

porter atteinte aux conventions que dans les limites de la nécessité; or, pour atteindre le but du retrait, il suffit que le retrayant soit mis à la place du retrayé, tout en maintenant le contrat entre le cédant et le cessionnaire. Nous aurions préféré un système plus logique.

**390.** Le cessionnaire est évincé, en ce sens qu'il est privé du bénéfice de son contrat; en faut-il conclure qu'il a un recours en garantie contre le cédant? Il a été jugé que le cessionnaire ne peut exercer aucune action en garantie ou en recours contre son vendeur (1). Cela ne fait aucun doute. A vrai dire, il n'y a pas d'éviction, car l'éviction suppose que le vendeur a vendu la chose d'autrui. Or, dans l'espèce, le cédant a vendu des droits successifs qui lui appartenaient; si l'acheteur ne profite pas de son contrat, c'est parce que la loi autorise le retrait à son préjudice; en achetant, le cessionnaire sait qu'il pourra être exproprié; il a traité avec cette chance, il doit en subir les conséquences. Si le cédant avait causé un dommage au cessionnaire par son fait, par sa faute ou son dol, il serait tenu de le réparer, non à titre de garantie, mais par application du droit commun (2).

**391.** Le retrait est étranger au cédant. Celui-ci reste donc sous l'empire du droit commun. On demande si la cession est valable à l'égard du retrayant, avant de lui être signifiée, et en supposant qu'elle doive être signifiée, si le cessionnaire peut se prévaloir du défaut de signification. Les deux questions doivent être décidées négativement. Nous reviendrons sur la première au titre de la *Vente*, où est le siège de la matière. L'article 1690 prescrit la signification de la cession au débiteur de la créance pour que le cessionnaire soit saisi à l'égard des tiers; or, les droits successifs dont il est question à l'article 841 ne sont pas une créance; l'article 1690 n'est donc pas applicable (3). En tout cas, le cessionnaire ne pourrait pas se soustraire au retrait, en soutenant que la cession non

(1) Cassation du 15 mai 1844 (Daloz, au mot *Succession*, n° 1881).

(2) Rejet, 15 janvier 1840 (Daloz, au mot *Succession*, n° 2001).

(3) Arrêt de rejet de la chambre civile du 6 juillet 1857 (Daloz, 1858, 1, 414).

signifiée est sans effet à l'égard du retrayant: ce serait exciper du droit d'autrui, dit la cour de cassation. Le bon sens suffit pour repousser l'étrange théorie qui s'est produite devant la cour de cassation: le cessionnaire, propriétaire par le fait seul de la convention, peut-il soutenir qu'il n'est pas propriétaire, parce qu'il n'a pas rempli une formalité qui est uniquement établie dans l'intérêt des tiers (1)?

**392.** Le retrayant est mis au lieu et place du cessionnaire: il profite de tous les bénéfices du contrat. Nous avons vu une application remarquable de ce principe dans le cas où le prix de la cession est une rente viagère (n° 383). Le retrayant étant cessionnaire, il peut rétrocéder ses droits successifs à un tiers. Cela paraît très-singulier, et certes le législateur n'a pas songé à un pareil résultat. Introduit et exercé pour repousser les spéculateurs, le retrait servira au retrayant pour spéculer! Mais les principes ne laissent aucun doute. Le cessionnaire peut céder son droit comme tout acheteur peut revendre; donc le retrayant a le même droit. Vainement dit-on que le retrait est un droit purement personnel aux héritiers; sans doute, et on ne concevrait pas que l'héritier vendît le droit de retrait; mais nous supposons que le retrait est exercé, le retrayant est devenu propriétaire des droits successifs, il a le droit incontestable de les vendre (2). Même avant d'avoir exercé le retrait, rien n'empêcherait l'héritier de céder les avantages éventuels qui peuvent en résulter: ce serait, en réalité, la vente d'une chose future, vente parfaitement valable.

### § V. Effet du partage.

#### NO I. DE L'EFFET DU PARTAGE QUANT A LA PROPRIÉTÉ.

##### I. Du principe établi par l'article 883.

**393.** En droit romain, le partage était attributif ou translatif de propriété, au même titre que l'échange ou la

(1) Cassation, 7 janvier 1857 (Daloz, 1857, 1, 81).

(2) Montpellier, 29 avril 1857 (Daloz, 1857, 2, 214).

vente. Le partage met fin à l'indivision; et qu'est-ce que l'indivision? Si deux héritiers possèdent par indivis une pièce de terre, chacun en est propriétaire par indivis, ce qui veut dire que chacun a la propriété de toute la pièce, dans la proportion de son droit héréditaire, mais une propriété non divisée, ne portant pas sur une partie déterminée de la chose; elle porte par conséquent sur toutes les parcelles du fonds indivis. Le partage détermine la partie du fonds qui appartient à chacun des cohéritiers d'une manière exclusive. Pierre, l'un d'eux, cesse d'être propriétaire de la partie du fonds adjugée à Paul, son cohéritier, et Paul n'a plus la propriété de la partie du fonds adjugée à Pierre. Il se fait donc un échange de la copropriété indivise de tout le fonds contre la propriété divisée d'une partie du fonds; or, l'échange est un acte translatif de propriété; donc le partage aussi est un acte par lequel la propriété est attribuée ou transférée à chacun des copartageants. En ce sens, il est attributif ou translatif de propriété (1).

Il résultait de ce principe une conséquence importante quant aux actes de disposition faits pendant l'indivision. Chacun des cohéritiers étant propriétaire par indivis du fonds commun, avait le droit de l'hypothéquer pour sa part héréditaire. Que devenaient ces hypothèques après le partage? Elles subsistaient; car le partage était une aliénation; or, l'aliénation du fonds hypothéqué ne fait pas tomber l'hypothèque; l'hypothèque suit, au contraire, les biens hypothéqués dans les mains de l'acquéreur. Si donc le fonds hypothéqué par Pierre, pendant l'indivision, était attribué à Paul, le créancier hypothécaire pouvait exercer son droit contre Paul, détenteur du fonds hypothéqué à sa créance. Paul, étant évincé par suite de l'expropriation, avait un recours en garantie contre Pierre. Ces actions récursoires troublaient les relations des copartageants et rendaient la propriété incertaine (2).

(1) § 7, *Instit.*, IV, 17 (*de offic. judic.*); L. 6, § 8, D., X, 3 (*comm. divid.*); L. 1, C., III, 38 (*comm. utr. judic.*); L. 77, § 18, D., XXXI (*de leg. 2<sup>o</sup>*). Zachariæ, t. IV, p. 397, note 1 du § 625. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 544, n<sup>o</sup> 774.  
(2) Duranton, t. VII, p. 703, n<sup>os</sup> 516 et 517.

**394.** D'après le droit français, le partage n'est plus attributif de propriété, il est déclaratif, c'est-à-dire que « chaque cohéritier est censé avoir toujours succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot, ou à lui échus sur licitation, et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession. » Ainsi l'héritier n'acquiert rien de son copartageant, et il ne lui transmet rien; la propriété indivise est effacée par le partage comme si elle n'avait jamais existé. Chaque copartageant tient son droit du défunt ou de la loi qui lui transmet la propriété des biens tombés dans son lot à partir de l'ouverture de l'hérédité. Le partage ne fait que déclarer quels sont les biens qui ont toujours appartenu au copartageant. Et la propriété de chacun étant exclusive, aucun d'eux n'a jamais eu la propriété des effets de la succession qui ne sont pas compris dans son lot.

Il résulte de ce principe des conséquences toutes différentes de celles que nous venons de signaler pour le droit romain. L'un des héritiers hypothèque un immeuble pendant l'indivision; si cet immeuble est mis au lot de son cohéritier, l'hypothèque tombe; car celui qui l'a concédée n'ayant jamais été propriétaire de l'immeuble, n'a jamais eu le droit de l'hypothéquer. Donc ni action hypothécaire, ni action récursoire; la propriété des biens est stable et assurée, les relations des copartageants ne sont pas troublées par des procès (1).

**395.** Tels sont les deux principes et les conséquences auxquelles ils conduisent. Lequel est le plus conforme à la réalité des choses? Pothier soutient que c'est le principe français; d'après lui, le partage n'a rien de commun avec l'échange, ce n'est pas un acte par lequel les copartageants acquièrent rien les uns des autres, il est purement déclaratif (2). Il nous semble que le texte du code décide la question; il ne dit pas que chaque cohéritier succède seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot; il dit que chaque héritier est *censé* avoir succédé seul. Cette expression marque une fiction; or, l'idée de fiction

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 303 et suiv.

(2) Pothier, *De la vente*, n<sup>os</sup> 631 et 640.

implique que le principe français n'est pas en harmonie avec la réalité des choses. Donc le partage n'est pas déclaratif. Qu'est-il donc? La fiction du partage déclaratif ne tient aucun compte de l'indivision; elle l'efface, comme si elle n'avait jamais existé. Mais l'indivision est un fait que la fiction peut bien effacer, et qui n'en a pas moins existé; or, dès qu'il y a indivision, il y a une copropriété indivise qui fait place à une propriété divisée. Le passage d'une propriété qui porte indivisément sur tous les biens de l'hérédité à une propriété qui est déterminée à certains objets, suppose un fait juridique qui opère cette transformation; ce fait juridique n'est autre que l'échange. Le code lui-même reconnaît implicitement la théorie romaine; il admet la garantie entre copartageants; or, la garantie, comme nous le dirons plus loin, ne s'explique que par le caractère translatif du partage (1).

Est-ce à dire que la fiction du partage déclaratif n'ait aucun fondement juridique? On peut l'expliquer, mais l'explication ne fait pas disparaître la fiction qui se trouve dans le principe français. Les héritiers tiennent leur propriété de la loi, qui leur transmet les biens du défunt dès l'instant de l'ouverture de l'hérédité (art. 711), sans aucune manifestation de volonté, sans aucun fait juridique. Quand il n'y a qu'un seul héritier, cela est de toute évidence. Quand il y en a plusieurs, la loi elle-même leur attribue directement les biens du défunt, et elle les divise entre eux lorsque cette division est possible. Il en est ainsi des créances; il n'est pas nécessaire qu'il intervienne un partage pour les diviser; de sorte que s'il n'y avait pas d'autres biens, les héritiers succéderaient réellement à tous les biens en vertu de la loi et à partir de la mort du défunt, sans qu'il intervint ni acte déclaratif, ni acte translatif de propriété. Si un partage est nécessaire, c'est que la loi ne peut pas elle-même faire cette opération matérielle pour les meubles et les immeubles, comme elle la fait pour les créances. Mais ce n'est là qu'une nécessité de fait qui n'empêche pas les héritiers d'être propriétaires des choses

(1) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 548, n° 779.

mobilières ou immobilières qui tombent dans leur lot, au même titre qu'ils sont propriétaires des créances. Ce n'est donc pas dans le fait du partage que l'on doit chercher la cause juridique de la propriété des copartageants; un fait, une opération matérielle ne peut pas déterminer le droit. En ce sens, le partage déclare seulement quels sont les biens qui, dès l'ouverture de l'hérédité, ont appartenu à chacun des cohéritiers. L'indivision n'est qu'un état passager; elle donne, il est vrai, un droit indivis de propriété à chaque cohéritier, mais c'est à raison de l'impossibilité où ils sont de partager de suite. On conçoit que la loi ne tienne aucun compte de l'indivision, puisque ce n'est qu'un fait essentiellement transitoire (1). Toujours est-il que c'est un fait, et un fait ne s'efface point. De là la nécessité d'une fiction, et la fiction nous avertit qu'il y a une réalité que la loi, dans sa toute-puissance, peut bien faire disparaître; mais l'acte même de puissance qui crée une fiction contraire à la vérité, témoigne pour la vérité du principe romain (1).

La fiction qui se trouve au fond du principe français éclate avec évidence quand il s'agit de licitation ou d'un partage avec soulte. Qu'est-ce que la licitation, sinon une vente sous un autre nom? Or, la vente est essentiellement un acte translatif de propriété; donc le partage fait sous forme de licitation est aussi attributif de propriété. Eh bien, de même que les colicitants vendent leur part indivise à l'un d'entre eux pour une part dans le prix, de même les copartageants vendent leur part indivise contre une part divisée; dans l'un et l'autre cas, c'est un seul et même fait juridique, il n'y a que la forme qui diffère. Le partage avec soulte est une véritable vente, jusqu'à concurrence du montant de la soulte; en effet, la soulte est le prix que l'un des copartageants paye pour la portion de biens héréditaires qui excède la part à laquelle il avait droit; il n'avait pas droit à cet excédant comme héritier: à quel titre donc l'acquiert-il? Il n'y en a pas d'autre que l'achat.

(1) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. IV, p. 397, note 1, d'après Lebrun, livre IV, chap. I, n° 36. Comparez Demolombe, t. XVII, p. 305, n° 258, et p. 313, n° 264.

Or, les biens qui tombent dans son lot comme formant sa part héréditaire, il les a acquis par une opération analogue, en vendant sa part indivise pour une part divisée. Ainsi on est forcé de revenir toujours au principe romain (1).

**396.** Le principe français se justifie par son utilité pratique. Mais il importe de constater ses véritables origines (2). Il n'a pas été introduit pour les motifs que l'on allègue aujourd'hui en sa faveur. D'après le droit féodal, l'aliénation des fiefs était soumise à une redevance que le vassal devait payer au seigneur pour prix du consentement donné à la mutation. Les partages étaient-ils soumis à cette règle? Si l'on avait maintenu le principe romain, les partages auraient été assujettis au droit de mutation, puisqu'ils sont assimilés à un échange. Les légistes, ennemis-nés de la féodalité, soutinrent que le partage n'était pas une aliénation. Ils commencèrent par dire que c'était une aliénation d'un caractère particulier, une aliénation nécessaire; puis ils prétendirent que ce n'était pas une aliénation, que c'était une simple déclaration. Le nouveau principe rencontra un rude adversaire; l'opposition de Dumoulin témoigne contre la maxime française. Lui-même raconte qu'en 1538 on discuta, dans une conférence d'avocats, la question de savoir quel devait être l'effet d'une saisie féodale, pratiquée avant le partage, sur la part indivise de l'un des héritiers; on y soutint que le partage était déclaratif de propriété. Dumoulin combattit vivement cette innovation, et, malgré la fièvre quarte dont il souffrait, il inséra dans le Commentaire sur la coutume de Paris, dont il corrigeait alors les épreuves, une protestation énergique contre une doctrine qui heurtait les vrais principes. Mais le droit français n'aime pas la rigueur romaine; la fiction du partage déclaratif était plus favorable à la pratique, elle l'emporta dans la jurisprudence. Il y avait plus de difficulté à appliquer la fiction à la licitation, qui est, en réalité, une vente sous un autre

(1) Comparez Demolombe, t. XVII, p. 306, n° 258 et p. 310, n° 260.

(2) Championnière, *Revue de législation*, t. VII, p. 405 et t. VIII, p. 161. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 545, n° 775 et 776.

nom; on se tire d'embarras en disant que la licitation était une aliénation nécessaire, pour mieux dire, une suite du partage, quand les choses qui doivent être partagées ne peuvent pas se diviser. On en conclut que le cohéritier adjudicataire ne devait pas plus les droits féodaux que l'héritier copartageant. La coutume de Paris consacra cette doctrine lors de la réformation qui en fut faite en 1580.

On voit que la fiction du partage déclaratif ne s'introduisit pas comme principe juridique, et pour prévenir les évictions ainsi que les actions récursoires auxquelles donnait lieu le principe romain; la fiction fut imaginée comme une arme de guerre contre la fiscalité féodale. Une fois le principe nouveau admis dans la pratique, les jurisconsultes en tirèrent les conséquences avec l'esprit logique qui les distingue. Toutefois, la résistance continua jusque dans le dix-huitième siècle. Les biens adjugés à l'un des héritiers lui étaient-ils propres pour la totalité, ou seulement pour la part qu'il avait avant la licitation? Ferrière soutenait cette dernière opinion au dix-septième siècle, et la controverse durait encore au dix-huitième. Pothier assimile entièrement la licitation au partage, et les auteurs du code ont consacré son opinion dans l'article 883. Néanmoins la controverse n'est finie qu'en apparence. La fiction est si contraire à la réalité, qu'à chaque pas l'opposition éclate. De là les hésitations et les tiraillements de la doctrine et de la jurisprudence dans cette difficile matière.

**397.** L'article 883 est conçu en termes généraux et absolus : « Chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot. » La loi ne prononce pas le mot de partage; elle ne limite donc pas à tel ou tel partage le principe qu'elle établit; il s'applique à tout partage, partiel ou total. On lit dans un arrêt de la cour de cassation : « Rien ne s'oppose à ce qu'il soit procédé à la liquidation d'une succession entre l'un des héritiers, d'une part, et tous ses cohéritiers, de l'autre; et lorsque la fixation de sa portion héréditaire a eu lieu conformément à la loi, l'attribution qui lui en est faite opère de lui à ses cohéritiers, bien que ceux-ci con-

tinuent à demeurer entre eux dans l'indivision, un partage régulier, qui entraîne tous les effets que le législateur a attachés à cette espèce de convention (1). » Donc le partage, quoique partiel, est déclaratif de propriété. Il en serait de même, et à plus forte raison, si le partage comprenait seulement certains biens distribués entre tous les héritiers. Ce qui constitue l'essence du partage, c'est qu'il fait cesser l'indivision; or, les actes que nous venons de mentionner font cesser l'indivision pour certains biens, donc il y a lieu d'appliquer le principe de l'article 883.

**398.** La loi ne parle pas du partage avec soulte. Il est cependant certain que l'article 883 s'applique à ce partage. En effet, l'article 833 dit que « l'inégalité des lots *en nature* se compense par un retour, soit en rente, soit en argent. » Donc le partage avec soulte est un partage légal, et tout partage est déclaratif de propriété. Faut-il que la soulte soit fournie en deniers héréditaires ou autres objets appartenant à l'hérédité? La cour de cassation a jugé que le principe de l'article 883 ne s'applique qu'aux valeurs héréditaires elles-mêmes, et non aux soultes qui peuvent être fournies à l'un des copartageants en dehors de l'hérédité, pour compenser l'inégalité de son lot (2). Cette formule nous paraît trop absolue. Nous reviendrons, au titre du *Contrat de mariage*, sur la question spéciale que la cour a décidée; à notre avis, on ne peut pas poser comme condition que la soulte soit fournie en biens héréditaires. Sans doute, si l'on considère la réalité des choses, l'héritier qui reçoit une soulte que l'héritier débiteur paye de ses deniers, ne la tient pas du défunt. Mais nous sommes sous l'empire d'une fiction; si l'on écarte la fiction, il faut aller plus loin, et dire que l'héritier qui paye la soulte achète l'excédant mis dans son lot, d'où l'on devrait conclure que cet excédant lui appartient à titre de vente, et non à titre d'hérédité, quoique ce soit un bien héréditaire et que la lettre de l'article 883 lui soit applicable. Que si, au contraire, le débiteur de la soulte n'est pas considéré

(1) Rejet de la chambre civile du 25 avril 1864 (Daloz, 1864, 1, 227).

(2) Rejet, 11 décembre 1850 (Daloz, 1851, 1, 289).

comme acheteur, s'il reçoit l'excédant à titre d'héritier, on doit dire aussi que le créancier de la soulte n'est pas vendeur et qu'il reçoit également la soulte comme héritier : ce qui rend l'article 883 applicable (1).

Le texte de l'article 883 confirme cette interprétation. Il assimile entièrement la licitation au partage. Or, l'adjudicataire paye certainement son prix en deniers qui lui appartiennent, ce qui n'empêche pas le prix d'être considéré comme un bien héréditaire au point de vue de l'article 883 : il est subrogé à la chose licitée et prend la nature de celle-ci. Ce qui est vrai du prix de licitation l'est aussi de la soulte. Tout cela est fictif; mais le principe même de l'article 883 n'est-il pas une fiction? C'est ce qui fait la difficulté de cette matière : à chaque pas, on est tenté de donner raison à la réalité contre la fiction. L'interprète doit maintenir la fiction que le législateur établit, avec ses conséquences nécessaires.

**399.** L'article 883 applique expressément à la licitation le principe du partage déclaratif, mais à une condition qui est essentielle : il faut que les effets soient échus à l'héritier sur licitation. Si c'est un étranger qui se porte adjudicataire, la licitation n'est plus déclarative, c'est une véritable vente que les cohéritiers font à l'adjudicataire. L'esprit de la loi est en harmonie avec le texte. On conçoit la fiction lorsque l'héritier reçoit directement du défunt ou de la loi la chose mise dans son lot, car il était propriétaire dès l'instant de l'ouverture de l'hérédité. Mais comment considérer comme ayant été toujours propriétaire celui qui, étranger à l'hérédité, achète le bien dans une licitation? Il faudrait une extension de la fiction, mais, ainsi étendue, elle n'aurait plus de raison d'être. Enfin la tradition est en ce sens. Dumoulin allait plus loin; il suffisait, d'après lui, que des étrangers fussent admis à la licitation pour qu'elle cessât d'être un partage; en effet, il est de l'essence du partage qu'il se fasse entre cohéritiers; la licitation n'est donc plus un partage quand des étrangers y figurent. Cela était très-subtil, et le droit

(1) Comparez Demolombe, t. XVII, p. 322, n° 270.

français répugne à la subtilité. Aussi Dumoulin changea-t-il d'avis (1).

La controverse s'est reproduite sous l'empire du code. D'une part, on soutient que la licitation doit être considérée comme un partage, alors même qu'un étranger se porte adjudicataire de l'immeuble licité. L'esprit de la loi, dit-on, l'exige. Elle a voulu assurer la tranquillité des familles en assurant la stabilité des partages; par là elle facilite en même temps la cessation de l'indivision. Eh bien, si l'adjudicataire est obligé de respecter les droits consentis par l'un des héritiers, le partage sera entravé; les tiers ne voudront pas liciter, ou ils ne le feront qu'à des conditions désavantageuses; que si la licitation a lieu, l'adjudicataire subira des évictions, de là des recours en garantie que la loi a eu pour but d'éviter. Il n'y a qu'un moyen de prévenir ces inconvénients, c'est d'admettre le principe de l'article 883 (2). Il est facile de répondre à cette argumentation, et la réponse est péremptoire. On avoue que le texte repousse l'interprétation qu'on donne à la loi. Cela est décisif, surtout dans la matière qui nous occupe. L'article 883 consacre une fiction, et les fictions ne peuvent jamais être étendues. D'ailleurs le législateur a eu de bonnes raisons pour restreindre la fiction dans des limites étroites. Le principe du partage déclaratif est une atteinte indirecte au droit de propriété, il empêche les héritiers de disposer de leur part indivise, d'en disposer du moins à des conditions avantageuses. Or, la loi ne doit pas multiplier ces entraves (3).

Il a été jugé, d'autre part, que la licitation est toujours une vente dès que les étrangers y sont admis, alors même qu'un cohéritier se rendrait adjudicataire; ce qui conduit à cette conséquence que les droits réels consentis pendant l'indivision sont maintenus comme ils l'étaient en droit romain. La licitation, dit la cour de Toulouse, ne peut être

(1) Dumoulin, sur la coutume de Paris, titre *des Fiefs*, § 33, glose 1, n° 69; et titre *des Censives*, § 78, glose 1, n° 157. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 547, n° 777.

(2) Mourlon, *Répétitions*, t. II, p. 205, d'après Valette.

(3) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. II, p. 555 et suiv., n° 790.

assimilée au partage que lorsqu'elle a lieu entre cohéritiers; dès qu'un étranger y assiste, ce n'est plus un partage; car le concours d'un étranger à un partage ne se conçoit pas (1). Sans doute, mais si un cohéritier est adjudicataire, la licitation a réellement lieu entre cohéritiers; qu'importe alors qu'un étranger y ait assisté, puisque en définitive il n'y concourt point? Il y a un argument décisif contre la doctrine de la cour de Toulouse, c'est la tradition; le texte de l'article 883 la consacre en décidant que le principe du partage déclaratif s'applique à la licitation, lorsqu'un effet de la succession échoit à un héritier sur licitation. La jurisprudence s'est prononcée en ce sens (2).

Que faut-il décider si l'adjudication se fait en partie à un tiers, en partie à un héritier? Il a été jugé qu'à l'égard de l'héritier adjudicataire, on devait appliquer le principe du partage déclaratif, et que la licitation serait considérée comme une vente à l'égard de l'adjudicataire étranger; de sorte que le lot de l'héritier serait libre de toutes charges créées pendant l'indivision, tandis qu'elles subsisteraient sur le lot adjugé au tiers (3). Cette décision est une application très-juridique du principe de l'article 883. C'est une fiction qui ne doit profiter qu'à ceux dans l'intérêt desquels elle est établie, mais qui doit toujours leur profiter; dès lors l'héritier peut l'invoquer, bien qu'il y ait un étranger colicitant; par contre, l'étranger ne peut pas s'en prévaloir, car, à son égard, la licitation ne saurait être un partage; il faudrait pour cela une extension de la fiction. C'est dire qu'il faudrait une fiction nouvelle, et le législateur seul peut créer des fictions.

**400.** Quand la licitation est une vente, il se présente une difficulté dans l'application. C'est un tiers qui se porte adjudicataire; donc tous les héritiers sont vendeurs. Est-ce que chacun d'eux est vendeur pour sa part héréditaire?

(1) Toulouse, 12 février 1846 (Daloz, 1846, 2, 94).

(2) Nous nous bornons à citer le dernier arrêt: Douai, 2 mai 1848 (Daloz, 1849, 2, 184). Comparez Zachariæ, t. IV, p. 399, note 7, édition d'Aubry et Rau.

(3) Douai, 25 juillet 1848 (Daloz, 1849, 2, 185).

ou la vente se fait-elle au profit de la masse? En principe, lorsqu'il y a plusieurs vendeurs, leurs droits se divisent, mais cela suppose que leur droit de propriété est divisé; or, la licitation se fait pendant l'indivision. De là un motif de douter. Demante propose une distinction. Lorsque les droits des copropriétaires sur l'immeuble licité étaient liquidés et déterminés lors de la vente, chacun d'eux est vendeur, par application du principe général que nous venons de rappeler. D'où suit que chacun d'eux sera créancier, pour sa part, d'une portion déterminée du prix, et que l'immeuble vendu sera aussi affecté pour cette part aux privilèges ou hypothèques qui existent sur l'immeuble licité, du chef de chacun des cohéritiers. Il y a des arrêts qui le décident ainsi en termes généraux (1). Demante dit que si la licitation n'est qu'une opération préliminaire au partage, et tendant à faciliter la liquidation, il faut considérer la vente comme étant faite au profit de la masse; dans cette opinion, le partage déterminera lequel des copartageants sera réputé vendeur : lui seul sera créancier du prix, et les hypothèques ou privilèges procédant de son chef seront seuls maintenus (2). Cela nous paraît douteux. Le partage ne peut pas avoir d'effet sur la vente consentie pendant l'indivision. Par la licitation, l'immeuble licité cesse d'appartenir aux cohéritiers, ils n'ont plus droit qu'au prix. L'immeuble n'étant pas compris dans la masse partageable, nous ne comprenons pas comment il serait mis au lot de l'un des héritiers. Il faut donc s'en tenir aux principes généraux. En réalité, chacun des héritiers est vendeur, chacun d'eux doit donc avoir les droits dérivant de la vente.

**401.** Le principe du partage déclaratif s'applique-t-il à la succession bénéficiaire? Il y a eu quelque hésitation sur cette question dans la jurisprudence. La cour de cassation a jugé d'abord que l'article 883 n'est pas applicable à la succession bénéficiaire, parce que la liquidation de

(1) Orléans, 7 février 1845 (Daloz, 1849, 1, 329) et Douai, 25 juillet 1848 (Daloz, 1849, 2, 185).

(2) Demante, t. III, p. 357, n° 225 bis IV, suivi par Demolombe, t. XVII, p. 326, n° 273.

cette succession se faisant dans l'intérêt commun des créanciers et des héritiers, l'adjudicataire, quoiqu'il soit un des héritiers, ne devient propriétaire que comme un acquéreur étranger, débiteur du prix envers l'hérédité; de là la cour concluait qu'il y avait lieu d'appliquer tous les principes qui régissent la vente, et que par suite l'héritier adjudicataire pouvait être poursuivi par voie de folle enchère (1). La cour de cassation est revenue sur cette jurisprudence (2), et c'est cette dernière opinion qui a prévalu; il est admis universellement qu'il n'y a pas à distinguer, pour l'application de l'article 883, entre les héritiers bénéficiaires et les héritiers purs et simples (3). Nous n'y voyons pas le moindre doute. L'article 883 est conçu en termes généraux, il ne distingue pas entre les héritiers purs et simples et les héritiers bénéficiaires, et il n'y avait pas lieu de distinguer. Le bénéfice d'inventaire ne change rien aux rapports des héritiers entre eux, tous sont copropriétaires, tous partagent au même titre, donc ce qui est un partage à l'égard des héritiers purs et simples est aussi un partage à l'égard des héritiers bénéficiaires; et pourquoi le partage aurait-il un autre effet à l'égard des uns qu'à l'égard des autres?

**402.** Le principe de l'article 883 est général, il s'applique à tout partage fait entre communistes. Cela est de toute évidence pour le partage de la communauté entre époux; l'article 1476 dit en termes formels que le partage de la communauté, en ce qui concerne les *effets du partage*, est soumis aux règles établies au titre des *Successions*. L'article 1872 contient une disposition analogue pour le partage des sociétés. Il a été jugé que l'article 883 est applicable entre tous communistes. Une filature avait été, dans l'origine, la copropriété de trois indivisaires; l'un d'eux acquit les parts des deux autres. Il tomba en faillite. Sa femme prétendit que son hypothèque légale

(1) Rejet, 27 mai 1835 (Daloz, au mot *Succession*, n° 2126, 2°).

(2) Cassation, 12 août 1839 (Daloz, au mot *Enregistrement*, n° 6024, 1°).

(3) Bordeaux, 22 mars 1834 (Daloz, au mot *Succession*, n° 2195). Nîmes, 6 novembre 1869 (Daloz, 1871, 2, 37 et la note). Dutruc, *Du partage*, n° 548, p. 586.