

est contraire à l'esprit de la loi ainsi qu'à son texte. Aussi la cour de cassation a-t-elle cassé un arrêt qui avait ordonné de faire deux lots pour le partage d'une succession dévolue pour moitié à un enfant précipitaire et pour un quart à deux autres enfants (1). On pourrait tout au plus l'admettre si le partage des biens était possible entre les héritiers qui doivent se partager le second lot.

335. Il y a un autre procédé qui prévient tous les inconvénients que nous venons de signaler dans les divers modes de partage proposés par les auteurs : c'est d'attribuer les lots aux divers copartageants ou à quelques-uns d'entre eux sans recourir à la voie du sort. Le partage d'attribution a de grands avantages ; il permet de distribuer les biens d'après les convenances des divers copartageants, sans morceler les héritages ; il concilie donc l'intérêt des individus et celui de la société. S'il s'agissait de décider la question en théorie, il faudrait se prononcer sans hésiter en faveur d'un partage qui tient compte de toutes les exigences, contre un partage qui distribue les biens au gré de l'aveugle hasard. Mais il s'agit de savoir si le code permet de faire un partage d'attribution. Le texte décide la difficulté, comme le dit très-bien la cour de cassation. Lorsque les héritiers sont majeurs et capables, ils peuvent faire le partage comme ils l'entendent, s'ils sont d'accord ; libre à eux de faire un partage d'attribution selon leurs goûts et leurs intérêts. Mais le partage judiciaire suppose nécessairement le désaccord des héritiers ; il ne s'agit plus de procéder par voie de conciliation et de transaction ; la justice ne transige pas, elle ne connaît que le droit ; lors donc qu'un partage se fait en justice, il doit se faire d'après la stricte égalité ; voilà pourquoi la loi prescrit le tirage au sort. Rien n'est laissé au pouvoir discrétionnaire des tribunaux, dit la cour de cassation ; la loi elle-même établit des règles auxquelles les juges sont toujours tenus de se conformer. Elle veut que

(1) Arrêt de cassation du 10 mai 1826 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1733, 1°). Comparez Demante, t. III, p. 247-249, nos 163 bis I-163 bis III. Demolombe, t. XV, p. 670 nos 683 et 684 Chabot, t. II, p. 296, n° 4 de l'article 821.

les experts indiquent dans leur procès-verbal si l'objet estimé peut commodément se partager ; si le partage ne peut pas se faire, l'article 827 décide en termes impératifs qu'il *doit* être procédé à la vente par licitation. La loi dit également en termes impératifs que les lots sont tirés au sort (art. 834). Ces dispositions excluent tout partage d'attribution (1).

Le partage d'attribution est si rationnel que les juges du fait sont portés à l'autoriser, malgré les dispositions impératives du code. Cela prouve qu'il y a un vice dans la loi. En France, on a essayé de le corriger lors de la loi du 2 juin 1841 qui a modifié le code de procédure ; on proposa la disposition suivante : « Si les droits des copartageants sont inégaux, le tribunal pourra, après avoir pris l'avis du conseil de famille, s'il y a parmi eux des mineurs ou des interdits, ordonner par voie d'attribution le prélèvement des lots inégaux ; mais il fera tirer au sort tous les lots qui en seront susceptibles (2). » On ne contesta pas l'utilité de cette innovation ; si elle ne fut pas adoptée, c'est qu'il ne convient pas, comme le dit très-bien le garde des sceaux, de modifier le code civil dans une loi qui ne s'occupe que de la procédure. En Belgique, les partages où des incapables sont intéressés peuvent se faire par voie d'attribution (n° 308). Si le partage d'attribution est favorable aux mineurs, à plus forte raison la loi aurait-elle dû l'autoriser pour les majeurs. Dans l'état actuel de la législation, il faut le consentement de tous les copartageants pour que l'on puisse distribuer les lots par attribution (3).

336. Les tribunaux ont cherché à échapper au tirage au sort, en faisant un partage d'attribution ; ils donnent d'excellentes raisons, mais des raisons que la loi n'admet point. Ainsi il a été jugé que si l'un des héritiers vend,

(1) Arrêts de cassation du 10 mai 1826 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1733, 1°), du 19 mars 1844 (*ibid.*, n° 1836, 3°) et du 26 avril 1847 (Dalloz, 1847, I, 224). La doctrine est dans le même sens ; voyez les autorités citées par Aubry et Rau sur Zachariae, t. IV, p. 395, note 30 ; Demolombe, t. XV, p. 668, n° 680, et Dalloz, au mot *Succession*, n° 1835.

(2) *Moniteur* du 30 avril 1841.

(3) Rejet, 21 février 1843 (Dalloz, au mot *Succession*, n° 1707).

pendant l'indivision, un immeuble de l'hérédité, on doit le mettre dans son lot par attribution, afin d'éviter les actions récursoires et de maintenir la stabilité des propriétés (1). Il y a des arrêts en sens contraire, qui sont plus conformes à la loi, telle qu'elle est (2). La cour de cassation elle-même a dévié de la rigueur des principes. Un des héritiers bâtit sur le sol indivis; on met dans son lot la partie du sol sur laquelle les constructions avaient été élevées. Sur le pourvoi, la cour maintint le partage par un singulier motif, c'est que le bâtiment est l'accessoire du sol, et appartient, comme tel, au propriétaire du sol; ce qui rend le tirage au sort impossible (3). Sans doute, la construction devient la propriété de celui qui est maître du sol; mais qui est le maître pendant l'indivision? est-ce seulement celui des héritiers qui bâtit? Le sol appartient par indivis à tous les héritiers, donc aussi le bâtiment. Pour mieux dire, la propriété est incertaine tant que dure l'indivision; c'est par le partage que l'on saura qui est propriétaire du sol et, par suite, des constructions; il faut donc laisser de côté la maxime que l'édifice est l'accessoire du sol, et appliquer les règles qui régissent le partage. La cour de Toulouse a décidé la même question d'après ces principes, et telle est aussi la doctrine des auteurs (4). A notre avis, il n'y a pas le moindre doute.

337. Les héritiers majeurs et capables peuvent consentir à un partage d'attribution. Dans ce cas, le tribunal peut mettre au lot de l'un des héritiers l'immeuble qu'il a aliéné ou hypothéqué. C'est une conséquence logique du partage d'attribution et un des avantages que présente ce partage. Il a été jugé que les héritiers ne peuvent pas attaquer ce mode de procéder, par le motif qu'il n'y a pas eu de tirage au sort; ils ont renoncé à l'égalité du sort, en consentant à un partage d'attribution, et ils ne peuvent pas

(1) Agen, 7 décembre 1823 (Daloz, au mot *Succession*, n° 1839).

(2) Toulouse, 15 janvier 1830; Caen, 3 mars 1838 (Daloz, au mot *Succession*, n° 1838).

(3) Rejet, 11 août 1808 (Daloz, au mot *Succession*, n° 1841).

(4) Toulouse, 30 août 1837 (Daloz, au mot *Succession*, n° 1841, et les auteurs qui y sont cités).

revenir sur ce consentement, parce que les conventions sont irrévocables (1).

VII. Homologation du partage.

338. C'est le notaire qui compose les lots et qui fait le partage. Les lots sont tirés au sort. Avant de procéder au tirage, chaque copartageant est admis à proposer les réclamations contre leur formation (art. 834 et 835). Quand les opérations sont terminées, le procès-verbal est clos et l'homologation du partage est poursuivie par la partie la plus diligente. Le tribunal homologue le partage, s'il y a lieu, sur le rapport du juge-commissaire (C. de pr., art. 980 et 981). Après l'homologation, on tire les lots au sort (C. de pr., art. 982). Nous avons signalé les inconvénients du hasard qui préside à la distribution des lots, mais ce procédé a aussi ses avantages : c'est la plus sûre garantie de l'égalité du partage, car tous les héritiers sont intéressés à veiller à ce que tous les lots soient exactement égaux. Si la loi du 12 juin 1816 a permis de déroger à cette règle fondamentale quand il y a des incapables, c'est que leurs intérêts sont sauvegardés par le juge de paix, lequel est spécialement chargé de les protéger.

339. Après le tirage au sort, remise doit être faite à chacun des copartageants des titres particuliers aux objets qui lui sont échus (art. 842). La loi entend par *titres* les actes authentiques ou sous seing privé qui établissent les droits du défunt sur les biens qu'il délaisse : tels sont les actes de vente ou de donation, les testaments ou les partages. Si la propriété est divisée, les titres restent à celui qui a la plus grande part, à la charge d'en aider ceux des copartageants qui y auront intérêt, quand il en sera requis. Il y a des titres communs à toute l'hérédité : par exemple les contrats de mariage, les tableaux généalogiques, les actes de l'état civil qui constatent l'état du défunt. L'article 842 veut qu'ils soient remis à celui que tous les héri-

(1) Arrêts de rejet du 18 décembre 1811 et du 9 mai 1827 (Daloz, au mot *Succession*, n° 1842, 2° et 3°).

tiers auront choisi pour en être le dépositaire, à la charge d'en aider les copartageants à toute réquisition. Si les parties ne s'entendent pas, le choix est réglé par le juge.

Les titres dont parle l'article 842 sont ceux qui concernent les intérêts pécuniaires des héritiers. Il y a des papiers qui sont étrangers à ces intérêts : tels sont les diplômes du défunt, sa correspondance. Puis il y a les croix de chevalerie, les portraits de famille. Le code ne dit pas à qui ces objets sont remis, les auteurs sont divisés (1). Dans l'ancien droit, on remettait ces monuments à l'aîné de la famille; nous ne connaissons plus le droit d'aînesse, pas même la déférence morale que les puînés devraient avoir pour l'aîné de la famille. Il se peut d'ailleurs qu'il n'y ait pas d'enfants. Dans le silence de la loi, il faut procéder par analogie; c'est aux héritiers à s'entendre; en cas de désaccord, le tribunal décidera. Nous n'avons trouvé qu'une seule décision judiciaire sur la matière : le tribunal de la Seine a jugé que les décorations, armes et portrait du défunt, général de division, devaient être attribués de préférence à l'aîné des enfants mâles de la branche qui perpétue le nom du dignitaire (2).

340. Qui supporte les frais du partage judiciaire? Il est de principe que les frais doivent être supportés par celui dans l'intérêt duquel ils sont faits; donc tous les copartageants doivent contribuer aux frais dans la proportion de leur part héréditaire. Cela se fait en prélevant les frais sur la masse partageable (3). Il n'y a pas lieu à compenser les frais entre les parties (4) : il en résulterait une inégalité entre les copartageants; or, l'égalité doit régner entre les héritiers, pour les charges comme pour les bénéfices, c'est-à-dire une égalité proportionnelle. Les frais du partage étant prélevés sur la masse avant tout partage, il en résulte qu'ils seront payés de préférence aux créanciers des héritiers; c'est l'application du droit com-

(1) Voyez les diverses opinions dans Demolombe, t. XV, p. 693, nos 700, 701.

(2) Jugement du 7 mai 1870 (Daloz, 1870, 3, 103).

(3) Rejet, 11 décembre 1834 (Daloz, au mot *Succession*, n° 1858).

(4) Nancy, 15 janvier 1828 (Daloz, au mot *Succession*, n° 1859).

mun, puisque les frais du partage judiciaire sont des frais de justice faits dans l'intérêt commun de tous les créanciers (art. 2101, n° 1; loi hypothécaire belge, art. 17 et 19, n° 1). Il y a exception lorsque les frais sont frustratoires; pour mieux dire, ces frais ne rentrent pas parmi ceux qui sont privilégiés; ils doivent être supportés par celui qui a eu tort de les faire (1).

N° 3. DU RETRAIT SUCCESSORAL (2).

I. *Qu'est-ce que le retrait?*

341. Chabot dit dans son rapport au Tribunat : « Les étrangers qui achètent des droits successifs apportent presque toujours la dissension dans les familles et le trouble dans les partages. Le projet de loi donne le moyen de les écarter. L'article 841 dispose que « toute personne, même parente du défunt, qui n'est pas successible, et à laquelle un cohéritier aurait cédé son droit à la succession, peut être écartée du partage, soit par tous les cohéritiers, soit par un seul, en lui remboursant le prix de la cession. » « Cette disposition, continue le rapporteur, infiniment sage, est conforme aux lois *per diversas* et *ab Anastasio*, qui avaient été généralement admises par notre jurisprudence. Il est de l'intérêt des familles qu'on n'admette pas à pénétrer leurs secrets, et qu'on n'associe pas à leurs affaires des étrangers que la cupidité ou l'envie de nuire ont pu seules déterminer à devenir cessionnaires, et que les lois romaines dépeignaient si énergiquement par ces mots : *alienis fortunis inhiantes* (3). »

Chabot se trompe en disant que l'article 841 est emprunté aux lois romaines. Tout ce que portent les constitutions d'Anastase et de Justinien (4), c'est que le cessionnaire d'un droit litigieux ne peut agir que jusqu'à

(1) Rejet, 4 avril 1821 (Daloz, au mot *Succession*, n° 1864).

(2) Benoît, *Du retrait successoral* (Paris, 1846, 1 vol. in-8°).

(3) Chabot, Rapport, n° 59 (Loché, t. V, p. 126).

(4) L. 22 et 23, C., *Mandat*. (IV, 35)