

§ II. De la capacité requise pour intenter l'action en partage ou y défendre.

213. Pothier dit que le partage est une espèce d'aliénation, parce qu'il restreint aux seuls objets, qui échoient au lot du cohéritier, le droit qu'il avait auparavant sur tous les effets de la succession. Le partage en effet n'est pas dans notre Droit une aliénation proprement dite, ainsi qu'on le verra dans l'article 883 ; mais il y ressemble beaucoup ; car, en déterminant plus ou moins exactement la part de chaque cohéritier, il peut faire subir à quelques-uns d'entre eux un préjudice semblable à celui que leur causerait une aliénation, et on s'explique ainsi que la loi exige pour procéder au partage une capacité très voisine de celle qu'elle exige pour aliéner. C'est ce que nous allons voir en examinant successivement la situation qu'elle fait sur ce point aux divers incapables.

a. Mineurs et interdits. — « L'action en partage à l'égard des cohéritiers » mineurs ou interdits, peut être exercée par leurs tuteurs spécialement » autorisés par un conseil de famille (art. 817, al. 1) ». On se souvient que le tuteur peut, sans aucune autorisation, défendre à une action en partage dirigée contre le mineur (cpr. art. 465 et t. I, n° 915). Si plusieurs mineurs placés sous une même tutelle ont dans le partage des intérêts opposés, il doit leur être donné à chacun un tuteur spécial (art. 838 *in fine*).

Quant au mineur émancipé, nous avons vu (t. I, n° 957) qu'il peut intenter l'action en partage ou y défendre avec la seule assistance de son curateur, conformément à l'art. 840.

b. Personnes soumises à l'autorité d'un conseil judiciaire. — L'assistance du conseil leur est incontestablement nécessaire pour procéder à un partage judiciaire soit en demandant soit en défendant (arg. du mot *plaider*, art. 499 et 513). Il y a quelque doute sur le point de savoir si elles peuvent procéder valablement à un partage amiable, et dans le cas de l'affirmative si elles le peuvent sans l'assistance de leur conseil (cpr. t. I, n° 1001).

c. Absents. — « A l'égard des cohéritiers absents, l'action appartient aux » parents envoyés en possession » (art. 817, al. 2). Ajoutez : ou à l'époux présent qui a opté pour la continuation de la communauté (arg., art. 124). — Il s'agit d'une succession qui s'est ouverte avant la disparition ou les dernières nouvelles du cohéritier absent ; car, si elle s'était ouverte à une époque où son existence était déjà devenue incertaine, elle serait attribuée tout entière à ses cohéritiers (art. 136), et il ne pourrait pas être question par conséquent d'intenter l'action en partage de son chef.

La loi ne prévoit d'ailleurs ici que le cas où l'un des cohéritiers est en état d'absence déclarée ; s'il était en état d'absence présumée, il y aurait lieu d'appliquer la disposition de l'art. 113.

d. Femmes mariées. — « Le mari peut, sans le concours de sa femme, » provoquer le partage des objets meubles ou immeubles à elle échus, qui » tombent dans la communauté : à l'égard des objets qui ne tombent pas en » communauté, le mari ne peut en provoquer le partage, sans le concours » de sa femme ; il peut seulement, s'il a le droit de jouir de ses biens, de » mander un partage provisionnel. — Les cohéritiers de la femme ne peu- » vent provoquer le partage définitif qu'en mettant en cause le mari et la » femme » (art. 818). — Ce texte suppose sans le dire qu'une succession échue à une femme mariée a été régulièrement acceptée ; il s'agit de savoir par qui le partage peut en être provoqué. Ce droit n'appartient jamais au mari *en cette qualité* ; mais il peut lui appartenir en vertu de ses conventions matrimoniales, c'est-à-dire des conventions expresses ou tacites dont l'ensemble constitue son régime matrimonial.

La loi distingue à ce sujet s'il y a ou s'il n'y a pas communauté entre les époux. Avant d'examiner ces deux hypothèses, il faut dire ce que c'est que la communauté. Il y a communauté entre les époux, lorsque, d'après les règles du régime matrimonial qu'ils ont adopté, tout ou partie de leurs biens sont communs. Les biens communs, ou biens de la communauté, sont destinés à subvenir aux charges du mariage pendant sa durée, et ils se partagent entre les époux ou leurs représentants lors de la dissolution de l'association conjugale. Le mari est *seigneur et maître de la communauté*, c'est-à-dire qu'il a sur les biens dont elle se compose des pouvoirs presque égaux à ceux d'un propriétaire (art. 1421).

PREMIÈRE HYPOTHÈSE. *Il y a communauté entre les époux.*

α. Si, d'après les dispositions du régime qu'ils ont adopté, les biens composant la succession échue à la femme doivent tomber dans la communauté, le mari, en qualité de chef de la communauté, peut, sans le concours de sa femme, provoquer le partage de cette succession, et à plus forte raison répondre à une action en partage intentée par les cohéritiers de la femme. C'est tout simple, puisque, la part de la femme dans ladite succession devant profiter à la communauté, c'est en quelque sorte la communauté qui est héritière, et que cette communauté est personnifiée dans le mari. Ainsi par exemple, sous le régime de la communauté légale, le mari peut, sans le concours de sa femme, provoquer le partage des successions purement mobilières qui sont échues à celle-ci (arg., art. 1401-1°).

β. Si au contraire, d'après les dispositions du régime adopté par les époux, la part de succession revenant à la femme ne doit pas tomber en communauté, si elle doit demeurer propre à la femme, comme il

arriverait par exemple sous le régime de la communauté légale pour une succession immobilière, le mari n'a pas le droit de provoquer le partage, au moins le partage définitif (car on verra bientôt qu'il pourrait le plus souvent en pareil cas provoquer un partage de jouissance ou partage provisionnel). La raison en est que le mari n'a pas le droit de disposer de la fortune personnelle de sa femme; or le partage est à certains égards un acte de disposition. Par qui donc le partage définitif de la succession pourra-t-il être provoqué? Par la femme elle-même autorisée comme de droit. Ce langage est plus exact que celui de l'art. 818, qui dispose que le mari peut provoquer le partage *avec le concours de sa femme*; c'est bien plutôt la femme qui agit avec le concours du mari, puisque c'est elle qui est héritière. Le partage pourra aussi être provoqué par les cohéritiers de la femme; mais ils devront mettre en cause la femme et le mari, celui-ci aux fins d'autoriser sa femme (art. 818 *in fine*).

DEUXIÈME HYPOTHÈSE. *Il n'y a pas communauté entre les époux.* Les biens revenant à la femme dans la succession qui lui est échue devant toujours en pareil cas faire partie de son patrimoine propre, le mari, qui n'a pas le droit de disposer de ce patrimoine, ne pourra en aucun cas provoquer le partage définitif de la succession. Seule la femme aura ce droit, et elle devra, pour l'exercer, être munie de l'autorisation requise par la loi.

**Observation.** — Dans tous les cas où le mari n'a pas qualité, d'après les règles qui viennent d'être exposées, pour provoquer le partage définitif de la succession échue à sa femme, il peut en provoquer un partage *provisionnel*, si ses conventions matrimoniales lui donnent un droit de jouissance sur les biens de sa femme. Ainsi donc, dans l'hypothèse dont il s'agit, la femme, qui est propriétaire, pourra seule provoquer un partage de propriété, un partage *définitif*; le mari, qui a un droit de jouissance, ne pourra provoquer qu'un partage de jouissance, un partage *provisionnel*. Cela nous conduit à parler des diverses espèces de partage.

### § III. Des diverses espèces de partage.

**214.** Le partage peut être fait à *l'amiable* ou en *justice*, sans parler du partage que les ascendants sont autorisés à faire eux-mêmes de leurs biens entre leurs descendants aux termes des articles 1075 et s.

Le partage *amiable* (*inter amicos*) est le résultat d'une *convention* librement discutée entre les cohéritiers, qui réussissent à se mettre d'accord sur tous les points; aussi l'appelle-t-on souvent partage *conventionnel*. Le partage *judiciaire* est celui qui se fait avec l'intervention de la justice. Le premier offre sur le second l'avantage d'être plus expéditif et moins

coûteux; il est aussi plus intelligent, car il permet de tenir compte des convenances réciproques des copartageants, en *attribuant* à chacun le lot qui lui convient le mieux (partage *d'attribution*), tandis que le tirage au sort rend le partage judiciaire aveugle. Il est vrai que ce tirage au sort prévient toute fraude dans l'attribution des lots. En outre le partage judiciaire offre des garanties particulières aux copartageants au point de vue de l'égalité des lots, dont la composition est confiée à des hommes ayant une compétence spéciale, à des experts. Mais il est douteux que ces avantages compensent l'infériorité qu'il présente sous les autres points de vue.

Il y a trois cas dans lesquels le partage doit nécessairement être fait en justice :

1° Lorsqu'il se trouve parmi les cohéritiers des mineurs même émancipés ou des interdits. « *Si tous les cohéritiers ne sont pas présents, ou s'il y a parmi eux des interdits, ou des mineurs, même émancipés, le partage doit être fait en justice, conformément aux règles prescrites par les articles 819 et suivants, jusques et compris l'article précédent. S'il y a plusieurs mineurs qui aient des intérêts opposés dans le partage, il doit leur être donné à chacun un tuteur spécial et particulier* » (art. 838).

La nécessité de procéder à un partage judiciaire, quand il y a parmi les cohéritiers des mineurs ou des interdits, est souvent un véritable fléau pour tous les intéressés à cause des frais qu'entraîne ce mode de partage. Aussi la pratique a-t-elle imaginé plusieurs moyens pour soustraire les incapables à la protection coûteuse dont la loi les accable. Un des plus usités consiste à procéder au partage par voie de transaction en remplissant les formalités prescrites par l'article 467 (Angers, 7 août 1874, Sir., 75. 2. 105). Ce procédé n'est peut-être pas à l'abri de toute critique, et il est douteux qu'il procure aux intéressés une sécurité absolue. Souvent aussi on procède à un partage amiable dans lequel une tierce personne se porte fort pour le mineur et promet sa ratification.

2° Lorsque « tous les cohéritiers *ne sont pas présents* » (art. 838).

La loi comprend ici sous cette dénomination soit les héritiers *déclarés* ou *présumés absents*, soit les héritiers simplement *non-présents* (arg. de ces mots de l'article 840, soit au nom des *absents* ou *non-présents*). Et toutefois un partage amiable serait possible, si le cohéritier ou les cohéritiers absents ou non-présents étaient *dûment représentés* (Pr., art. 985); ce qui signifie : représentés par un mandataire *conventionnel* muni de pouvoirs suffisants, et non par un mandataire *légal* (envoyés en possession provisoire) ou *judiciaire* (notaire nommé aux termes de l'article 1143).

3° Lorsque, tous les cohéritiers se trouvant dans les conditions requises pour procéder à un partage amiable, l'accord ne peut pas s'établir entre eux. On lit à ce sujet dans l'article 823 : « *Si l'un des cohéritiers refuse de consentir au partage, ou s'il élève des contestations soit sur le mode d'y procéder, soit sur la manière de le terminer, le tribunal prononce comme en matière sommaire, ou commet, s'il y a lieu, pour les*