l'article 1358 doit recevoir son application. Il y a d'autres décisions qui ne sont rien moins que juridiques, alors même que l'on admettrait que le partage doit être rédigé par écrit. Ainsi il a été jugé qu'il résulte de l'article 816 que, s'il y a eu entre les cohéritiers un précédent partage non constaté par un acte, ce partage n'a été que provisionnel; et que le partage provisionnel peut être établi par témoins ou par présomptions: autant de propositions, autant d'erreurs (3).

304. Quand un écrit est dressé pour constater le partage, on doit appliquer les règles que le code pose sur la preuve littérale. Il a été jugé en ce sens qu'un acte de partage doit être fait en autant d'originaux qu'il y a de copartageants (4). Cette décision nous paraît très-juridique. Le partage est une convention bilatérale; or, les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques ne sont valables, d'après l'article 1325, qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct. Il y a un arrêt contraire de la cour de cassation, arrêt d'espèce plutôt que de doctrine. La cour cite l'article 816, aux termes duquel les héritiers majeurs et présents peuvent faire le partage dans la forme et par tel acte qu'ils jugent convenables; puis elle

(1) Bordeaux, 20 novembre 1852 (Daloz, 1853, 2, 83). Lyon, 1^{er} juin 1859 (Daloz, 1861, 2, 173). Agen, 25 janvier 1859 (Daloz, 1859, 2, 186).

(2) Toulouse, 30 août 1837 (Daloz, au mot *Succession*, n° 1622, 6°).

(3) Grenoble, 1^{er} décembre 1859 (Daloz, 1861, 2, 175).

(4) Rennes, 2 juillet 1821 (Daloz, au mot *Succession*, n° 1627, 1°).

constate en fait qu'il n'y avait pas seulement une convention verbale de partage, mais qu'il y avait preuve écrite et complète de cette convention (1). Faut-il induire de là, comme le fait l'arrêtiste, qu'entre héritiers majeurs et présents, l'écrit qui constate le partage n'est assujéti à aucune forme? L'arrêt ne dit pas cela, et l'article 816 le dit encore moins; l'objet de cette disposition n'est pas de déterminer les formes que les parties doivent observer dans la rédaction de l'acte; c'est l'article 1325 qui règle cette matière, et cet article, tout à fait général, est applicable au partage comme à toute convention synallagmatique; il faudrait une disposition formelle pour autoriser le juge à y faire exception.

305. Il y a un écrit, mais il n'est pas signé par toutes les parties. L'écrit est nul, cela ne fait aucun doute, car un écrit non signé n'est pas un acte. De ce que l'écrit est nul, faut-il conclure que le partage est nul? Ainsi posée, la question doit être décidée négativement; tout ce qui résulte de la nullité de l'écrit, c'est qu'il n'y a pas de preuve littérale du partage; ce qui n'empêche pas les parties de prouver qu'il y a eu partage verbal. Il y a une autre difficulté: on prétend que lorsqu'un acte n'est pas signé par toutes les parties, cela prouve qu'elles n'ont pas traité définitivement, qu'il n'y a eu qu'un projet de convention, lequel n'a pas abouti. Qu'en fait, il en puisse être ainsi, cela est incontestable, mais nous nions qu'il en doive être ainsi dans tous les cas où l'acte n'est pas signé par toutes les parties: ne peut-il pas arriver que le défaut de signature soit dû à la négligence? Une femme mariée comparait dans un acte de partage, autorisée de son mari; le mari signe, la femme oublie de signer: en conclura-t-on qu'il n'y a qu'un projet de partage (2)? La jurisprudence consacre cependant l'opinion que nous combattons. Un arrêt récent de la cour de Douai a jugé que la présomption est que les parties font dépendre leurs conventions de la per-

(1) Rejet, 20 février 1860 (Dalloz, 1860, 1, 107).

(2) Le cas s'est présenté devant la cour de Rouen. Arrêt du 9 novembre 1861 (Dalloz, 1863, 5, 267).

fection de l'acte; et cette décision a été confirmée par un arrêt de rejet (1). Nous demanderons quel est le texte qui établit cette présomption? et y a-t-il une présomption sans loi? Nous doutons fort que le législateur établisse jamais une présomption pareille: ce serait transformer les conventions non solennelles en contrats solennels. Les parties le peuvent, il est vrai; mais, à notre avis, il faudrait pour cela une clause formelle, parce que c'est une dérogation à un principe général. La perfection des contrats est indépendante de la validité des actes qui les constatent: telle est la règle, et la règle doit être appliquée tant que les parties contractantes n'y ont pas fait exception. Nous reviendrons sur la question au titre des *Obligations*.

306. Il y a eu un acte de partage, mais il est adiré. Si les parties avouent l'existence du partage, il ne reste plus qu'à en déterminer les clauses. La preuve testimoniale est admise, dans ce cas, indéfiniment; c'est la disposition de l'article 1348, n° 4, et par suite le tribunal peut avoir recours à des présomptions (art. 1353). Il a été jugé, en ce sens, que les juges peuvent puiser la preuve de l'attribution des lots dans les circonstances de la cause, et notamment dans la possession exclusive de chacun des copartageants: cette possession est l'exécution du partage (2).

3. FORMES DU PARTAGE JUDICIAIRE.

307. D'après le droit français, les formes du partage judiciaire sont les mêmes dans tous les cas où il y a lieu à ce partage. La loi du 12 juin 1816 a dérogé sous ce rapport au code civil. Quand des mineurs ou des interdits sont intéressés dans un partage, il se fait par le ministère d'un notaire, par-devant le juge de paix du canton où la succession s'est ouverte. Les mineurs non émancipés sont représentés par leurs tuteurs, et s'il y a opposition d'intérêt entre le tuteur et son pupille, par le subrogé tuteur.

(1) Douai, 9 février 1869 et rejet du 9 novembre 1869 (Dalloz, 1870, 1, 215).

(2) Rejet, 20 janvier 1841 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1625, 1°).

Si le mineur est émancipé, il doit être assisté de son curateur; la loi permet au mineur émancipé de se faire représenter par un procureur spécial, mais l'assistance du curateur est de rigueur (art. 9 de la loi).

Aux termes de l'article 838, s'il y a plusieurs mineurs qui aient des intérêts opposés dans le partage, il doit leur être donné à chacun un tuteur spécial nommé par le conseil de famille. Pour qu'il y ait lieu à leur donner un tuteur spécial, il faut que les intérêts des mineurs soient opposés; il ne suffit pas qu'ils figurent au partage. Cela est si évident qu'il ne vaudrait pas la peine de le dire s'il n'était intervenu un arrêt de la cour de cassation sur la question (1), comme pour prouver qu'il n'y a pas de chose certaine sur laquelle on ne plaide, alors même qu'il y aurait un texte de loi.

308. Le partage de mineurs reste un partage judiciaire, puisqu'il se fait devant un magistrat; mais la loi de 1816 abroge les longues et coûteuses formalités prescrites par le code civil et le code de procédure. C'est le juge de paix qui préside aux opérations; il a été jugé que le notaire ainsi que tous ceux qui assistent au partage sont soumis à son autorité (2); il représente la justice. La loi le charge spécialement de veiller à ce que les lots soient dûment formés, et, en général, à ce que les intérêts des mineurs soient sauvegardés. Lorsque les héritiers majeurs et les tuteurs des mineurs ne s'accordent pas sur la formation des lots, ou quand les divers tuteurs ne s'entendent pas entre eux, ou si le juge de paix le trouve convenable pour les intérêts des mineurs, il désigne un ou plusieurs experts chargés de la formation des lots; ils prêtent serment avant de commencer leurs opérations. La répartition des lots peut se faire soit par la voie du sort, soit par voie d'attribution. C'est une innovation importante au code civil qui prescrit le tirage au sort d'une manière absolue, comme garantie d'égalité. Mais l'égalité du hasard est une fausse égalité; il importe avant tout de tenir compte des intérêts

(1) Arrêt de rejet du 8 novembre 1814 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1595).

(2) Gand, 9 décembre 1853 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 36).

et des convenances de chacune des parties contractantes.

309. D'après la législation française, les formalités prescrites pour le partage des successions échues aux mineurs sont longues et coûteuses; par suite les parties intéressées cherchent à éluder la loi pour échapper aux frais. Un des moyens les plus usuels est que le tuteur se porte fort pour le mineur, que celui-ci, devenu majeur, approuvera le partage. Quel est l'effet d'un partage pareil? La loi le déclare provisionnel (art. 840); et la déclaration du tuteur n'en peut changer la nature. Le mineur pourra donc demander un partage définitif. Que faut-il décider s'il devient héritier du tuteur? Il a été jugé que le partage ne laissait pas d'être provisionnel, sauf au mineur à répondre, comme héritier du tuteur et dans la limite de son droit héréditaire, des dommages-intérêts résultant de l'éviction que le nouveau partage occasionne (1).

309 bis. La loi de 1816 ne parle que des mineurs et des interdits. Une décision du roi des Pays-Bas du 4 septembre 1816 a étendu le bénéfice de la loi du 12 juin aux absents. Dans cette expression générale d'absents, il faut sans doute comprendre les non-présents: il y a identité de motifs. Il ne reste donc qu'un seul cas dans lequel les formes du partage judiciaire doivent être observées, telles qu'elles sont tracées par le code civil et le code de procédure, c'est le partage entre majeurs qui ne s'entendent pas. Il y a procès, et tout procès doit être porté devant les tribunaux. La matière appartient à la procédure plutôt qu'au droit civil, bien que le code s'en occupe. Nous passerons rapidement sur ces formes comme le font tous les interprètes.

N° 2. DU PARTAGE JUDICIAIRE.

I. Règles générales.

310. Les règles que le code civil et le code de procédure prescrivent pour le partage judiciaire sont-elles obligatoires pour le juge? C'est à peine si la question peut être

(1) Bourges, 23 novembre 1818 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1601).