FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE.

THÈSE

POUR

LE DOCTORAT

PRÉSENTÉE

A LA FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

PAR

M. ALFRED LESTRADE

Né a Toulouse.

L'acte public sur les matières ci-après sera soutenu dans l'une des salles de la Faculté, le lundi 7 janvier 1861.

MM. DELPECH, *doyen, président.*
RODIÈRE.
MOLINIER.
MASSOL.
BEUDANT.

TOULOUSE
TYPOGRAPHIE DE BONNAL ET GIBRAC
Rue Saint-Rome, 46.

1861

DE LA

NATURE ET DES EFFETS DU PARTAGE

EN DROIT ROMAIN, EN DROIT COUTUMIER

ET DANS LE CODE NAPOLÉON.

A mon Père, à ma Mère.

—

A MA SŒUR.

—

A TOUS MES AMIS.

PRÉLIMINAIRES.

—

DE L'INDIVISION ET DU PARTAGE EN GÉNÉRAL.

Lorsqu'un ou plusieurs objets corporels, soit meubles, soit immeubles, se trouvent, par suite de circonstances quelconques, appartenir en commun à différentes personnes, ces objets sont dits indivis entre ces personnes, et l'état de choses ainsi produit prend le nom d'*indivision*.

L'indivision, quelle que soit la cause qui l'ait fait naître, peut quelquefois présenter des avantages. Il en est ainsi quand les divers propriétaires concourent de tous leurs efforts à rendre la chose commune plus productive, et qu'il règne entre eux un accord si parfait que l'administration des biens communs paraît dans son uniformité et son ensemble, dirigée par une seule main. Réunis, ils peuvent alors exercer une surveillance plus exacte et plus complète, faire des dépenses d'entretien plus considérables, accomplir des améliorations salutaires et quelquefois indispensables, devant lesquelles chacun isolément eût peut-être reculé. Dans de pareilles conditions, l'indivision est une situation qui ne peut que profiter à ceux qui s'y trouvent. Mais tel n'est pas d'ordinaire le spectacle qu'elle

présente ; elle est plus souvent fertile en inconvénients et en embarras. Celui qui a un bien commun avec d'autres, est obligé de demeurer dans une dépendance continuelle vis-à-vis de ses copropriétaires, relativement aux actes de disposition et même de simple administration qu'il voudrait exécuter. Sa liberté d'action est sans cesse enchaînée, si ce n'est par leur mauvais vouloir, au moins par la crainte de ne pas agir selon leurs désirs et leurs vues. Qu'arrive-t-il alors le plus souvent ? C'est que, voyant son droit borné de toutes parts par celui des autres communistes, il finit presque par se persuader que ce droit n'existe pas réellement. Il néglige un bien dont la propriété lui semble illusoire, alors que d'autres la partagent avec lui. « *Naturale quippè vitium est,* dit une constitution au code, *negligi quod communiter possidetur* ; *utque se nihil habere qui non totum habeat*, *arbitretur* » (1).

Mais ce n'est pas là le seul défaut de l'indivision. Elle est aussi une source de discordes. Ces individus, rapprochés et mis en présence la plupart du temps par le hasard, avec des droits égaux et limités réciproquement les uns par les autres, sont presque toujours autant d'ennemis en mésintelligence constante et en hostilité toujours ouverte, cherchant continuellement à se nuire, quitte à être les premiers victimes de leurs rivalités inquiètes et jalouses. Au lieu de songer à s'entendre sur la direction des biens, ils agissent, chacun de son côté, sans autre but que celui

(1) L. 2, C. *Quandò et quibus quarta*, 10-34.

de se paralyser mutuellement. Les actes de l'un semblent à l'autre des usurpations de son droit : de là des discussions, des procès sans nombre et sans fin. Pendant ce temps, l'administration languit sans impulsion et sans initiative, et les biens tombent en souffrance. Telle est l'indivision avec ses conséquences les plus habituelles, nuisible à la famille dont elle amène la désunion et dont elle lèse les intérêts, nuisible à la société ainsi qu'à l'ordre public, intéressés à la concorde entre les particuliers et au développement de la richesse individuelle.

Considérée sous un autre rapport, indépendamment des résultats funestes qu'elle entraîne après elle, l'indivision, au point de vue du droit pur, a cet autre défaut qu'elle est essentiellement contraire à la nature du droit de propriété. Chacun des communistes, en effet, est propriétaire de chaque objet individis et de chaque partie de chaque objet, de sorte qu'il n'existe pas une molécule des biens communs dont un d'entre eux puisse se dire seul maître et qui n'appartienne en même temps à tous les autres. Or, retrouve-t-on là le caractère de ce droit réel par excellence, réunion de tous les droits réels, que l'on appelle la propriété ? La vraie propriété est la puissance la plus entière, la plus absolue qu'un homme puisse exercer sur une chose. Elle est par essence indépendante et exclusive ; elle ne peut recevoir ni restrictions, ni limites, sous peine d'être altérée dans son principe et de cesser d'être elle-même. Il semble donc que rien ne soit plus incompatible avec une telle puissance que l'état d'indivision avec ses droits incomplets et bornés.

Ainsi, de quelque façon qu'on l'envisage, l'indivision est une situation anormale et en général désavantageuse, dont on ne saurait trop se hâter de sortir : on en sort au moyen du *partage*.

Le partage, sous quelque forme qu'il se présente et quel que soit le caractère qu'on lui attribue, peut être défini d'une manière générale : l'acte qui fait cesser une indivision. Sans être, comme on l'a prétendu (1), le premier-né des contrats, il a néanmoins une antique origine. Il remonte à cette époque reculée où, suivant le récit de la Genèse, la confusion des langues força les fils de Noë à renoncer à la vie commune, pour aller peupler avec leurs descendants les différentes parties du monde. Ce fut la première et la plus solennelle application de cet acte qui, depuis, n'a cessé d'être d'un usage fréquent parmi les peuples.

Institution éminemment utile, destinée à porter remède aux troubles de l'indivision, le partage fut dans le Droit romain l'objet d'une protection spéciale. Les textes du Digeste et du Code s'accordent pour proclamer la nécessité d'y recourir. C'est ainsi que la loi dernière au Code *Communi dividundo*, donne à toute personne ayant des biens indivis le droit de le provoquer, quelle que soit l'intention des autres communistes à cet égard, et malgré leur opposition : « *In communione vel societate nemo compellitur invitus detineri.* » En vertu des mêmes principes, la loi 14, § 2 au Digeste, déclare nulle toute stipulation d'une indivision perpétuelle : « *Si conveniat ne omninò*

(1) Championnière, *Revue de Législation*, t. VII, p. 409. Liegeard. Mémoire couronné par la Faculté de Dijon, p. 2.

divisio fiat, hujusmodi pactum nullas vires habere manifestissimum est. » Etaient seules permises les conventions qui ne faisaient que suspendre le partage pendant un certain temps, parce qu'il pouvait y avoir quelquefois un intérêt véritable pour les parties à garder la chose en commun.

Le Droit français a favorisé et encouragé de la même manière l'opération du partage : « Nul ne peut être contraint, dit l'article 815 Code Napoléon, à demeurer dans l'indivision, et le partage peut être toujours provoqué, nonobstant prohibitions et conventions contraires. » Puis il ajoute : « On peut cependant convenir de suspendre le partage pendant un temps limité ; cette convention ne peut être obligatoire au-delà de cinq ans, mais elle peut être renouvelée. » Ainsi, le tempérament introduit par les lois romaines a été accepté par le législateur moderne, avec cette différence toutefois, que le terme pendant lequel on pouvait retarder le partage n'avait, en Droit romain, aucune limitation précise, tandis que, chez nous, le délai fixé par la convention ne peut dépasser cinq ans.

En résumé, les jurisconsultes romains et les rédacteurs du Code Napoléon ont traité le partage avec une faveur égale. Mais la manière dont ils l'ont envisagé n'a pas été la même, et c'est cette différence dans le caractère que les uns et les autres lui ont attribué, que nous nous sommes proposé de rechercher, avec les conséquences diverses qui en résultent dans les deux législations.

Constatons tout d'abord que c'est à l'histoire que nous devrons demander le secret et l'explication de cette diffé-

rence. Nous verrons comment le partage, acte essentiellement translatif de propriété d'après les principes romains, s'est modifié et transformé peu à peu sous les efforts des jurisconsultes du moyen-âge, et est passé, ainsi dépouillé de son premier caractère, dans le Code Napoléon.

PREMIÈRE PARTIE.

DE LA NATURE DU PARTAGE EN DROIT ROMAIN.

(Partage translatif)

§ 1.

Partage de la copropriété indivise.

A une époque antérieure à la loi des Douze Tables, mais dont il est impossible de préciser la date, une action de la loi, la plus ancienne après celle du *sacramentum*, la *judicis postulatio*, avait pris naissance. Cette action, suivant l'opinion la plus vraisemblable, s'appliquait en général à tous les litiges où une estimation était nécessaire, et en particulier au cas où il y avait lieu à définir et à fixer une propriété indéterminée ou incertaine, lorsque, par exemple, il s'agissait de diviser des biens communs ou d'arrêter les limites mal tracées de deux héritages voisins (1). C'est dans la *judicis postulatio* que se rencontrent, en Droit romain, les premières traces du partage.

(1) Cic. *pro Cœc.* c. 7. — Paul sent., liv. I, tit. XVIII, § 1, 3 et 4, L. I, D. 10, 2.

Mais on ne saurait affirmer, tant les données sont vagues sur ce point, quel était, dans cette période, son véritable caractère. Cependant certains Fragments du Digeste, ainsi que des passages de Festus et de Cicéron, porteraient à penser que ce caractère fut de bonne heure tel qu'on le retrouve plus tard.

Lorsque le système formulaire eût prévalu, la *judicis postulatio* cessa d'être en usage, et une nouvelle procédure du partage s'organisa dans les actions *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo et finium regundorum*. Dans chacune de ces actions, la formule, qui est composée de trois parties dans les actions ordinaires, en comprend une quatrième qui précède la *condemnatio* et suit immédiatement l'*intentio*. Cette quatrième partie est l'*adjudicatio* que nous trouvons ainsi formulée dans Gaius (1) : « *Quantum adjudicari oportet judex adjudicato.* » Par l'*adjudicatio*, le préteur investit le juge de pouvoirs très étendus. Celui-ci a un droit d'attribution dont il use comme bon lui semble. Sans doute il doit se montrer conciliant et se conformer aux désirs des copropriétaires : « *Judicem, in prædiis dividundis, quod omnibus utilissimum est vel quod malint litigatores, sequi convenit.* » Mais ce n'est là qu'un simple conseil que la loi lui donne. La seule obligation qu'elle lui impose, c'est le respect des droits des divers communistes ; quant aux moyens propres à exécuter cette obligation, elle s'en remet entièrement à lui et en laisse le choix à son appréciation personnelle. Il peut donner

(1) Com. IV, § 42.

indifféremment toute la chose à l'un, à la charge de payer une indemnité à l'autre, ou bien, si cela est possible, diviser le bien commun, de manière à ce que chacun des ayant-droit obtienne sur ce bien une part égale à celle qui lui est due. Il lui est permis aussi, lorsqu'il s'agit d'un héritage à partager et qu'une part lui semble trop forte, de la grever d'une servitude au profit de l'autre plus faible, afin qu'un juste équilibre se fasse (1). Enfin il pouvait aller jusqu'à attribuer l'usufruit à l'un des copropriétaires en réservant aux autres la nue-propriété.

Dans tous ces cas, le juge opérait, d'après les principes du Droit romain, une véritable translation de propriété. L'*adjudicatio* figurait parmi les modes d'acquérir : « *Adjudicatione dominia nanciscimur*, dit Ulpien, *per formulam familiæ erciscundæ quæ locum habet inter cohæredes, et per formulam communi dividundo cui locus est inter socios* (2). » La loi 7 au Code *Communia utriusque judicii*, contenait cette disposition formelle : « *Divisionem prædiorum vicem emptionis obtinere placuit* (3); et Cujas, en commentant la loi 2, au Code *De fundo dotali*, s'exprimait en ces termes : « *Est autem omnis alienatio, omnis actus, per quem dominium transfertur. Ergo etiam alienationis nomine continetur divisio fundi communis, et actio communi dividundo, per quam pervenitur ad divisionem et commutationem partium.* »

C'est qu'en effet, si l'on envisage bien le résultat d'une

(1) L. VI, § 1, *De usufr. et quemadmodum.*

(2) Ulp. tit. XIX, § 16.

(3) Voyez encore les lois 77, § 18, *Dig. de legatis et fideicommissis.* — L. 20, § 3 *in fine, D. fam. ercisc.*

telle opération, il est impossible de ne pas reconnaître qu'elle emporte un dessaisissement; il est impossible de ne pas voir qu'elle fait perdre à chaque copropriétaire le droit général de propriété et de jouissance qu'il avait sur tous les biens compris dans l'indivision, pour le réduire à un droit spécial, sur une portion déterminée de ces mêmes biens. Prenons un exemple : Un champ appartient à trois héritiers, *Primus*, *Secundus* et *Tertius* : si on en prend un grain de sable, quelque imperceptible qu'il soit, et qu'on demande à qui il appartient, chacun des héritiers pourra répondre : « Cette chose est à moi. » Le partage survient-il ? Un changement s'opère. Le juge attribue-t-il la totalité du champ à *Primus* ? Il y a pour celui-ci acquisition de la part de *Secundus* et de celle de *Tertius*. Adjuge-t-il une part égale à chacun ? Il s'opère encore ici un déplacement de propriété, car chacun, en retour de ce droit exclusif qu'il acquiert sur une portion du champ jadis commun, abandonne à chacun des autres les droits qu'il avait avant le partage, sur les portions qui servent à former leurs lots; il y a autant d'acquisitions et d'aliénations simultanées qu'il y a de parts à faire, de communistes à lotir.

Tel est le phénomène juridique qui s'opère dans le partage considéré attentivement. Il semble donc que les jurisconsultes romains, en attribuant à cet acte un effet translatif, n'ont fait que constater l'existence d'un fait réel (1). Il n'y a, à cet égard, aucune distinction à établir

(1) Une vive controverse s'est élevée sur la question de savoir si le partage, en Droit romain, était un échange ou une vente. (Championnière, *Revue de Législation*, tome VII, p. 13.)

entre le partage judiciaire et le partage amiable. Le second, comme le premier, contenait à Rome une aliénation, et il entraînait les mêmes conséquences. Seulement la translation de propriété s'accomplissait, dans le partage amiable, par les modes ordinaires, tels que la mancipation, la tradition ou la *cessio in jure*, tandis que dans le partage judiciaire, cette translation résultait d'un mode spécial et inhérent à ce genre de partage, l'*adjudicatio*.

Du caractère translatif du partage résulte la solution de la difficulté relative à la nature des actions *familiæ erciscundæ* et *communi dividundo*. Ces actions *quæ mixtam causam habere videntur*, sont personnelles, si on les examine au point de vue de leur nature. Elles aboutissent, en effet, à une translation de propriété ; les copartageants ne se fondent pas, en les exerçant, sur un droit réel, mais sur le droit personnel résultant du quasi-

L'incertitude vient de l'antinomie qui existe entre les textes à ce sujet. C'est ainsi que la loi 77, § 18, Dig. *de Legatis* 2°, donne au partage le nom de vente, *permutatio*, tandis que la loi 1, au Code; *Comm. utr.* assimile ce contrat à la vente. Plusieurs moyens de concilier cette antinomie ont été tentés par les commentateurs. Dans ces derniers temps, un auteur, d'ailleurs fort estimable, M. Liegeard, a émis sur ce point une opinion nouvelle. Suivant lui, « le partage était tantôt un échange, tantôt une vente, tantôt il était l'un et l'autre. Il était échange, dans le partage en nature, vente dans la licitation, échange et vente au cas de soulte. » Cette explication, qui peut paraître au premier abord arbitraire, porte cependant en elle un certain caractère de vraisemblance, et nous ne serions pas éloignés de l'adopter. — Cette question du reste ne peut nous intéresser que faiblement : que les cessions et acquisitions renfermées dans le partage constituent un échange ou une vente, peu nous importe : il nous suffit que ces cessions et acquisitions existent.

contrat d'indivision (1). Si donc les textes les qualifient d'actions mixtes, ce ne peut être qu'à un autre point de vue ; et nous pensons que c'est au point de vue des pouvoirs du juge, investi dans ces cas, et du droit de condamnation et du droit d'adjudication, droits qu'il n'avait qu'isolément dans chacune des actions personnelle et réelle (2).

Entre les différents modes de transmission de la propriété en droit romain, au nombre desquels elle figure, l'*adjudicatio* semble avoir eu certains avantages particuliers. Ainsi, tandis que la *mancipatio* et la *cessio in jure* ne pouvaient produire aucun effet matériel, si elles n'étaient suivies de la tradition, l'*adjudicatio*, au contraire, se suffisant à elle-même, opérait, par sa propre force et de plein droit, la translation de propriété des objets indivis. Elle avait encore une autre utilité : plus générale que la mancipation et la tradition, spéciales toutes deux, la première aux choses *mancipi*, la seconde aux choses *nec mancipi*, elle pouvait indifféremment s'appliquer aux unes et aux autres (3).

L'*adjudicatio*, avons-nous dit, était suivie, dans la formule du préteur, d'une *condemnatio*, en vertu de laquelle le juge devait, après avoir adjugé, prononcer une condamnation. C'était là une prescription dont la mise en pratique ne laissait pas quelquefois d'être embarrassante. Qu'on suppose un fonds à partager entre *Primus* et

(1) Inst. *De oblig. ex contr.*, liv. III, tit. XXVII, § 3. — L. 1. C. 10-1.

(2) Inst. *De actionibus*, liv. IV, tit. VI, § 20. — Themis, t. 5, p. 368. Bonjean, *Traité des Actions*, t. 2, p. 234.

(3) Ulp. tit. XIX, § 16.

Secundus : le juge pouvait adjuger le fonds tout entier à *Primus*, et il condamnait celui-ci à payer à son copartageant une somme représentative de sa part dans l'immeuble; jusque là l'exécution de la formule ne souffrait aucune espèce de difficulté. Mais lorsque le juge, au lieu d'attribuer à l'un la totalité de la chose indivise, la partageait entre chacun d'eux en portions inégales, alors une double condamnation devait être prononcée, l'une plus forte contre celui qui avait la part la plus considérable, l'autre plus faible contre celui dont le lot était moins étendu. C'était là une conséquence bizarre à laquelle conduisait l'application rigoureuse de la formule. Mais, si cette conséquence fut admise à l'origine, la jurisprudence ne tarda pas à y remédier, et la loi 52, § 2, Dig. *famil. ercisc.*, déclare, en termes formels, que le juge pouvait, dans une semblable circonstance, compenser entre elles les condamnations, de manière à ce que celui des copartageants auquel la plus grande partie des biens communs avait été adjugée, eût seul à débourser, pour l'acquittement de la soulte dont il restait débiteur : « *Arbiter familiæ erciscundæ inter me et te sumptus*, » dit Julien, « *quædam mihi, quædam tibi adjudicare volebat : pro his rebus alterum, alteri condemnandos esse intelligebat. Quæsitum an possit, pensatione ultrò citròque condemnationis factâ, eum solum cujus summa excederet, ejus duntaxat summæ, quæ ita excederet, damnare ? Et placuit posse id arbitrum facere.* » Il n'est pas question dans ce texte de l'hypothèse où le fonds commun aurait été divisé en parts égales. Mais il est probable que, dans ce cas, il n'était

jamais prononcé de condamnation, puisque aucune indemnité n'étant due, cette condamnation eût été inutile et sans objet. Quoi qu'il en soit d'ailleurs des formes de l'*adjudicatio*, le fonds de sa nature reste le même : elle est un acte éminemment translatif, et c'est ce qu'il nous importe surtout de constater.

Les démembrements de la propriété, comme la propriété elle-même, pouvaient être l'objet de l'*adjudicatio*.

C'étaient d'abord les servitudes prédiales, et plusieurs textes au Digeste en font foi. Mais la constitution de ces servitudes était limitée aux biens qui se trouvaient faire l'objet du partage ; de sorte que le juge n'aurait pu, par exemple, constituer sur un fonds héréditaire un *iter* ou un *actus* au profit d'un fonds non héréditaire, et réciproquement. Bien plus, lors même qu'il s'agissait de deux immeubles se trouvant compris dans le même partage, il fallait, pour que la servitude fût valablement établie, qu'elle le fût dans le cours même de l'*adjudicatio* et non pas après coup. « Le juge n'aurait donc pas pu, nous dit la loi 22, § 3. *famil. ercisc.*, après avoir adjugé un fonds purement et simplement, créer ensuite une servitude sur ce fonds. »

La constitution de cette espèce de servitudes présentait en outre ce caractère particulier qu'elle n'était susceptible d'aucune espèce de modalité limitative. La servitude prédiale étant un droit appartenant à un héritage sur un autre héritage, droit qui n'était pas attaché à la personne, mais à la qualité de propriétaire, quel que fût celui qui s'en trouvait revêtu, était de sa nature essen-

tiellement perpétuelle, et ce caractère de permanence est indiqué dans les textes par les mots *causa perpetua*. On comprend donc facilement qu'elle ne pût être constituée pour un temps déterminé ou jusqu'à l'accomplissement d'une condition « *usque ad tempus, neque ad certam conditionem.* »

La même raison n'existait pas à l'égard du *dies à quo* ou de la condition *ex quâ*; car ces modalités ne pouvaient rien enlever à la servitude de son caractère permanent: jusqu'au jour fixé, jusqu'à l'avènement de la condition, elle n'avait pas encore pris naissance; et dès ce jour, dès cet avènement, elle était entière et sans limites dans sa durée. Il semble par conséquent que la constitution de la servitude prédiale, dans ce cas, devait être considérée comme parfaitement permise. Toutefois il résulte du § 49 *fragm. Vatic.* que cette question avait donné lieu à controverse, et le jurisconsulte Paul, auteur de ce passage, se prononce dans le sens de la prohibition, tandis qu'Ulpien, dans un texte au Digeste, adopte formellement l'opinion contraire. « *An in jure cedi,* » dit le premier, « *vel an adjudicari, variatur; videamus ne non possit.* » Et le motif qu'il en donne est digne de remarque: « *Quia nulla legis actio prodita est de futuro.* » Ainsi ce ne serait plus, comme pour le terme *ad quem* et la condition *ad quam*, une raison particulière tirée de la nature des servitudes prédiales, qui aurait fait rejeter par les partisans de ce système la condition *ex quâ* et le *dies ex quo*, mais une raison générale commune à toutes servitudes, personnelles ou pré-

diales (1), et tirée du caractère originaire de certains modes de constitution, tels que la *cessio in jure* ou l'*adjudicatio*. Ces deux modes étaient l'un et l'autre une reproduction de deux actions de la loi. La *cessio in jure* avait été calquée sur l'ancienne action *sacramenti*, et l'*adjudicatio* était un emprunt de la *judicis postulatio* qu'elle avait remplacée dans le système formulaire. Or les actions de la loi, expression du droit strict et formaliste de Rome, étaient, pour ainsi dire, toutes d'une pièce ; elles n'admettaient aucune complication de terme ni de condition ; elles ne pouvaient conférer que des droits actuels, jamais des droits futurs. Par une réminiscence dont le droit romain fournit plus d'un exemple , on appliqua à la *cessio in jure* et à l'*adjudicatio*, images de deux actions de la loi , les principes qui régissaient autrefois ces actions ; et l'on conçoit alors comment certains jurisconsultes dont Paul était du nombre, se plaçant à ce point de vue, soutinrent que les servitudes, soit prédiales, soit personnelles, ne pouvaient être constituées par *adjudicatio* avec la condition *ex qua* ou le *dies a quo* (2). Quoi qu'il en soit, les modalités dont

(1) C'est même à propos de la constitution de la servitude personnelle d'usufruit, que Paul élève le doute sur la validité d'une constitution par *adjudicatio*, avec la condition *ex qua* et du *dies a quo*. frag. Vatic. § 49.

(2) Monsieur Pellat, dans ses *Principes généraux sur la propriété*, p. 55, n'admet pas la raison historique donnée par Paul ; suivant lui, le juge ne pouvait affecter l'*adjudicatio* des servitudes d'une modalité qui en retardât l'existence, parce qu'il n'était chargé, dans le partage, que de constater des droits actuels. C'est là une opinion directement contraire à la théorie romaine de l'effet translatif. Le juge, dans l'*adjudicatio* ne constatait pas seulement des droits existants, il en créait de nouveaux, par exem-

nous parlons étaient reconnues valables en droit prétorien. Le préteur, interposant son autorité, permettait de faire valoir ces clauses accessoires par l'exception de pacte ou de dol; et c'est ce qui explique, suivant nous, ces paroles d'Ulpien : « *Ususfructus et ex certo tempore et usque ad certum tempus et alternis annis adjudicari potest.* »

Les servitudes personnelles pouvaient, comme les précédentes, faire l'objet d'une attribution de la part du juge : « *Officio judicis etiam talis adjudicatio fieri potest ut alteri fundum, alteri usumfructum adjudicet.* (1) » Le texte ne parle que de l'usufruit. Il en était de même de l'usage et de l'habitation; car ils se constituaient de la même manière que l'usufruit. Néanmoins, ces droits étaient le plus souvent octroyés par testament, et sur les vingt-trois fragments qui composent le titre *de Usu et Habitatione* au Digeste, il n'y en a qu'un, le premier, qui suppose l'usage établi autrement que par acte de dernière volonté. L'usufruit était donc dans le partage romain, la servitude personnelle dont la constitution était la plus fréquente. L'étendue de cette constitution pouvait varier, et le juge attribuait, suivant les cas, un quart, un tiers, une moitié de l'usufruit, soit même l'usufruit tout entier.

Aux termes de la loi 16, § 1, lorsque dans le partage

ple, lorsque, pour établir l'égalité, il constituait une servitude au profit du copartageant moins avantageusement loti. On conçoit donc qu'il eût parfaitement pu les soumettre aux modalités dont parle le § 49, fr. Vatic., s'il n'y eût pas eu un motif, tel que celui que donne Paul, qui s'y fût opposé.

(1) L. x, § 1, Dig. *Communi dividundo.*

d'un immeuble entre deux copropriétaires, la nue-propriété avait été donnée à l'un et l'usufruit à l'autre, le communiste devenu nu-propriétaire n'avait aucun droit sur l'usufruit, lequel restait tout entier à l'usufruitier créé par le juge. D'autre part, la loi 19 *de Usu et Usufructu*, supposant un testateur qui a légué à une personne *fundum* et à une autre personne l'usufruit de ce fonds, dit que la première aura droit, en outre de la nue-propriété, à la moitié de l'usufruit, tandis que l'autre ne pourra réclamer que l'autre moitié de cet usufruit. La contradiction qui paraît exister entre ces deux textes n'est qu'apparente, car ils prévoient chacun des situations différentes. Un testateur est présumé avoir voulu que son legs soit de quelque utilité au bénéficiaire; or le legs de la nue-propriété peut ne procurer aucun bénéfice au légataire, par exemple s'il meurt avant l'usufruitier. On supposait donc, à Rome, dans le cas d'un legs de cette nature, que le *de cujus* avait entendu attribuer en même temps que la nue-propriété, la moitié de l'usufruit; et tel est le sens de la loi 19. Dans la loi 16 au contraire, c'est une indivision que l'on a voulu faire cesser, et le juge, pour arriver à cette fin, a attribué l'usufruit à l'un, la nue-propriété à l'autre. Or n'eût-il pas été contraire au but du partage de permettre au nu-propriétaire de jouir en commun avec l'usufruitier, et n'était-ce pas revenir ainsi à cette indivision dont on avait eu hâte de sortir? Telle est la considération qui a inspiré la disposition renfermée dans ce texte et qui explique l'opposition qu'il paraît présenter au premier abord avec la loi 19.

La constitution de l'usufruit par le juge était-elle pos-

sible dans tous les cas ? L'affirmative à cette question ne pouvait être douteuse avant la découverte des Fragments du Vatican. Mais elle ne saurait aujourd'hui se soutenir, en présence du § 47 de ces mêmes Fragments. D'après ce passage, l'usufruit ne pouvait être constitué que dans un *legitimum judicium*, c'est-à-dire lorsque l'instance en partage se tenait à Rome ou dans un rayon d'un mille autour de Rome, entre citoyens romains et devant un seul *judex* romain. L'action venait-elle, au contraire, à être portée devant une juridiction éloignée de plus d'un mille de Rome, la décision était-elle confiée à des récupérateurs ou même à un juge non citoyen romain, se trouvait-il quelques pérégrins parmi les demandeurs en partage ? dans tous ces cas, aucun usufruit ne pouvait faire l'objet de l'*adjudicatio* ; car on ne se trouvait pas dans le *judicium legitimum* ; il n'y avait que *judicium imperio continens*.

Telle était la condition essentielle à laquelle était subordonnée l'attribution de l'usufruit dans le partage judiciaire, en droit romain. Les Fragments du Vatican ont été, sur ce point, une véritable révélation ; mais elle n'a pas été complète, et le § 47, ne faisant allusion qu'à l'usufruit, laisse incertaine la question de savoir si la nécessité d'un *judicium legitimum* existait pour l'adjudication de la pleine propriété. Il nous semble, quant à nous, que, n'y eût-il que l'analogie existant entre la constitution de l'usufruit, démembrement de la propriété, et l'attribution de cette propriété elle-même, cette analogie à elle seule suffirait pour amener cette conclusion que, dans un cas comme dans l'autre , l'instance devait être légitime. Mais n'est-il pas évident d'ailleurs que la disposition qui défend la

constitution de l'usufruit autrement que par *judicium legitimum*, avait été faite en vue du partage et non de l'usufruit? La distinction entre les *judicia legitima* et les *judicia imperio continentia* avait, en effet, son origine dans ce fait qu'on avait attaché au sol de Rome et au Milliarium qui l'entourait une sorte de caractère solennel se reflétant sur les actes qui pouvaient s'y passer. Or, quel acte, plus que le partage, méritait, par sa gravité et l'importance de ses effets, de recevoir cette empreinte de solennité ? Et n'est-il pas dès lors facile de s'expliquer qu'il eût été de bonne heure assujetti à la formalité du *judicium legitimum*, sans qu'il y eût à distinguer entre l'usufruit et la pleine propriété? Cette opinion reçoit un nouvel appui de la loi 44, § 1, *famil. ercisc.*, dans laquelle il est dit qu'après un jugement en partage d'hérédité ou en division d'une chose commune, le préteur donne des exceptions ou des actions, pour l'exécution des adjudications auxquelles ces partages auront donné lieu : « *Adjudicationes prætor tuetur exceptiones aut actiones dando.* » Comprendrait-on cette intervention du préteur, si l'on n'admettait pas qu'il s'agit ici d'une *adjudicatio* faite dans un *judicium imperio continens*, et ne pouvant produire d'effet qu'avec l'aide du droit prétorien ?

Sous Justinien, la division des instances n'existe plus, et le droit civil, d'accord avec l'ancien droit du préteur, reconnaît tous partages, qu'ils aient été faits à Rome ou dans les provinces, entre citoyens romains ou entre étrangers.

L'usufruit étant un droit essentiellement temporaire, pouvait être limité dans l'*adjudicatio* par un terme ou une

condition, à l'inverse des servitudes prédiales qui, faisant impression sur un fonds et non sur une personne, étaient perpétuelles de leur nature. Mais l'*adjudicatio* de l'usufruit, pas plus que celle des servitudes prédiales, n'eût pu contenir une modalité qui vînt suspendre pour un temps l'existence de l'usufruit, telle que la condition *ex quâ* ou le terme *à quo*. La raison de la prohibition prise dans le rapport de l'*adjudicatio* avec une ancienne action de la loi existait également, comme nous l'avons vu, pour ces deux classes de servitudes, et par conséquent la prohibition devait leur être commune (1). Le terme *à quo* et la condition *ex quâ*, insérée lors d'un partage, à la constitution d'un usufruit, étaient donc réputées non écrites en droit civil, sauf la reconnaissance et la protection du droit prétorien.

§ II.

Partage des démembrements de la propriété.

La propriété n'était pas seule l'objet de l'indivision ; celle-ci pouvait aussi s'appliquer à ses démembrements. Le titre *Communi dividundo* au Digeste cite à ce sujet l'usufruit et l'usage. Mais ces droits, tenant essentiellement à la personne, étaient par leur nature intransmissibles et incessibles; leur partage ne pouvait donc avoir le caractère d'une transmission de propriété, et l'effet translatif ne pouvait dès lors recevoir ici aucune application. Le juge,

(1) *Fragm. Vaticana*, § 49.

tantôt divisait le fonds soumis à l'usufruit en *regiones*, et attribuait à chaque copartageant l'usufruit de chaque *regio*; tantôt il procédait par location, soit à un tiers, soit même à l'un des copartageants entre lesquels devait se répartir le prix du bail. Cette manière d'opérer ne dut être possible, dans l'origine, que pour l'usufruit; elle n'aurait pas pu s'appliquer à l'usage qui n'était pas susceptible d'être loué; c'était là un grand inconvénient, puisque le juge devait se voir souvent, à défaut d'autre moyen, dans la nécessité de refuser le partage. Aussi le droit prétorien avait-il, dans ce cas, fait fléchir la rigueur des principes et permis de partager l'usage de la même manière que l'usufruit: « *Sed Prætor interveniet et rem emendabit; et si judex alteri usum adjudicaverit, non videatur alter, qui mercedem accepit, non uti; quasi plus faciat qui videtur frui; quia hoc propter necessitatem fit* (1). D'autres fois les parties s'entendaient amiablement et convenaient que chacun jouirait alternativement de la chose dont l'usufruit était commun, pendant un temps déterminé et à la charge de donner caution.

Telle était l'*adjudicatio*, appliquée à l'usage et à l'usufruit: une opération *sui generis*. C'était un partage de fait qui intervenait plutôt qu'un partage de droit, et l'on avait recours à des combinaisons particulières pour suppléer au véritable partage juridique, dont l'application était rendue impossible par la nature même de la chose qui se trouvait dans l'indivision.

(1) L. 10, 1, *Comm divid.*

§ III.

Partage des créances.

Nous avons constaté que l'effet translatif résultant du partage des objets corporels en Droit romain, ne se rencontrait pas dans le partage des objets incorporels, démembrements de la propriété. Il n'existait pas davantage pour les créances. Celles-ci, comme l'usufruit et l'usage, étaient incessibles, et ne pouvaient pas plus qu'eux se prêter à une translation de propriété. Mais là s'arrêtait l'analogie. Le partage de l'usage et de l'usufruit, c'est-à-dire l'opération qui en tenait lieu, se faisait après coup comme le partage de la propriété, et était destinée à mettre un terme à l'indivision. Le partage des créances au contraire suivait immédiatement soit la mort du *de cujus*, lorsqu'il s'agissait d'une succession, soit l'extinction de la personne juridique, lorsqu'il s'agissait de la dissolution d'une société ou d'une communauté ; il ne résultait d'aucune convention, d'aucune décision judiciaire, il avait lieu de plein droit : « *Ea quæ in nominibus sunt*, nous dit une constitution de Gordien, *non recipiunt divisionem, cum ipso jure in portiones hereditarias ex lege tabularum divisa sunt* (1). » Les créances se répartissaient d'elles-mêmes entre les divers héritiers ou associés, qui chacun avaient dans chacune d'elles une fraction correspondante à la part lui revenant dans la succession ou dans la société. L'indivision n'était donc pas possible entre les

(1) Const. 6, Code 3, 36.

divers cocréanciers; or c'était précisément la combinaison de cette indivision avec le partage, et la transformation des droits qu'elle avait créés en des droits nouveaux, qui produisaient l'effet translatif. On peut même dire qu'il n'y avait pas ici un véritable partage; car il n'y a partage que là où il y a lieu à faire cesser une indivision, et cette indivision ne pouvait exister pour les créances.

Inutile de dire que, par corrélation, les mêmes principes s'appliquaient aux dettes.

Cette division *ipso jure*, juste en elle-même, en ce qu'elle donnait aux communistes créanciers des chances égales, en les faisant participer tous au sort bon ou mauvais de chaque créance, et qu'elle exposait également tous les communistes débiteurs à la poursuite des divers créanciers ; cette division, dis-je, avait des inconvénients. Les morcellements qu'elle entraînait étaient fort incommodes. Que faisaient alors les copropriétaires ? Ils formaient, lors du partage des biens qui se trouvaient dans l'indivision, des conventions, en vertu desquelles les morcellements étaient évités. Toute une créance, par exemple, passait sur la tête d'un des copartageants, à la charge par lui de payer la totalité d'une dette dont la division de plein droit ne lui avait attribué qu'une partie. Il s'opérait, de cette manière, une véritable cession, et les règles ordinaires, concernant la vente des créances, étaient appliquées.

A Rome, nous le savons, la vente était parfaite par le seul consentement des parties, en ce sens qu'elle donnait à l'acheteur une action contre le vendeur, « *ut sibi habere liceat.* » Mais la perfection du contrat ne supposait pas la

translation de propriété. Pour opérer cette translation, il fallait un acte subséquent. Cet acte était la tradition pour la vente des choses matérielles ; et pour les choses incorporelles, telles que les servitudes, une quasi-tradition résultant de l'exercice de la servitude. Quant aux droits personnels ou créances, aucune espèce de tradition n'était possible. L'acheteur avait deux moyens pour en être investi ; le plus simple était d'éteindre la créance à l'égard du vendeur, en la faisant naître pour lui. Ce moyen consistait dans une novation, par laquelle le débiteur, sur l'ordre de son créancier, venait promettre, par une stipulation, ce qu'il devait à l'acheteur de la créance ; c'était ce qu'on appelle une *délégation parfaite*. Mais il pouvait arriver que le débiteur refusât de se prêter à cet arrangement, et la délégation ne pouvait, en ce cas, produire aucun effet. On prenait alors une autre voie : le créancier originaire donnait mandat à l'acheteur de sa créance de poursuivre le débiteur ; le cessionnaire faisait les poursuites au nom du cédant, mais il recevait pour lui-même le paiement de la créance. Au lieu d'être, comme il arrive en général, mandataire dans l'intérêt du mandant, il l'était dans son propre intérêt, *procurator in rem suam*. « *Nec* » *tamen scilicet*, dit la loi 3, *Famil. ercisc*, *hæc attri-* » *butio illud efficit ut quis*, *solus totum debeat vel totum* » *alicui soli debeatur*, *sed ut*, *sive agendum sit*, *partim* » *suo partim procuratorio nomine agat*, *sive cum eo aga-* » *tur*, *partim suo partim procuratorio nomine conveniatur :* » *nam licet libera potestas esse maneat creditoribus cum* » *singulis experiundi*, *tamen et his libera potestas est suo*

» *loco substituendi eos, in quos onera actionis officio*
» *judicis translata sunt.* »

Tels étaient les procédés qu'employaient les copartageants, lorsqu'ils voulaient modifier la distribution des créances opérée par la division *ipso jure*. Cette modification pouvait aussi être l'œuvre du juge, et elle se faisait alors de la même manière que quand elle était le résultat d'une entente amiable. « *Planè ad officium judicis nonnun-*
» *quam pertinet, ut debita et credita singulis pro solido,*
» *aliis alia attribuat, qui sæpè et solutio, et exactio,*
» *partium non minima incommoda habet.* »

Dans cette transmission, dans cette cession de créances à laquelle on recourait pour éviter les morcellements, il faut bien se garder de voir les traces de l'effet translatif du partage. Les créances, nous l'avons dit, étaient divisées de plein droit au moment où elles passaient sur la tête des communistes ; et si, dans le partage amiable ou judiciaire qui intervenait postérieurement, elles étaient l'objet de transmissions et d'attributions, c'était là le résultat de conventions particulières et non la conséquence du partage lui-même, uniquement destiné à faire cesser l'indivision des objets corporels et qui ne pouvait s'appliquer aux créances, dont la division avait eu lieu antérieurement.

CHAPITRE II.

Conséquences du caractère translatif du partage.

Nous avons signalé le caractère du partage tel qu'il existait à Rome. Nous pouvons dire d'une manière générale que c'était un acte translatif. Nous ne comprenons pas, en effet, sous la dénomination de partage ces divisions particulières et *sui generis*, que nous avons constatées pour les créances, l'usufruit et l'usage, et qui n'échappaient à l'effet translatif que parce qu'elles ne constituaient pas un vrai partage, mais seulement cet acte juridique, produit de l'indivision, qui, appliqué à la copropriété indivise, mettait un terme à la confusion des droits des divers propriétaires, en attribuant à chacun d'eux un droit sur une partie déterminée de l'objet commun, ou à son défaut un équivalent pécuniaire. Ainsi entendu et compris, notre contrat nous apparaît, dans la législation romaine, avec la physionomie d'une véritable aliénation : il contient des cessions et des aliénations réciproques. Il s'ensuivait, comme une conséquence toute naturelle, que les principes régissant les aliénations lui étaient également applicables.

§ I.

Capacité des copartageants.

Les copartageants étaient soumis aux mêmes règles de capacité que les vendeurs. Les mêmes personnes qui ne

pouvaient vendre ne pouvaient davantage partager. Le mari, par exemple, à qui un immeuble indivis avait été donné en dot, ne pouvait en provoquer le partage, parce que cet immeuble était inaliénable : il avait seulement le droit d'être défendeur à l'action, lorsqu'elle était intentée par un autre copropriétaire. C'est ce que nous atteste une loi de l'empereur Gordien : « *Mariti qui fundum communem cum alio in dotem inæstimatum acceperunt, ad communi dividundo judicium provocare non possunt, licet ipsi possint provocari* (1). »

La même prohibition s'appliquait au mineur, incapable d'aliéner ses immeubles sans un décret du préteur et auquel ce même décret était nécessaire pour procéder au partage. Il avait, du reste, comme le mari, capacité pour répondre à l'action.

§ II.

Actions résultant du partage.

Comme toute aliénation, le partage était protégé par une action en garantie (2). Chaque copartageant pouvait recourir contre l'autre, lorsqu'il venait à subir une évic-

(1). L. 2, C. *De fundo dotali*, liv. XXIII, tit. 5.

(2) L. 7, *Princ. Dig. De rebus eorum qui, etc...* (Livre XXIII, titre 9).

tion sur le lot à lui échu, de la même manière que l'acheteur évincé recourait contre son vendeur qui lui avait promis une jouissance paisible de la chose vendue, et lui réclamait une indemnité. Ce recours s'exerçait au moyen de l'action *ex stipulatu*, si les parties avaient fait la *stipulation dupli*, et dans les cas où cette stipulation n'était pas intervenue, par l'action *ex empto* (1). On trouve aussi mentionnée dans les textes, l'action *præscriptis verbis* dont on usait lorsque le partage présentait les caractères d'un échange plutôt que ceux d'une vente (2).

Comment se faisait le calcul de l'indemnité? c'est-à-dire à quelle époque se plaçait-on pour en fixer le montant? Etait-ce au moment du partage, ou bien au moment de l'éviction? Il ressort des termes de la loi 66, § 3 Dig. *De evictionibus*, que l'on se reportait à cette dernière période : « *Divisione inter coheredes factâ, si procurator absentis interfuit et dominus ratam habuit, evictis prædiis in dominum actio dabitur, quæ daretur in eum qui negotium absentis gessit, ut quanti suâ interest actor consequatur : scilicet ut melioris aut deterioris agri facti causâ, finem pretii, quo fuerat tempore divisionis æstimatus, deminuat vel excedat.* » Le copartageant évincé de sa part avait donc droit, non seulement au rétablissement de cette part, mais encore aux dommages et intérêts.

Dumoulin a refusé de reconnaître à la loi 66 cette

(1) L. 25, § 21, *Famil. Ercisc. Dig.* — L. 10, § 2, *Communi dividundo.* — L. 14, C. *Fom. Ercisc.*

(2) L. 7, Cod. *Communia utriusque.*

signification générale. Suivant lui, on ne saurait placer sur la même ligne l'acheteur et le copartageant évincés. L'acheteur qui se trouve dépouillé de l'objet vendu n'a rien à s'imputer; toute la faute est à son vendeur qui aurait dû savoir et le prévenir que la chose appartenait à autrui : on conçoit donc que, pour fixer son indemnité, on tienne compte de l'augmentation de valeur qu'avait subie la chose entre ses mains, depuis la vente. Mais il ne serait pas juste de traiter de la même manière le copartageant qui doit s'en prendre à lui-même autant qu'aux autres de son éviction, et aurait pu tout aussi bien qu'eux, savoir que l'objet mis dans son lot n'était pas compris dans l'indivision. La loi 66, il est vrai, accorde des dommages et intérêts au copartageant, mais elle veut parler, pense Dumoulin, d'un copartageant qui n'a, à l'égard de l'éviction, aucun reproche à se faire (1). Nous ne croyons pas, pour notre compte, devoir adopter l'opinion du vieux jurisconsulte, car nous ne voyons rien dans la loi 66, qui puisse lui donner raison. Cette loi ne distingue pas; elle est formelle et absolue.

C'étaient donc encore ici les principes de la vente qui recevaient leur application. Cette application laissait peut-être quelque chose à désirer, sous le rapport de l'équité; mais elle avait du moins, en présence de l'effet translatif attribué au partage, l'avantage d'être logique.

En était-il de l'action en rescision comme de l'action

(1) Dumoulin, Traité *De eo quod interest*, n° 145. — Pothier, *De la vente*, n° 632.

en garantie? Bien qu'on ne trouve dans les textes aucun renseignement à ce sujet, on doit conclure que cette action était accordée pour le partage comme pour la vente, et qu'elle s'exerçait, dans l'un et l'autre cas, de la même manière (1). S'il y avait eu violence, dol ou erreur, elle prenait le caractère d'une restitution en entier. S'il s'agissait d'une lésion simple, cette lésion ne pouvait donner lieu à l'action en rescision, que s'il était démontré qu'elle dépassait la moitié de la part qui devait revenir au copartageant lésé. Du reste, l'autre copartageant, de même que le vendeur, pouvait sans doute éviter les conséquences de la rescision, en offrant de compléter le lot mal estimé.

§ III.

Prescription.

Le caractère translatif de partage, en Droit romain, en faisait un juste titre, pouvant fonder la prescription. Celui qui, en vertu de l'*adjudicatio*, avait reçu un objet appartenant à autrui, pouvait, par une possession continuée pendant un certain temps, en devenir propriétaire : « *Si per errorem de alienis fundis, quasi de communibus, judicio communi dividundo accepto ex adjudicatione possidere cœperim, longo tempore capere possum* (2). »

(1) L. 1, 2, 8, Cod. *De rescind. vendit.* 4. 44.

(2) L, 17, *De usurp. et usuc.* Dig liv. 141, tit. 3.

§ IV.

Droits concédés pendant l'indivision.

Du partage, tel qu'il était considéré à Rome, devait dériver nécessairement une autre conséquence importante relative aux droits consentis par les copropriétaires sur les immeubles indivis. Voyons d'abord cette conséquence, en ce qui concerne les hypothèques.

1° *Hypothèques.* — Lors du partage, la part indivise hypothéquée durant l'indivision passait aux copartageants avec la charge dont elle était grevée. Le partage, en effet, était une cession; or, il est de règle que l'on ne peut céder son droit que dans l'état où il se trouve, au moment de la cession, partant avec les hypothèques ou autres charges qui pèsent sur lui. Il en résultait donc que l'hypothèque créée sur la chose indivise, frappant tous les immeubles de la communauté, devait être supportée par tous les copartageants qui, au jour du partage, devenaient chacun propriétaires de certains de ces biens. La loi 6, § 8 *Comm. divid.* et la loi 7, § 4 Dig. *Quib. mod. pign.*, viennent à l'appui de cette déduction; la dernière qui est de Gaius est la plus précise : « *Illud tenendum est, si quis communis rei partem pro indiviso dederit hypothecæ, divisione factâ eum socio non utique eam partem creditori obligatam esse, quæ ei obtingit, qui pignori dedit, sed utriusque pars*

pro indiviso pro parte dimidia manebit obligata. » On voit de suite quels étaient les avantages d'une telle situation : les droits acquis étaient maintenus et sauvegardés. Les tiers qui, en vertu de l'hypothèque, avaient acquis sur chaque molécule de l'objet commun un droit réel, étaient admis à conserver ce droit, sur lequel ils avaient dû naturellement compter, puisque le communiste, en le leur cédant, n'avait usé que d'une faculté légitime, que lui donnait sa qualité de propriétaire. Mais ce système avait aussi ses inconvénients. Les copartageants, obligés d'accepter leurs parts telles qu'elles se trouvaient au terme de l'indivision , se voyaient exposés à les recevoir grevées de charges qu'ils n'avaient point eux-mêmes consenties, c'est-à-dire qu'ils étaient à la merci les uns des autres, sans autre garantie qu'un recours personnel, que pouvait rendre illusoire l'insolvabilité de ceux contre lesquels on avait à l'exercer. C'était là une conséquence fâcheuse ; aussi avait-on cherché à y porter remède.

Un premier moyen est indiqué par Julien dans la loi 6, § 8 précité : ce jurisconsulte est d'avis que l'*arbiter*, en attribuant à l'un des copropriétaires un objet qui est hypothéqué du chef de l'autre, doit, dans son estimation, se tenir au-dessous du prix véritable (*minoris æstimare*), à raison du préjudice que causera l'action du créancier. La loi 3, § 2, de Papinien : Dig. *Qui potior in pign.*, donne un second moyen. Cette loi suppose un fonds commun à deux frères, *Primus* et *Secundus*. *Primus* consent, pendant l'indivision, une hypothèque sur sa part indivise. Le partage intervient et chaque frère reçoit une part égale ;

l'hypothèque consentie par *Primus* frappe la moitié de sa part et la moitié de la part de *Secundus* qui se trouve ainsi chargée d'une hypothèque qu'il n'a pas consentie. Dans cette situation, nous dit le texte, les deux frères, pour compenser le préjudice que peut causer à *Secundus* la poursuite du créancier hypothécaire, peuvent convenir qu'une hypothèque existera au profit de ce même *Secundus* sur la moitié de la part de *Primus* qui est restée libre.

Ces deux remèdes n'étaient pas toujours efficaces. A Rome, en effet, les hypothèques manquaient d'un système régulier de publicité. Il pouvait arriver souvent que les parties ignorassent qu'elles avaient été consenties par leurs copartageants. Elles procédaient au partage dans cette ignorance ; de sorte que certains biens, grevés de charges considérables, étaient estimés comme s'ils eussent été parfaitement libres. Ceux à qui ils se trouvaient attribués sur cette estimation ne découvraient la cause d'inégalité qu'après le partage, alors qu'il n'était plus temps de la réparer, soit par une nouvelle estimation du juge, puisque la mission de celui-ci était finie, soit par une convention hypothécaire, puisque cette convention devait être faite dans l'instance en partage. Force était bien alors d'exercer des recours contre les copartageants, de subir la chance de leur insolvabilité : l'inconvénient signalé plus haut existait donc ici dans toute sa force.

Cette conséquence de l'effet translatif du partage relativement aux hypothèques en général , présentait un phénomène particulier et digne de remarque, lorsqu'elle s'appliquait à l'hypothèque légale du légataire. On sait

qu'en Droit romain, le droit que conférait cette hypothèque ne s'exerçait sur chaque héritier que jusqu'à concurrence de sa part dans la succession (1); et l'on sait aussi de combien de critiques l'article 1017 de notre Code Napoléon a été l'objet, parce qu'il décide, contrairement aux principes romains et par une fausse interprétation des Institutes (2), que les débiteurs d'un legs en sont tenus hypothécairement, non seulement dans la limite de l'action personnelle, mais pour le tout. Qu'arrive-t-il toutefois? C'est qu'en observant avec attention les résultats de l'effet translatif, on arrive à reconnaître qu'il entraînait quelquefois dans la pratique l'application pure et simple de la disposition tant critiquée contenue dans l'article 1017.

Primus, en mourant, laisse deux fils, *Secundus* et *Tertius*, et un légataire, *Quartus*, pour 50,000 francs. Sa fortune se compose d'un immeuble de 50,000 fr. et de valeurs mobilières s'élevant au même chiffre. Par suite du partage, *Primus*, l'un des héritiers, devient propriétaire exclusif de l'immeuble, tandis que *Secundus* reçoit en lot les valeurs mobilières.

Que se passe-t-il, dans cette hypothèse, en Droit français? *Quartus*, légataire, a, contre chacun des héritiers, une action personnelle et peut les poursuivre chacun pour 25,000 francs. Mais, comme en vertu de l'article 1017, l'immeuble de 50,000 francs échu à *Primus* est affecté pour le tout au paiement du legs, *Quartus* usant de son

(1) Code, L. I, *Comm. de leg.*
(2) Inst. § 32, *de Legatis.*

droit et trouvant plus commode de n'exercer qu'une seule poursuite, réclamera à *Primus* la somme entière de 50,000 qui lui a été léguée ; de sorte que *Primus* sera réduit à acquitter pour le tout la dette dont il n'est tenu personnellement que pour moitié.

Cette situation, faite par l'article 1017 C. N., à l'héritier détenteur de l'immeuble hypothéqué, était, en Droit romain, la conséquence de l'effet translatif. A Rome, comme chez nous, Primus eût été obligé, dans ce cas, de payer à Quartus la totalité de son legs, non plus parce qu'il était tenu hypothécairement pour le tout, mais parce qu'étant censé avoir acheté, par le partage, la part indivise de son cohéritier sur l'immeuble, part qui avait été comme la sienne frappée de l'hypothèque légale du légataire dès le commencement de l'indivision, il ne pouvait l'avoir acquise qu'avec les charges dont elle avait été grevée et partant avec cette hypothèque légale.

Ainsi, par suite du caractère attribué au partage et malgré les principes opposés de la théorie romaine à cet égard, le droit réel des légataires créé par la constitution de Justinien, était, dans notre hypothèse, identique à celui qui leur est accordé par le Code Napoléon. Il y avait, toutefois, cette différence que chez nous chaque héritier est tenu hypothécairement pour le tout *de son chef*, et ne peut se libérer qu'en payant le legs en entier ou en abandonnant la totalité du fonds ; tandis que, d'après le Droit romain, chaque héritier est tenu hypothécairement moitié de son chef, moitié du chef de son cohéritier, c'est-à-dire qu'étant tenu seulement comme détenteur

pour une moitié indivise, il peut se libérer en payant la moitié du legs et en abandonnant la moitié du fonds à lui échu.

2° *Aliénations.* — Il en était des aliénations comme des hypothèques, touchant l'effet translatif. L'acheteur avait droit à ce qui lui avait été cédé, c'est-à-dire à la moitié indivise de chaque part (en supposant un fonds indivis et deux copropriétaires.) « *Ex hæreditate Lucii Titii*, dit la loi 54, *famil. ercisc., quæ mihi et tibi communis erat, fundi partem meam alienavi; deindè familiæ erciscundæ judicium inter nos acceptum est. Neque ea pars quæ mea fuit, in judicio veniet, cum alienata de hæreditate exierit, neque tua, quia etiamsi remanet in pristino jure, hæreditariaque est, tamen alienatione meæ partis exiit de communione.* »

La loi 13-17, D. *de actionibus empti et venditi*, semble, au premier abord, être en opposition avec ce texte. Il y est dit, en effet, qne lorsqu'un cohéritier a vendu pendant l'indivision sa part indivise sur un fonds, l'acheteur n'a aucun droit sur ce fonds s'il tombe, par le partage, au lot d'un autre que le vendeur. Mais cette dérogation au principe de l'effet translatif n'est qu'apparente. Il s'agit, en effet, dans l'espèce, d'une vente qui n'a pas été accompagnée de tradition. Cette vente n'avait donc pu conférer à l'acheteur aucun droit réel sur le fonds ; elle ne lui avait donné qu'une simple action personnelle contre le vendeur et il devait, par conséquent, s'attendre à subir les conséquences du partage.

3° *Usufruit.* — L'usufruit, comme l'hypothèque et l'alié-

nation, subissait les conséquences de l'effet translatif. Il grevait, après le partage, non pas la totalité de la portion d'immeuble échue au constituant, mais la moitié, le tiers, le quart indivis de chaque portion, suivant que les héritiers étaient deux, trois ou quatre.

Néanmoins, la loi 31 au Digeste *De usu et usufructu legato*, parle d'un jurisconsulte qui avait refusé d'admettre ce résultat. Ce jurisconsulte était l'auteur des *Religiosis*, Trébatius. « *Is qui fundum tecum communem habebat*, dit la loi 31, *usumfructum fundi uxori legaverat; post mortem ejus tecum hæres arbitrum communi dividundo petierat. Blæsus ait Trebatium respondisse, si arbiter certis regionibus divisisset : ejus partis, quæ tibi obtigerit, usumfructum mulieri nulla ex parte deberi : sed ejus quod hæredi obtigisset, totius usumfructum eam habituram. Ego hoc falsum puto. Nam cum antè arbitrum communi dividundo conjunctus pro indiviso ex parte dimidia totius fundi ususfructus mulieris fuisset : non potuisse arbitrum, inter alios judicando alterius jus mutare : quod et receptum est.* »

Il s'agit, dans ce texte, de deux individus possédant un fonds en commun. L'un d'eux meurt, laissant l'usufruit du fonds à sa femme, et son héritier demande qu'il soit procédé au partage avec le communiste restant. Question de savoir si, une fois le partage opéré, l'usufruit portera sur la moitié indivise de chaque part, ou bien sur la totalité de la part échue à l'héritier. Cette question ne pouvait faire doute, si l'on appliquait le principe de l'effet translatif, et c'était incontestablement la part indivise de chaque

portion qui devait être soumise à l'usufruit. Il résulte toutefois des termes de la loi 31 que Trébatius avait soutenu le contraire; suivant lui, l'usufruit devait porter en entier sur la part mise au lot du cohéritier. C'était, on le voit, admettre la rétroactivité du partage. Frappé sans doute des inconvénients et des dangers qu'entraînait à sa suite l'effet translatif du partage, Trébatius avait tenté d'ouvrir la brèche contre la doctrine qui le consacrait, en repoussant d'abord son application dans le cas de l'usufruit. Mais cette doctrine avait des racines trop profondes dans le Droit romain, pour qu'on pût, à cette époque, réussir à l'ébranler et le temps n'était pas encore venu où le système de l'effet déclaratif était appelé à prévaloir. L'opinion de Trébatius fut unanimement repoussée par tous les jurisconsultes romains: son disciple même Labeon s'élève avec force dans la loi 31, contre cette violation des anciens principes faite par son maître, et s'écrie dans son indignation juridique : « *Ego hoc falsum puto.* »

DEUXIÈME PARTIE.

DE LA NATURE DU PARTAGE DANS LE DROIT COUTUMIER

(PARTAGE DÉCLARATIF).

Origine du caractère déclaratif du partage.

Le système de Trébatius, en Droit romain, sur l'effet rétroactif du partage, avait été une tentative malheureuse, une réaction isolée et impuissante, qui était venue se briser contre un principe consacré par une pratique constante et reconnu par l'unanimité des jurisconsultes. A douze siècles de là, le même système devait se reproduire dans notre droit coutumier français, et, après avoir ébranlé peu à peu la règle romaine passée dans les pays de droit écrit, remporter sur cette règle un triomphe définitif vers le milieu du XVIe siècle.

« Selon les principes de notre droit français, dit Pothier (1), très opposés à ceux du droit romain, les partages n'ont aucun rapport avec le contrat d'échange; ce ne sont pas des actes par lesquels les copartageants acquièrent ni soient censés acquérir rien les uns des autres. » Ces expressions signalent la grande révolution

(1) Pothier, *vente*, nº 631.

qui s'était opérée. Mais il importe de ne pas se méprendre sur le caractère de cette révolution. Il ne faudrait pas y voir la conséquence d'une préférence raisonnée et réfléchie, déterminée par les graves inconvénients qu'entraînait avec lui l'effet translatif; elle fut, au contraire, le résultat de circonstances toutes fortuites. Ces circonstances, elles nous sont données par l'histoire, et c'est dans l'histoire que nous devons les rechercher.

L'invasion de la Gaule par les Francs, en 481, sous la conduite de Clovis, avait été en même temps une conquête. Pour la première fois, ils avaient envahi, non plus pour piller et dévaster, mais pour se fixer et s'établir. Alors, sur les ruines de la vieille organisation romaine, s'éleva une nouvelle organisation territoriale, qui fut la féodalité. Toute terre eut deux maîtres, le suzerain et le vassal. Le suzerain doit à son vassal aide et protection ; le vassal doit à son suzerain le service militaire, la foi et l'hommage; il ne peut être dépouillé de son fief qu'en cas d'inaccomplissement de l'un de ces devoirs. Entre ces deux personnes se formait une espèce de contrat de société, et, comme tous ceux de ce genre, ce contrat était essentiellement personnel : c'était à tel seigneur déterminé que le vassal avait engagé sa foi; c'était à tel vassal déterminé que le seigneur avait promis assistance (1). Le seigneur ne pouvait donc, sans le consentement du vassal, céder à un tiers ses droits et ses obligations, et il n'était pas non plus permis au vassal de se substituer une autre personne

(1) Championnière. *Revue de Législation*, t. 7, p. 415.

sans l'assentiment du seigneur. « *Nec dominus, nec vasallus altero invito alienare fundum potest, sit ex parte vel totum* (1). » Mais il arriva bientôt ce qui arrive toujours lorsque le faible et le fort sont en présence : le premier subit la loi du second. La prohibition originairement réciproque ne subsista plus qu'à l'égard du vassal, qui n'eut pas la puissance de refuser un nouveau maître. Tandis que le seigneur put lui imposer telle ou telle personne qu'il mettait en son lieu et place, lui ne put en aucune manière transférer le fief qui lui avait été concédé : la transmission héréditaire lui fut interdite aussi bien que l'aliénation, et les peines les plus sévères sanctionnèrent cette défense (2).

Cet état de choses dura jusqu'à la fin du IXe siècle. A cette époque, Charles-le-Chauve accorde à ses vassaux, en retour de l'assistance qu'ils lui prêtaient contre les Sarrasins et les Normands, l'hérédité de leurs bénéfices. Ce fut le capitulaire de Kiersi rendu en 877 qui consacra cette nouveauté : « Si un comte de notre royaume » vient à mourir, dit l'article 3, et que son fils soit avec » nous (en Italie), que notre fils et nos fidèles choisissent » quelqu'un de ceux qui ont été les plus proches et les » plus intimes du dit comte, lesquels avec les officiers du » comté et l'évêque diocésain prendront soin du comté » jusqu'à ce que nous soyons prévenus et *que nous puis-*

(1) *Livre des fiefs.*

(2) Ces peines étaient en France la confiscation du fief pour le vassal, et la privation de son office pour le notaire qui avait signé l'acte prohibé. Ce dernier était en outre, dans les lois Lombardes, noté d'infamie et condamné à la perte du poing.

» *sions conférer la dignité du père au fils* qui sera près
» de nous. Si le comté n'a qu'un fils en bas âge, les offi-
» ciers du comté et l'évêque aideront l'enfant à prendre
» soin du comté jusqu'à ce que nous sachions la mort du
» comte, et *que le fils enfant par notre concession soit*
» *honoré des honneurs paternels..... Il en sera de même*
» *pour nos vassaux que les évêques, abbés et comtes, et*
» *nos autres fidèles, en usent semblablement envers leurs*
» *hommes* (leurs vassaux). »

La disposition du capitulaire de Kiersi était générale. Tout vassal, depuis le haut baron du royaume vassal du roi jusqu'au dernier vavasseur, pouvait transmettre son fief héréditairement sans l'autorisation du seigneur. Mais par cela même, la nouvelle situation faite aux vassaux, avantageuse pour eux puisqu'elle augmentait leur indépendance, leur était en même temps désavantageuse. Vassaux par rapport à leur suzerain, ils étaient suzerains quant aux hommes qui relevaient d'eux, et ceux-ci, pour transmettre leurs fiefs, pouvaient désormais se passer de leur consentement comme ils se passaient eux-mêmes du consentement de leur seigneur. Les possesseurs de fiefs cherchèrent un dédommagement au préjudice qui leur était ainsi causé et ils le trouvèrent dans le droit de *relief* ou *de rachat*. « Rachat, dit Loisel, est le revenu d'une année choisie en trois immédiatement précédentes. » La nécessité du consentement, un moment abolie, reparut sous la forme d'une obligation pécuniaire. Le paiement du

(1) *Hist. des Gaules*, tome VII, p. 705.

droit de relief fut la condition de la saisine seigneuriale, laquelle, selon les règles féodales, était indispensable pour imprimer sur la tête du vassal successeur, la propriété de la terre dont le défunt était censé s'être dessaisi entre les mains du suzerain.

C'est seulement au XIIe siècle que le droit de transmission héréditaire devait être absolu et dégagé de toute charge. L'influence du droit romain, qui commençait alors à se faire sentir, amena ce résultat. Invoquant les expressions d'une certaine loi *Cum miles* (*Dig. 30 ex quib. causis maj.*) : « *Possessio defuncti quasi juncta descendit in hæredes* », qui ne s'appliquait en réalité qu'à la prescription, mais dont ils étendirent la portée en haine de la fiscalité féodale, les jurisconsultes coutumiers déclarèrent d'une manière générale, que la possession se continue en la personne de l'héritier, et firent admettre que toute personne décédée serait réputée avoir, en mourant, remis ses biens à son plus proche héritier habile à lui succéder, et non dans la main du seigneur. Comme il fallait, dans les idées du temps, que le successeur fût saisi par quelqu'un, on admit que ce serait par le mort, et, grâce au subterfuge, on échappa à l'acquittement des droits. « *Le mort saisit le vif,* » telle est la maxime qui se formule. Elle revenait à dire : le vif ne paie plus de relief, car c'est le mort qui l'investit, et le mort est un créancier commode qui ne réclame pas sa dette.

Pendant que la faculté de transmettre par succession, restreinte encore après le Capitulaire de Kiersi, acquérait, au XIIe siècle, droit de cité complet dans les Coutumes,

quel sort avait subi le partage ? Acte d'aliénation d'après les principes romains, il semble qu'il n'eût pas dû être permis, puisque les aliénations restaient défendues. Mais cette opération étant la conséquence naturelle de la succession, la faculté de succéder avait entraîné, par la force même des choses, celle de partager, sans qu'on songeât alors à se demander si le partage présentait ou non les caractères d'une aliénation. La censive, l'emphytéose, le fief, dont la vente en tout ou en partie, sans le consentement du seigneur, était interdite, pouvaient, sans ce consentement, se partager entre les enfants du censitaire, de l'emphytéote ou du vassal.

Mais ce n'était pas sans une vive résistance de la part des seigneurs qu'un tel usage s'était introduit dans la législation coutumière. Le droit de partage, en effet, était essentiellement antiféodal, bien plus encore que celui de transmission héréditaire dont il n'était cependant que l'accessoire. Par l'établissement du droit de succéder, le seigneur s'était vu sans doute enlever une de ses prérogatives, celle de choisir son vassal; mais il n'avait en définitive presque rien perdu de sa puissance. Que ce fût l'homme de son choix ou l'héritier désigné par le vassal défunt, peu lui importait : ses droits sur le nouveau feudataire étaient les mêmes. Autrement graves étaient les conséquences du droit de partager, il portait une plus rude atteinte aux intérêts féodaux. A la mort du vassal, ses enfants, s'il en avait plusieurs, devenaient chacun vassal pour la partie du fief de son auteur qui lui était échu en partage par le sort ou par la convention. L'ancien domaine inféodé était alors

remplacé par plusieurs petits domaines sans importance; au lieu d'un vassal riche et puissant, pouvant acquitter dans une large mesure l'obligation du service militaire et fournir de nombreux soldats, le suzerain se trouvait avoir un grand nombre de petits vassaux sans ressources et sans influence, ayant à peine quelques hommes à lui offrir (1). On conçoit donc quelles violentes attaques la faculté du partage dut avoir à subir avant d'être définitivement admise.

Le plus ancien monument de cette lutte, et en même temps le plus célèbre, remonte à l'année 1185. C'est l'Assise publiée par Geoffroy, duc de Bretagne, troisième fils du roi Henri II d'Angleterre, en son Parlement de Rennes. Il y est dit : « Que d'ici en avant ne se fera division ne partage de baronies, ni fiefs de chevaliers ; ains obtiendra l'aisné la seigneurie du tout. Et pourvoiront les aisnés aux puînés et juveigneurs, en sorte qu'ils se puissent honestement entretenir et pourvoir à leurs nécessités, selon leur puissance (2). »

Cette mesure, adoptée d'abord en Bretagne par tous les hauts seigneurs, devint bientôt d'une application générale pour tous les fiefs de dignité, tels que duchés, pairies, comtés et marquisats ; mais elle fut constamment repoussée par les vassaux subalternes. Ceux-ci, moins intéressés que les grands feudataires, au maintien de la hiérarchie féodale dont ils n'occupaient que les échelons inférieurs,

(1) Champion., *Revue de Législation*, t. 7, p. 417. — Loisel, liv. IV, tit. 3.

(2) D'Argentré. *Des partages de successions entre les nobles de Bretagne.* — Brussel, p. 881.

continuèrent, malgré la volonté des seigneurs, à partager entre eux les fiefs qui leur étaient transmis par succession. Il se produisit alors un fait digne de remarque. Le suzerain, ne reconnaissant d'autre vassal que l'aîné, propriétaire du manoir principal, les frères puînés se trouvèrent ne dépendre de personne ; ni du seigneur, puisqu'étant censés à ses yeux n'avoir pris aucune part dans la succession, ils n'étaient pas pour lui des vassaux, ni de leur frère aîné qui n'avait aucun titre de suzeraineté à invoquer sur eux. Il en résulta que le partage non reconnu en droit avait néanmoins lieu en fait sans qu'il intervînt aucune autorisation. C'est à cette combinaison particulière que l'on a donné le nom de *parage* ou *frérage*. Les efforts des rois et des hauts seigneurs n'aboutirent qu'à faire obtenir à l'aîné une part plus forte qui variait selon les pays, c'est-à-dire à établir le droit d'aînesse (1). Quant au principe de la liberté du partage, il devint d'une application générale dans le Droit coutumier. Ce droit présentait, sous ce rapport, une étrange inconséquence : d'un côté, prohibition absolue des aliénations ; de l'autre, faculté de partager, c'est-à-dire de faire un acte à qui l'on attribuait, conformément aux principes romains, le caractère d'une aliénation. Une constitution de Frédéric, insérée au Livre des Fiefs, mentionne cette anomalie (2). Après avoir rappelé la défense d'aliéner, elle consacre l'indivisibilité des fiefs de dignité, et autorise la division des autres : « *Prætereà ducatus, marchiæ, comitatus de cetero non*

(1) Constitution du 1er mai 1210, rapportée par Brussel, liv. III, ch. 13.

(2) Tit. LII, LV. Liv. II.

dividatur; aliud autem feudum, si consortes voluerint, dividatur. » Du reste, cette faculté de partager n'était pas absolue; conséquence des successions, elle ne s'appliquait qu'aux partages héréditaires. Tout autre partage restait soumis au droit commun des aliénations, et ne pouvait être effectué sans le consentement du seigneur.

Mais la prohibition d'aliéner ne devait pas tarder elle-même à disparaître à son tour. Le pouvoir royal, annihilé pendant plusieurs siècles, tendait à reconquérir peu à peu la puissance qu'il avait perdue. Le retour de cette influence de la royauté fut un signal de décadence pour les institutions féodales. Les guerres privées de seigneur à seigneur n'étant plus possibles, la redevance militaire, base fondamentale du contrat de fief, devenait désormais inutile ; il n'importait donc plus aux barons d'être servis par tel ou tel, par un brave plutôt que par un timide. La cause de la prohibition d'aliéner n'avait donc plus de raison d'être. Qu'on ajoute à cela l'épuisement des richesses seigneuriales après la longue épopée militaire des croisades, les exigences d'un luxe naissant aux premiers reflets de la civilisation, et l'on comprendra la facilité singulière avec laquelle les seigneurs consentirent, moyennant finances, à des aliénations jusque là sévèrement interdites (1). L'antique nécessité de l'autorisation seigneuriale fit place à l'obligation de payer un certain impôt que l'on appela le droit de *lods et ventes.* Cet impôt variait suivant les coutumes, mais il était ordinairement du cinquième du prix, et portait alors le nom

(1) Liégeard.

de *quint* (1). La coutume de Montargis y ajoutait le *requint*, c'est-à-dire le cinquième du *quint*. Dans d'autres, telles que celles de Maine et d'Anjou, il ne dépassait pas le douzième du prix de vente.

Le droit de *lods et ventes*, représentant le prix du consentement de la part du seigneur, ne devait naturellement être exigé que dans les cas où ce consentement était nécessaire. Ainsi l'héritier en ligne directe, saisi de la succession paternelle en vertu d'un droit qu'il tenait des institutions ne dut aucune redevance au seigneur. Par le même motif, le seigneur ne put rien exiger sur les partages entre héritiers, qui non-seulement se faisaient sans son consentement, mais encore malgré lui. Le partage, comme la transmission héréditaire, affranchi antérieurement de la nécessité de l'autorisation, fut donc exempté de tout droit de mutation. Les principes romains étaient encore une fois violés, et l'inconséquence signalée plus haut était reproduite ; par un privilége singulier, un acte d'aliénation échappait au droit créé pour les aliénations en général.

Cette inconséquence dut provoquer d'énergiques protestations de la part des seigneurs, intéressés au paiement de l'impôt. Mais il arriva alors que l'arme dont ils se servaient se retourna contre eux-mêmes et que le Droit romain dont ils invoquaient l'application fut invoqué par leurs adversaires. Les légistes, sortis des rangs du peuple, ennemis naturels de la féodalité, et dont la mission fut de

(1) Cout. de Paris et d'Orléans. — Loisel, Inst., titre III, maxime XXI.

saper ce grand édifice du moyen-âge au profit des rois et des vilains, les légistes reconnurent que le partage contenait en effet une aliénation; soutenir le contraire eût été une négation du Droit romain dont ils étaient à cette époque les représentants et les dépositaires. Mais ils prétendirent en même temps qu'il fallait y voir une aliénation d'une nature toute distincte, et à laquelle les règles qui régissaient les aliénations ordinaires pouvaient ne pas être applicables. Partant de cette idée, ils entreprirent de démontrer que c'était conformément à la théorie romaine que la liberté du partage existait, dégagée des entraves qui entouraient les aliénations, et exempte des droits auxquels celles-ci étaient assujetties. De sorte qu'ils expliquèrent, au moyen des lois romaines, ce qui était le résultat de certains faits politiques et dont l'explication ne pouvait se trouver que dans l'histoire. Mais, comme le dit M. Championnière, « l'histoire à cette époque était dédaignée ou rejetée; aux causes réelles ou véritables des coutumes, les jurisconsultes substituaient alors les textes du Code et du Digeste; nos maximes coutumières devaient toutes avoir leur source dans les décisions de Paul ou d'Ulpien. »

Ce fut dans la loi 12, Dig. *De condict. furt.*, qu'on crut trouver la justification de l'affranchissement du partage. Remarquant que ce texte ne considère pas comme soumis aux règles des copartageants celui contre lequel l'action en partage a été exercée, et le rapprochant de la loi 5 *Comm. divid*, qui accorde à tout copropriétaire le droit de sortir de l'indivision, Guillaume Cumo, et après lui Barthole et Jason en conclurent que l'aliénation dans le

partage présentait quelque chose de spécial, qu'il était dès lors possible de ne pas le comprendre sous la dénomination générale d'aliénation, et qu'en conséquence il pouvait être permis malgré la prohibition d'aliéner. « *Et si omni divisioni insit alienatio*, dit d'Argentré, *tamen cum ea necessaria sit, nulla addentur laudimia* » (1). Il ne pouvait y avoir assujettissement aux droits fiscaux, là où il y avait aliénation forcée : telle fut la doctrine unanimement proclamée par tous les feudistes de l'époque. Formulée à l'occasion de l'emphytéose, elle ne tarda pas à être appliquée aux fiefs, et ce fut désormais chose convenue que l'affranchissement du partage dérivait des lois romaines.

Cette doctrine était à la fois illogique et en opposition manifeste avec les coutumes. Elle reposait, en effet, sur cette idée, que tout communiste ayant le droit de provoquer le partage malgré la volonté contraire des autres, ce partage était pour ceux-ci un acte forcé et échappait par suite, soit à la formalité du consentement seigneurial, soit à l'acquittement de la redevance, lorsque cette redevance eût remplacé le consentement. Or, n'est-il pas évident que ce caractère de nécessité, invoqué par les jurisconsultes, pour affranchir le partage des charges qui pesaient sur les aliénations, n'existait pas à l'égard de celui des copartageants dont la demande avait fait cesser l'indivision ? De sa part, l'opération qui avait lieu était parfaitement spontanée et volontaire ; il semble donc qu'il eût dû, quant

(1) D'Argentré. Traité *de Laudimiis*, § 53.

à lui, être soumis au paiement du droit. Telle n'était pas cependant la décision des Coutumes, que les feudistes prétendaient expliquer. Nulle distinction n'y était faite entre le demandeur et le défendeur à l'action en partage ; l'un et l'autre jouissaient du même privilége fiscal. L'explication tirée du Droit romain, pour être conséquente, conduisait donc à un résultat autre que celui qu'elle avait précisément pour objet. Qu'en conclure, sinon qu'elle était inexacte et erronée ?

Une réflexion bien simple aurait dû, ce semble, arrêter dès leurs premiers pas les jurisconsultes dans la voie où ils étaient entrés. La faculté du partage et l'affranchissement de l'impôt qui en était la suite n'existaient qu'en matière de successions. Quant aux partages qui intervenaient entre associés ou autres communistes non héritiers, les Coutumes sont là pour attester qu'ils avaient toujours été soumis aux conditions des aliénations en général, c'est-à-dire qu'ils étaient subordonnés à l'autorisation du suzerain, alors que les aliénations étaient frappées d'une prohibition absolue sans cette autorisation, et plus tard assujetties au paiement du droit de *lots et ventes*, lorsque ce droit eut été créé pour représenter dans les aliénations le consentement du seigneur. Or, en eût-il été ainsi, si la faculté de partager avait, comme le prétendaient les feudistes, puisé son origine dans le caractère d'acte *nécessaire* imprimé au partage ? Ce caractère n'était-il pas commun à tous les partages, de quelque nature qu'ils fussent ? Partant n'y avait-il pas même raison de décider et de les affranchir tous également ? Mais en voyant que la liberté du partage, loin

d'être ainsi généralisée, se trouvait restreinte aux partages de successions, les feudistes n'auraient-ils pas dû abandonner leur théorie, pour reconnaître que le droit de partager, ainsi limité, devait avoir une raison d'être moins générale, et qu'il n'était qu'une conséquence et une suite du droit de transmission héréditaire.

Pendant que les docteurs cherchaient dans le Droit romain, pour justifier l'exemption des droits fiscaux, les arguments qu'ils auraient dû chercher dans l'histoire, les hommes du palais, les praticiens poursuivaient le même but par une voie différente. Remarquant que les partages échappaient aux droits de mutation, tandis que les aliénations y étaient assujetties, ils en conclurent, comme une chose toute naturelle, que le partage n'est pas une aliénation. « L'esprit du praticien, dit Championnière, naturelle-
» ment déterminé par l'apparence plus que par le fond
» des choses, admit ainsi le caractère purement déclaratif
» du partage; cet acte ne contint, à ses yeux, ni acqui-
» sition, ni transmission, et cela était évident, puisqu'il
» échappait à toutes les applications auxquelles étaient
» soumises les conventions par lesquelles on peut acquérir
» ou transmettre (1). » Ainsi, tandis que les romanistes faisaient dériver l'affranchissement du partage de ce que l'aliénation qu'il contient est nécessaire, les praticiens la fondaient sur ce principe nouveau, que le partage n'est pas une aliénation. Mais les deux théories aboutissaient au même résultat : la suppression des redevances; elles avaient

(1) *Revue de Législation*, tome VII, p. 428.

un but commun : défendre le partage contre la fiscalité féodale.

Elles devaient néanmoins finir par se heurter. Restreinte d'abord aux matières fiscales, la doctrine nouvelle fit des progrès rapides et ne tarda pas à faire irruption dans le domaine du droit civil. Le moment était venu où la maxime de l'effet déclaratif du partage, invoquée jusque-là dans les rapports des seigneurs avec leurs vassaux, allait devenir d'application générale et supplanter la règle romaine de l'effet translatif.

Ce fut à l'occasion des retraits lignagers que la lutte s'ouvrit, entre les docteurs et les hommes du palais; et l'on trouve dans un passage de Chassanée, à ce sujet, les premières traces d'application de l'effet déclaratif aux matières civiles (1). « *Item quia per divisionem aliquid obvenit alicui, qui dicitur habere partem suam quam primò in communi possidebat... et sic divisio non est alienatio, quod patet etiam quia feudum non potest alienari, sed dividi, nisi feudum marchiæ vel ducatus.* »

La question de la nature du partage fut encore soulevée lorsqu'on voulut déterminer quelle lésion était nécessaire pour qu'un copartageant pût réclamer la rescision de l'acte qui avait mis fin à l'indivision. Parmi les docteurs, le président Favre soutenait qu'il fallait une lésion d'outre-moitié (2). Mais la jurisprudence avait depuis longtemps admis un usage contraire, et n'exigeait que la lésion du

(1) *Des Retraits.* — *Rub.* 10, § 9, nos 19, 20, 21.

(2) Décade 8. *De erroribus pragmaticorum*, cap. 1 et 2. — C'était l'ancienne doctrine d'Accurce en Droit romain.

quart. Cet usage fut reconnu et approuvé par la plupart des auteurs, dominés par cette idée que le partage se distingue de la vente, en ce que l'égalité est une condition plus essentielle à sa nature, et doit par conséquent être plus étroitement garantie. Le praticien Heurys proclame cette différence entre les deux contrats, et s'appuie sur ce motif, « que le partage est plutôt une *distinction des portions qui étaient confuses, qu'une acquisition nouvelle* (1).

Le système de l'effet déclaratif commençait donc à se faire jour; mais il ne se traduisait encore qu'avec timidité, lorsqu'au mois de novembre 1538 s'éleva une question célèbre où il devait se formuler d'une façon catégorique et précise. Dumoulin était atteint d'une fièvre quarte, *quartana et autumnali febre laborans*, qui l'obligeait, nous dit-il lui-même, à laisser de côté les travaux les plus sérieux, lorsqu'il fut consulté sur cette question dont il nous a transmis les termes (2) : « Un fief était indivis entre quatre héritiers; l'aîné avait droit à la moitié de ce fief, et un tiers de l'autre moitié, c'est-à-dire un sixième du fief revenait à chacun des autres. Le seigneur qui avait un droit de poursuite sur la totalité, ne saisit que le sixième indivis appartenant au second des enfants. A la suite de cette saisie, le partage intervint : le fief fut en entier adjugé à l'aîné, et l'autre obtint un fief relevant d'un autre seigneur. Il s'agissait de savoir si la saisie opérée sur le sixième indivis avait été résolue par l'effet du par-

(1) Liv. IV, quest. 173, n° 5.
(2) Cout. de Paris, glos. IX, § 43.

tage. » La négative ne pouvait faire l'objet d'un doute pour les partisans de la doctrine romaine. Suivant eux, le partage contenant des aliénations réciproques, l'aîné auquel était échu le fief n'avait pu acquérir les parts indivises appartenant à chacun de ses frères sur ce fief, que dans l'état où elles se trouvaient au moment où l'indivision avait cessé. Mais l'opinion contraire fut vivement soutenue par les jurisconsultes, consultés avec Dumoulin. S'appuyant sur la loi 13, 17 *de Act. empti*, ils posèrent en principe que le partage opère comme une condition résolutoire et produit un effet rétroactif, en vertu duquel chaque héritier est présumé avoir été, dès l'ouverture de la succession, propriétaire du lot qui lui est attribué; et ils décidèrent en conséquence que la saisie faite par l'un des cohéritiers pendant l'indivision, était non avenue, si par suite du partage le cohéritier saisi ne conservait aucun droit sur le fief. Logiquement, la même décision devait s'appliquer à l'hypothèque, aux servitudes, à toutes les charges, en un mot, dont les immeubles pouvaient être grevés pendant l'indivision. Les praticiens n'hésitèrent pas, et voulant mettre la jurisprudence de leur côté, ils invoquèrent un certain arrêt qui décidait que si un héritier avait hypothéqué sa part indivise, l'autre héritier, une fois le partage opéré, n'aurait pas à craindre d'être poursuivi hypothécairement sur la portion de l'immeuble commun qui lui serait échue en dot. C'était, on le voit, le renversement complet de la théorie romaine. Dumoulin s'émut d'indignation en présence de cette nouvelle doctrine, et il s'empressa, malgré son état d'indisposition, d'insérer contre

elle, dans son Commentaire du Titre des Fiefs dont il corrigeait alors les épreuves, une protestation énergique (1). Il appelait à son aide tout l'appareil des arguments romains, repoussait le moyen tiré de la loi 13, § 17, *De act. empti*, et le combattait par la loi 74, *quib. modis pignus*; enfin, il rappelait la tentative infructueuse faite par Trébatius et la préférence accordée au principe de l'effet translatif énergiquement défendu par Labéon.

La conduite de Dumoulin, dans ces circonstances, fut essentiellement logique. Il restait romaniste, comme il l'avait toujours été. Lorsqu'il s'était agi de battre en brèche la fiscalité féodale, il n'avait pas hésité à seconder les hommes du palais dans cette lutte contre un *droit haineux*, ainsi que l'appelle Boutellier. Mais où avait-il cherché des armes? C'était dans les textes du Digeste et du Code. Sans doute, sous l'influence de ses instincts antiféodaux, il leur avait quelquefois donné une interprétation forcée. Mais ce n'était pas moins au nom du droit romain qu'il avait proclamé l'affranchissement du partage ; et l'on peut dire qu'il n'avait pas cessé de lui rester fidèle. Aussi, lorsque la question de la nature du partage, de purement fiscale qu'elle était d'abord, se transforma en une question de droit civil, Dumoulin dut se séparer, sur ce terrain, de ceux avec lesquels il avait jusqu'alors combattu, et se montra contre eux le défenseur ardent du système romain qu'ils voulaient abolir (2).

(1) Cout. de Paris, glos. IX, § 43.

(2) M. Liégeard, p. 37, donne de la résistance du Dumoulin,

La résistance de Dumoulin n'eut d'autre résultat que de prolonger la lutte plus avant dans le XVIe siècle, jusqu'au moment où plusieurs arrêts mémorables des 8 janvier 1569, 20 juillet 1571, 15 mai 1581 et 2 août 1595, décidèrent enfin que les hypothèques et autres droits réels constitués, pendant l'indivision, par l'un des héritiers, ne subsistaient pas, après le partage, sur les biens compris dans les lots de ses cohéritiers. Dumoulin, du reste, était revenu sur son opinion vers la fin de sa vie, et il avait ainsi sanctionné, avant de mourir, le triomphe de la doctrine qu'il avait si longtemps combattue.

Telle fut la révolution qui, préparée pendant plusieurs siècles, s'opéra à la fin du XVIe, dans le domaine du droit. Cette révolution avait, nous l'avons vu, une origine toute féodale. Le principe de l'effet déclaratif, enfanté par l'esprit de réaction contre la puissance oppressive des seigneurs, s'était développé peu à peu, et empiétant sur le

une explication que l'on pourrait presque qualifier de puérile, et que nous ne saurions accepter. Pourquoi, suivant lui, Dumoulin soutenait-il la théorie de l'effet translatif? Parce que l'affranchissement du partage une fois réalisé, « il voulait s'y tenir et maintenir les hypothèques sous le palladium de la loi romaine. Que les seigneurs fussent privés de leurs droits, bien! Mais qu'un bourgeois, qu'un industriel perdît les siens, non! C'est que Dumoulin était un bourgeois, c'est qu'il avait des hypothèques et qu'il tenait à les conserver, tant il est vrai qu'il y a peu de personnes qui soient affranchies de la considération de leur intérêt personnel. » Nous croyons, pour notre part, que cette considération égoïste et mesquine ne fut pour rien dans l'opposition faite par Dumoulin à la nouvelle doctrine. Il la combattit, non pas parce qu'il avait des hypothèques, non pas parce qu'il était bourgeois, mais parce qu'il était Romaniste.

(2) Demol. *Des successions*, tome v, § 257.

droit civil, avait fini par détrôner le principe contraire emprunté au Droit romain. Mais cette origine historique fut méconnue par les auteurs qui suivirent, comme elle l'avait été par ceux qui avaient précédé, et il est curieux de parcourir les divers systèmes au moyen desquels ils ont essayé de justifier le caractère nouveau attribué au partage.

Suivant Hervé, par exemple, l'acte qui met un terme à l'indivision opère, à l'égard de chaque cohéritier, de la même manière qu'une renonciation à succession : « Si le défunt, nous dit-il, a laissé quatre héritiers du même degré et aux mêmes biens, chacun d'eux est saisi dans sa succession de l'universalité de ces biens. S'ils usent tous de leurs droits, le concours mutuel les réduit chacun à un quart. Si, au contraire, trois d'entre eux renoncent, un seul aura la totalité, mais il n'acquerra rien de nouveau ; il conservera seulement ce qu'il avait. Son droit à la succession n'est pas réduit par le droit de ses cohéritiers à la même succession. Saisi par la loi de l'universalité, il la conserve en vertu de la même saisie, dont l'étendue n'est pas resserrée, et la renonciation des autres habiles à succéder, n'ajoute rien à son titre ni à la cause de sa possession. Si les quatre héritiers acceptent la succession, s'ils la partagent, si la maison entière tombe dans le lot de l'un d'eux, il a cette totalité de maison au même titre, sans aucune augmentation de son droit, et sans aucun changement dans la cause de la propriété. Seulement, les autres renoncent au droit qu'ils ont de prendre une portion dans cette maison, et de faire décroi-

tre par là la portion du cohéritier à qui elle est échue en entier (1). »

Ainsi, pourquoi, d'après Hervé, le partage n'est-il pas translatif de propriété ? Parce que chaque copartageant *conserve* sa portion héréditaire, non pas *jure accrescendi*, mais bien *jure non decrescendi*, comme il *conserverait* la succession tout entière si tous les cohéritiers avaient renoncé. Ce rapprochement entre le résultat du partage et la renonciation à une succession ne saurait être admis; lorsqu'un héritier refuse d'accepter une succession à laquelle il est appelé, il refuse d'acquérir un droit; mais une fois que l'héritier a accepté, s'il renonce à ses droits sur tel objet de l'hérédité, il y a là une renonciation à un droit acquis, c'est-à-dire une véritable aliénation.

Le système de Lebrun était aussi impuissant que celui d'Hervé à justifier la doctrine de l'effet déclaratif. Il la rattachait à la maxime : *Le mort saisit le vif ;* ce qui était une grave erreur. Ces deux maximes, en effet, furent toujours complètement indépendantes l'une de l'autre ; elles eurent chacune une destination spéciale et distincte. Toutes deux, il est vrai, avaient pris naissance à l'occasion des successions ; mais tandis que la maxime *Le mort saisit le vif,* avait eu pour objet la suppression des droits de *relief*, la maxime *Le partage est déclaratif*, avait eu pour résultat d'affranchir le partage des droits de *lods et ventes*. La première fut, sans doute, antérieure à la seconde, et l'on peut même dire qu'elle fut complétée par

(1) Théorie des matières féodales, t. III, p. 41.

elle, puisque le droit fiscal qu'elle avait enlevé aux seigneurs, au moment de l'ouverture de la succession, se représentait sous un autre nom au jour du partage, et que ce fut la maxime de l'effet déclaratif qui fit cesser cet état de choses ; mais Lebrun commet une véritable confusion lorsqu'il voit dans l'une l'origine de l'autre.

Louet et Domat comparaient les effets du partage à ceux d'une condition (1) : « *Qui rem pro indiviso possidet non est dominus incommutabilis* ;... *rei certæ aut corporis certi non est nisi cum onere divisionis.* » Cette explication, bien qu'elle ne fût pas la véritable, avait du moins le mérite de ne pas être contredite par la réalité des faits. L'indivision dans laquelle se trouvent les cohéritiers est, en effet, nécessairement soumise à la condition du partage ; chacun d'eux, en conséquence, peut être considéré comme propriétaire sous une condition suspensive de ceux des biens de la masse héréditaire qui seront compris dans son lot, et comme propriétaire seulement sous condition résolutoire de ceux des biens qui seront compris dans les lots de ses cohéritiers ; et l'effet rétroactif de la condition accomplie est ainsi logiquement que chacun d'eux est censé avoir toujours été propriétaire des biens à lui échus et ne l'avoir jamais été des biens échus à ses cohéritiers.

D'après Henrys, le partage est déclaratif, parce qu'il « est plutôt une distinction des portions qui étaient confuses qu'une aliénation nouvelle (2), » et telle est aussi

(1) Louet, Rec. d'arrêts, II, XI, n° 2.
(2) Liv. 4, quest. 173, n° 5.

l'opinion de Pothier (1). Dans ce système, le partage est un acte *déterminatif* qui vient fixer le droit indéfini et *indéterminé* appartenant à chaque cohéritier sur les biens communs.

Quoi qu'il en soit de la diversité de ces théories, ce qu'il importe de constater, c'est qu'elles s'accordent toutes à proclamer l'abolition définitive de la doctrine romaine et le caractère nouveau attribué au partage.

(1) Successions, chap. 4, art. 5, § 1er.

TROISIÈME PARTIE.

DE LA NATURE DU PARTAGE DANS LE CODE NAPOLÉON

(Partage déclaratif).

CHAPITRE PREMIER.

Portée du caractère déclaratif du partage.

« Chaque cohéritier, dit l'article 883 C. N., est censé avoir 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, dans le système du Code, comme dans les idées de l'ancienne jurisprudence, le résultat du partage rétroagit au jour de l'ouverture de la succession, et le partage n'est point translatif, mais purement déclaratif de propriété. Toutefois, il ne suffit pas de constater l'identité de doctrine ; il faut encore se demander si cette doctrine existe, aux termes de l'article 883, avec le même caractère et la même portée que dans notre vieux Droit français.

Nous serions, pour notre part, assez disposés à le penser. Les jurisconsultes de l'an XII n'ont pas eu, croyons-nous, l'intention de modifier à cet égard les principes qu'ils avaient trouvés établis. Placés en présence de deux systèmes, dont l'un était depuis longtemps une lettre morte, et l'autre plein de jeunesse et de vie était passé à l'état d'axiome, ils choisirent le second, entraînés plutôt par l'impulsion de la coutume que par la force du raisonnement. « C'est à la majorité des arrêts et des voix, dit Championnière, et non à l'examen judicieux du faux et du vrai que le système actuel doit le baptême qui l'a fait loi. » Ce reproche, fait aux rédacteurs du Code, n'est peut-être pas immérité. Il suffit de lire Pothier pour se convaincre que le texte de l'article 883 a été purement et simplement calqué sur la formule que nous a laissée le jurisconsulte d'Orléans, de la règle de l'effet déclaratif, telle qu'elle existait à son époque. « Chaque cohéritier, dit-il, est censé avoir seul succédé immédiatement au défunt, à tous les effets compris dans son lot, et n'avoir succédé à aucun de ceux compris dans le lot de ses cohéritiers. » Peut-on douter que notre article ne soit la reproduction de ce passage, sauf quelques modifications sans importance dans la forme, et ne faut-il pas conclure de là qu'il serait contraire à la volonté du législateur, de vouloir attribuer à la rétroactivité du partage dans notre Droit moderne, une portée différente de celle qu'elle avait dans le Droit antérieur et que nous signale Pothier (1).

(1) Des successions, ch. 4, art. 5, § 1er.

Or, quel était dans notre ancienne législation le sens de cette maxime : le partage est déclaratif de propriété ? N'était-ce pas d'une façon générale et absolue qu'il fallait l'entendre? Tel est du moins notre avis, et c'est de la même façon qu'il faut, suivant nous, interpréter l'article 883. Mais plusieurs auteurs (1) pensent le contraire, et ils s'appuient sur les considérations suivantes.

Les rédacteurs du Code n'ont fait qu'ériger en loi une fiction imaginée dans l'ancienne jurisprudence pour corriger ce qu'il y avait d'abusif dans le système du Droit romain. Or, cette fiction, dont il ne faut pas perdre de vue l'origine et l'objet, n'empêchait nullement les anciens auteurs de voir dans le partage une espèce d'aliénation. Quand il s'agissait de déterminer l'étendue des droits des héritiers sur les biens d'une succession encore indivise et l'effet des charges dont ces biens avaient été grevés par eux, on invoquait la saisine et l'effet rétroactif du partage ; mais lorsqu'il était question d'apprécier la situation des héritiers vis-à-vis des tiers, on n'avait point à s'embarrasser d'une fiction qui n'était à cet égard d'aucune portée; on allait tout droit au fond des choses, et l'on reconnaissait alors, avec les lois romaines, que le partage était réellement un acte translatif. Et maintenant pourquoi raisonnerait-on d'une manière différente sous le Code, puisque le législateur moderne n'a fait, en

(1) Duquaire. *Revue critique*, t. 3, p. 806. — Dutruc, *Traité du partage de succession*, p. 13. — Tillard, *Des actes dissolutifs de communauté*, p. 257.

édictant l'article 883, que s'approprier une disposition du droit ancien, pourquoi interpréterait-on cette disposition autrement que ne le faisaient les anciens auteurs ?

Cette argumentation, on le voit, ne conteste pas le rapport intime qui existe entre la théorie de l'ancien droit et celle du Code sur l'effet déclaratif du partage. Loin de là : elle reconnaît, au contraire, et proclame la similitude. Ce qu'elle conteste, c'est la généralité de leur application, et c'est ici que les auteurs qui se fondent sur cette argumentation commettent une profonde erreur lorsqu'ils viennent prétendre que la rétroactivité du partage n'a été admise que pour remédier aux inconvénients de l'effet translatif, c'est-à-dire afin de limiter les droits réels constitués pendant l'indivision par l'un des copartageants aux seuls biens qui forment son lot, et d'éviter par là les recours entre cohéritiers. L'étude des traditions féodales et coutumières sur ce point nous a conduit à reconnaître que ce ne fut pas d'un seul coup ni, pour ainsi dire, tout d'une pièce que la nouvelle doctrine s'était introduite. Nous avons vu qu'elle avait pris naissance à l'occasion d'un fait tout particulier, qui exclut, de la part de ceux qui la produisirent, toute pensée, nous ne dirons pas hostile, mais se rattachant même, de près ou de loin, à la doctrine romaine. Ce fait était le suivant : le partage étant, à l'époque féodale, affranchi du droit de *lods et ventes* imposé aux aliénations, les jurisconsultes praticiens en avaient conclu qu'il ne contenait pas d'aliénation. Cette conclusion, tirée d'abord en matière fiscale, s'étendit peu à peu aux matières civiles. Mais il est à remarquer que ce

fut précisément dans les hypothèses où il ne s'agissait nullement des charges consenties pendant l'indivision, celle des retraits et de l'action en rescision par exemple, que la nouvelle maxime reçut ses premières applications en matière civile. Elle ne fut admise que beaucoup plus tard, et après une longue lutte, à régir les rapports entre cohéritiers. On ne peut donc pas prétendre qu'elle avait été créée pour mettre fin aux dangers résultant de la théorie romaine, puisqu'elle était déjà ancienne à l'époque où l'on décida qu'elle s'appliquerait aux charges consenties pendant l'indivision, et cette application fut, au contraire, une conséquence de la portée générale et absolue qu'elle avait acquise depuis les premiers temps de son origine.

C'est cette portée générale et absolue de la règle de l'effet déclaratif dans notre ancien droit qui nous est attestée par Pothier (1) : « Le partage, dit-il, dans le paragraphe même auquel a été emprunté l'art. 883, *n'est pas considéré comme un titre d'acquisition*, par lequel chaque cohéritier acquiert de ses cohéritiers les portions indivises qu'ils avaient avant le partage dans les effets qui lui sont assignés pour son lot; mais c'est seulement un *acte déterminatif* des choses auxquelles chacun des héritiers a succédé au défunt, chacun des cohéritiers, qui n'était qu'héritier en partie, n'ayant pu succéder à toutes, mais seulement à celles que lui assignerait un jour le partage que la nature de l'indivis de la succession exigeait.

(1) Des successions, ch. 4, art. 5, § 1er.

Chaque cohéritier n'acquiert donc rien par le partage de ses cohéritiers; il tient tout du défunt immédiatement. »

Un passage du Traité sur la vente (1), est encore plus explicite. « Selon les principes de notre Droit français très opposés à ceux du Droit romain, *les partages n'ont aucun rapport avec le contrat d'échange* : ce ne sont pas des actes par lesquels les copartageants acquièrent *ni soient censés acquérir rien les uns des autres.* Un partage, suivant nos principes , n'est autre chose qu'un acte qui détermine la part indéterminée, qu'avait avant le partage chaque cohéritier dans la masse qui a été partagée, aux seules choses qui tombent dans son lot. » — Il est évident, suivant ces principes, ajoute-t-il plus loin, que le partage est un acte qui n'a aucun rapport avec le contrat de vente, soit qu'il soit fait sans retour, soit avec retour en deniers ; car suivant ces principes le partage n'est pas un acte d'acquisition : je n'acquiers proprement rien par le partage que je fais avec mes cohéritiers ou autres copropriétaires, *et tout l'effet du partage se réduit* à rendre déterminé à de certaines choses le droit que j'avais, qui était autrefois indéterminé.»

Telle était l'interprétation générale donnée dans notre ancienne jurisprudence au principe de la rétroactivité du partage. Et en présence de la parfaite similitude qui existe entre le texte de Pothier et celui de l'art. 883, on ne saurait raisonnablement supposer que le législateur moderne ait entendu modifier cette interprétation.

(1) VII• partie, art. 6.

On le soutient cependant ; et certains auteurs, sans contester le principe absolu de l'ancien droit, pensent que les rédacteurs du code ont adopté un système mixte, tenant le milieu entre la théorie romaine et la théorie de l'effet déclaratif, telle qu'elle existait dans la dernière période de l'ancien droit. Ils ont voulu, pense-t-on, protéger l'héritier prudent et économe contre les entreprises hasardeuses d'un spéculateur avide ou les folles dépenses d'un insensé dissipateur ; ils ont voulu dégrever l'immeuble échu au lot de l'un des communistes, des charges imposées par l'autre à la faveur de l'indivision. Ils ont pris l'arme du droit féodal pour accomplir leur œuvre. Le but atteint, ils ne l'ont pas dépassé. Le système déclaratif aura donc son plein et entier effet dans les rapports des cohéritiers entre eux ou avec leurs ayants cause ; mais, vis-à-vis de ceux qui n'y jouent aucun rôle à ce double titre, le partage ne cessera pas d'être réellement une aliénation (1).

On invoque à l'appui de cette opinion les mots de l'art. 883 : *Chaque cohéritier est censé*. Il s'agit d'une fiction, et il est de principe en Droit que les fictions doivent être interprêtées de la façon la plus étroite. « Sans doute, dit M. Liégeard, le législateur pouvait commander : il a mieux aimé laisser lire sa pensée au travers du voile de la fiction. C'est comme s'il disait : je reconnais que la nature vraie du partage est l'échange, qu'il renferme une translation réciproque de droit indivis ; mais je veux protéger la

(1) Liegeard, p. 42. — Zachariæ, § 625.

famille en garantissant la sécurité de ce contrat. En conséquence je lui prête un effet rétroactif au jour où l'indivision a pris naissance ; je fais tomber tous les droits réels qui l'entraveraient; après quoi je le rends à sa nature première et lui permets de reprendre son caractère translatif.» Les dispositions qui suivent l'art. 883 semblent prêter une nouvelle force à ce système. Il y est question de l'action en garantie au cas d'éviction. Pourquoi, dit-on, le législateur aurait-il accordé cette action, s'il n'avait vu dans le partage une aliénation véritable ?

Cette interprétation de l'art. 883 ne nous paraît nullement fondée, et nous ne voyons rien dans le Code qui vienne justifier la distinction dont parle M. Liégeard en ce qui concerne l'application de l'effet déclaratif du partage. On nous objecte l'expression *censé*, laquelle, nous dit-on, consacre une fiction, et les fictions ne doivent pas être étendues. Mais cette expression *censé* n'existe-t-elle pas dans le texte de Pothier? Et cependant Pothier ne nous atteste-t-il pas que le principe de l'effet déclaratif, quoiqu'il fût une fiction, avait de son temps une portée générale et absolue ? Quant à la critique fondée sur l'action en garantie accordée au créancier évincé, elle est renouvelée de l'ancien droit, et le jurisconsulte d'Orléans s'était lui-même chargé d'y répondre : « Les copartageants, dit-il, contractent par le partage l'obligation de se garantir réciproquement les choses qui tombent dans leurs lots respectifs : mais cette obligation est différente de celle qu'un vendeur contracte avec l'acheteur, et tout autre cédant avec le cessionnaire..... La raison de diffé-

rence est que mes cohéritiers ou autres copartageants ne peuvent être considérés comme mes cédants par rapport à la chose dont je souffre éviction, puisque, suivant nos principes, les copartageants, par les partages, ne se cèdent rien et ne tiennent rien les uns des autres. La seule raison, sur laquelle est fondée la garantie des copartageants, est que l'égalité qui doit régner dans les partages, se trouvant blessée par l'éviction que souffre l'un des copartageants dans quelqu'une des choses tombées dans son lot, la loi, qui exige cette égalité, oblige chacun des copartageants à la rétablir. Or il suffit pour cela qu'ils lui fassent raison, chacun pour leur part, de la somme pour laquelle la chose évincée lui a été donnée en partage. »

C'est cette défense de Pothier en faveur de la fiction absolue de l'ancienne jurisprudence dont nous réclamons le bénéfice en faveur de la même fiction reproduite dans l'art. 883 ; et nous demandons si les rédacteurs du Code ont pu vouloir apporter une dérogation aux principes que proclame Pothier, alors que c'est à lui-même qu'ils ont emprunté leur disposition. « Le partage, dit M. Chabot dans un rapport au tribunal, a pour objet de faire cesser l'indivision et d'attribuer à chaque cohéritier la portion à laquelle il a droit sur la masse commune. Il n'est question dans un partage que de distribuer à chacun la juste valeur de ce qui lui appartient et de ce qu'il possédait auparavant par indivis. Ce n'est pas une affaire de négoce ni de commerce : *il n'y a de part et d'autre ni vente ni échange*. Tout consiste à régler divisément la portion dont chacun était déjà propriétaire dans la masse indivise.»

Il semble, du reste, que le doute ne soit pas possible en présence des termes formels de la loi. C'est de la manière la plus nette et la plus générale qu'elle décrète la règle du partage déclaratif; et nous en concluons que cette règle doit être appliquée toutes les fois qu'il s'agit d'apprécier l'effet d'un partage, entre quelques personnes que ce soient et quels que soient aussi les intérêts qui s'y trouvent engagés ; sauf cependant les cas particuliers où la loi elle-même apporterait à la maxime une dérogation expresse ou tacite. La Cour de cassation semble s'être en dernier lieu fixée dans ce sens. «Attendu, dit un arrêt du 2 décembre 1845 (1) que c'est *d'une manière générale et absolue* que l'art. 883 déclare que chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot, etc.» Attendu, dit un autre arrêt du 29 août 1853, que l'art. 883, *en proclamant la rétroactivité des partages, en détermine le caractère essentiel*, qui est de rattacher immédiatement à la personne du défunt la personne de l'héritier copartageant , en faisant abstraction de l'époque intermédiaire entre l'ouverture de la succession et son partage (2)... »

Quels inconvénients d'ailleurs ne résulteraient pas dans la pratique de la doctrine contraire et de la restriction qu'elle apporte à l'art. 883. L'intérêt des communistes est-il en jeu ? Il faut recourir à la maxime. Est-il sauvegardé ? On ne l'invoque plus; car il n'a plus de raison

(1) Dev. 1846, 1. 21.
(2) Dev. 1854, 1. 707. — Gabriel Demante, *Exposition raisonnée des principes de l'enregistrement*, n° 707.

d'être. La règle de l'effet déclaratif deviendrait ainsi un principe flottant au gré des théories, sans autres limites que celles qui lui seraient données par le caprice ou par l'arbitraire.

CHAPITRE II.

A quels actes s'applique le caractère déclaratif du partage ?

L'article 883, en proclamant la doctrine de l'effet déclaratif, ne mentionne expressément que le partage en nature et la licitation. Mais ses termes ne sont à cet égard nullement limitatifs, et comme il y a même raison de décider, il faut étendre sa disposition à tous les actes, quels qu'ils soient, qui ont pour objet de faire cesser l'indivision, et qui, pour cette raison, ont été appelés *équipollents* ou *préparatoires à partage*.

SECTION PREMIÈRE.

ACTES ÉQUIPOLLENTS A PARTAGE.

§ I. — *Licitation.*

La licitation a pour résultat d'attribuer, moyennant un prix, à l'un des copartageants la totalité d'un bien auquel il n'avait droit qu'en partie. Un acte de cette nature dut, sous la féodalité, être favorablement accueilli par les grands

feudataires, qui, dans l'intérêt du maintien de leur puissance, tendaient de tous leurs efforts à empêcher la division des fiefs et à les concentrer dans une seule main. Mais lorsque les institutions féodales, essentiellement militaires à l'origine, eurent pris, au bout de quelques siècles, un caractère presque exclusivement pécuniaire, les seigneurs occupés désormais à chercher dans les actes une source de profit, et voyant dans la licitation une grande ressemblance avec la vente, prétendirent qu'elle avait, comme celle-ci, un effet translatif, et l'assujettirent au droit *de lods et ventes*. Cet état de choses dura jusqu'au commencement du XVIe siècle, et ne cessa que grâce à l'habile et persistante fermeté de Dumoulin. Le vieux jurisconsulte nous expose lui-même à quelle occasion il lui fut permis d'engager la lutte (1).

« Je venais, dit-il, de terminer ce chapitre et je montrais à mon fils mes vieux registres, lorsque je trouvai parmi mes notes un arrêt de notre cour suprême rendu conformément à notre opinion; je le fis transcrire et ajouter ici par mon fils. Voici quelle était l'espèce : Trois héritiers ayant nom *Buquet* avaient recueilli un immeuble par indivis. L'un d'eux, Agnès *Buquet*, déclara son tiers au receveur royal et en reçut l'investiture. L'action en partage ayant été intentée, les experts désignés dans cette circonstance déclarèrent que l'immeuble n'était pas commodément partageable. Il y eut en conséquence une licitation à laquelle les étrangers furent admis. A la suite de

(1) Cout. de Paris, tit. 2 : *des censives*, § 78, Glos. 1, n° 170.

cette licitation, Agnès fut déclarée adjudicataire. Elle paya les droits pour les parts que ses cohéritiers avaient avant la licitation, c'est-à-dire sur les deux tiers seulement du prix d'adjudication. Elle ne demanda pas l'investiture pour l'autre tiers, puisqu'elle l'avait déjà reçue. Mais le receveur royal, se fondant sur ce que la maison entière avait été mise en vente et adjugée, et que cependant les droits n'avaient été payés par Agnès que sur les deux tiers du prix, la cita devant le conseil des finances pour s'entendre condamner à payer encore les droits pour un tiers.

« Comme cette affaire était très grave, dit Dumoulin, et qu'on voulait que la décision qui serait rendue servît désormais de règle pour les cas analogues, je fus appelé dans le conseil avec les plus anciens de notre ordre, *antiquiores togati ordinis*, pour donner mon avis. Tous se prononcèrent en faveur du système invoqué par le fisc ; seul je soutins les droits de la défenderesse et je persistai dans mon avis, pénétré que j'étais de la légalité et de l'équité de ses prétentions (*et in sententia mea veritate et æquitate conscientiæ fretus perstiti*). Je voulais développer mes arguments et renverser en quelques mots le système de mes adversaires. Mais dans la crainte sans doute de voir échapper pour le fisc l'occasion de percevoir un droit, ils ne voulurent pas même m'entendre, alléguant qu'on avait non pas à discuter, mais à juger.

Mais en avril 1538, un arrêt solennel réforma le jugement précédent, donna gain de cause à Agnès et confirma ainsi l'opinion que j'avais soutenue. »

Suivant Dumoulin, les droits ne sont dûs que sur la chose achetée, Agnès, dit-il, n'a acheté que les parts de ses cohéritiers; quant à sa part, elle n'a fait que la conserver ; la totalité a, il est vrai, été mise en vente, mais les deux tiers de l'immeuble ont été achetés. Les étrangers se sont portés enchérisseurs, mais ils n'ont rien acquis, puisqu'ils ont été repoussés par l'ordre supérieur d'Agnès; celle-ci n'a donc pu être subrogée à des droits qu'ils n'avaient pas eux-mêmes.

Telle fut l'opinion que sanctionna l'arrêt de 1538. Encouragé par ce premier succès, Dumoulin fit un pas de plus dans la voie nouvelle où il venait d'engager la jurisprudence, et il soutint que le cohéritier adjudicataire ne devait *lods et ventes* ni pour sa part ni pour celle de ses cohéritiers. Cette doctrine fut en 1580, lors de la réformation de la coutume de Paris, consacrée dans l'article 80 ainsi conçu : « Si l'héritage ne se peut partir entre cohéritiers, et se licite par justice sans fraude , ne sont dues aucunes ventes pour l'adjudication faite à l'un d'eux; mais s'il est adjugé à un étranger, l'acquéreur doit vente. »

Cette disposition devait être l'objet de nombreuses controverses ; et les seigneurs cherchèrent pendant longtemps à en restreindre la portée. *Si l'héritage ne se peut partir;* donc, disent-ils, l'article ne s'applique qu'au cas où il s'agit d'un objet tout-à-fait impartageable. — *Entre cohéritiers*, donc il ne s'applique pas entre associés et autres copropriétaires indivis ; — *se licite en justice;* donc il ne s'applique pas à la licitation faite devant notaire. Mais les efforts des seigneurs furent inutiles. La jurisprudence, d'accord avec la doctrine,

décida que le principe consacré par l'article 80 de la coutume de Paris était applicable aux objets qui ne peuvent pas se partager sans inconvénient, aussi bien qu'aux objets qui sont impartageables ; aux associés ou autres copropriétaires, aussi bien qu'aux cohéritiers ; aux licitations enfin, faites devant notaire, aussi bien qu'aux licitations faites en justice (1).

Cette assimilation de la licitation et du partage, d'abord restreinte aux matières fiscales, s'introduisit bientôt dans la législation civile, et il en résulta comme conséquence naturelle que la licitation eut, comme le partage, un effet déclaratif. « L'intention des cohéritiers, dit Lebrun, qui licitent entre eux un immeuble de la succession, lequel ils possèdent par indivis, est de faire ou de consommer leur partage ; et même on appelle *partage*, non-seulement la division actuelle des effets de la succession, mais l'adjudication qui se fait aux héritiers de ces mêmes effets, soit par licitation ou autrement ; tout le partage qui peut commencer ou finir par la licitation n'étant qu'une même affaire et un même contrat depuis son commencement jusqu'à sa fin. Cette intention de partager en licitant, c'est-à-dire de faire ou de consommer le partage, se vérifie donc par la nécessité qu'il y a de liciter pour achever le partage; et ce qui est un moyen nécessaire pour achever le partage, est considéré comme un partage par les cohéritiers. Ainsi voilà deux propositions constantes : la première, que la licitation n'est point en ce cas un contrat principal et qui subsiste par lui-même, mais est un accessoire et une

(1) Merlin, *Répert.*, v° Licitation, § 4.

dépendance du partage; la seconde, que les cohéritiers qui licitent ont dessein de faire ou de consommer leur partage (1).

Cette interprétation fut adoptée par la jurisprudence et par les auteurs qui suivirent. « La licitation entre héritiers ou autres copropriétaires, dit Pothier, n'est pas dans notre Droit un contrat de vente que les parties licitantes fassent de leur part dans l'héritage licité à celui d'entre eux qui s'en rend adjudicataire, puisque, suivant les susdits principes, l'adjudicataire n'acquiert proprement rien de ses cohéritiers ou copropriétaires (1) ».

C'est avec ce caractère que les rédacteurs du Code ont trouvé la licitation, et ils n'ont pas hésité à le lui conserver : l'art. 883 ne laisse aucun doute à cet égard, et c'est dans les termes les plus absolus qu'il met la licitation sur le même pied que le partage, en ce qui concerne l'effet déclaratif.

On s'est demandé, à ce sujet, si la fiction de l'article 883 devrait être interprétée en ce sens que le prix de la licitation est réputé dû par le colicitant acquéreur à ses cohéritiers, à dater du jour de l'ouverture de la succession. La Cour de Rennes, adoptant la négative, a jugé, par un arrêt du 31 mars 1841, que si un père, après la majorité de ses enfants, s'était rendu adjudicataire sur la licitation des immeubles dépendant de la succession de la mère, sur lesquels il aurait lui-même des droits indivis,

(1) Successions, liv. 4. ch. 1, n° 35.
(2) Vente, n° 640.

la créance résultant pour les enfants de cette acquisition ne devait pas être considérée comme remontant au jour du décès de la mère, c'est-à-dire de la tutelle, et comme étant dès lors garantie par une hypothèque légale (1). Considérant..... que la fiction de droit qui fait réputer le cohéritier propriétaire du jour de l'ouverture de la succession, ne peut être étendue au-delà de ses termes et d'un cas à un autre..... ; *et qu'il serait contraire à la raison qu'une créance pût préexister à sa cause* (2). Telle est aussi l'opinion que nous admettons.

Une autre question vivement controversée est celle de savoir si la licitation conserve toujours le caractère déclaratif qui lui est attribué par le Code, quelle que soit la qualité de la personne qui se porte adjudicataire, et s'il ne faut pas faire à cet égard une distinction entre le cohéritier et l'étranger. Cette distinction, croyons-nous, devrait être admise. L'article 883, en effet, lorsqu'il dispose que *chaque cohéritier* est censé avoir succédé seul aux effets compris dans son lot ou *à lui échus sur licitation*, exige implicitement, pour que la licitation ne produise qu'un effet déclaratif, que ce soit un cohéritier qui se porte adjudicataire. Qu'en conclure ? sinon qu'elle doit perdre cet effet pour prendre le caractère d'une vente véritable, toutes les fois que l'adjudication a lieu au profit d'un étranger. Une telle conclusion n'est pas seulement d'accord avec la lettre de la loi ; elle est également conforme à son esprit. En effet, le principe de l'effet déclaratif du partage

(1) Art. 2121, C. N.
(2) Dev. 1841. II. 423.

a son fondement dans les successions, et il suppose tout au moins un titre commun de propriété. On conçoit donc qu'il ne puisse recevoir d'application qu'à l'égard d'un cohéritier, et nullement à l'égard d'un tiers colicitant, qui n'étant pas héritier, ne peut être censé avoir succédé de quelque manière que ce soit au défunt et n'avait, avant l'adjudication, aucun droit sur les biens qui ont été licités.

Cette opinion n'a été contestée que dans ces derniers temps (1). Ceux qui la repoussent mettent en avant deux objections principales.

La première est tirée du texte même de l'article 883. Ce texte, dit-on, n'est pas limitatif ; par cela seul qu'il mentionne expressément les cohéritiers, il mentionne aussi tacitement les étrangers qui pourraient se présenter à l'adjudication sur licitation de l'immeuble héréditaire. En effet, lorsqu'il déclare que chaque héritier sera censé n'avoir jamais eu la propriéte des biens de la succession qui ne tombent pas dans son lot, par suite du partage ou de la licitation, cela revient à dire que les charges consenties par un héritier pendant l'indivision sur l'immeuble qui ne lui est pas attribué, seront considérées comme non-avenues. Il résulte de là que, si un étranger s'est rendu adjudicataire de cet immeuble, il ne pourra être tenu de supporter les charges dont il avait été grevé, puisque ces charges n'ont aucune existence ; l'adjudication n'aura

(1) Mourlon, *Répet. écrit.*, t. 2, p. 201, Liegeard, p. 84.

donc à son égard, comme à l'égard d'un cohéritier, qu'un caractère essentiellement déclaratif. Ce raisonnement, on le voit, est une véritable pétition de principe : il suppose résolue la question qui est à résoudre. Il n'est pas douteux, en effet, que si les charges consenties, avant le partage, par l'un des cohéritiers sur un bien qui est ensuite adjugé par licitation à un étranger, étaient non-avenues, cet étranger ne devrait pas avoir à les respecter. Mais il s'agit précisément de savoir si, dans ce cas, ces charges disparaissent et si la fiction de l'article 883 est applicable.

La seconde objection est, sinon plus concluante, du moins plus sérieuse. Quel a été, ajoute-t-on, le but du législateur en édictant l'article 883 ? Eviter les recours entre cohéritiers et maintenir l'union des familles. Or, qu'arrivera-t-il si la licitation est considérée comme un acte translatif échappant à la disposition de l'article 883? De deux choses l'une : ou les tiers auront connaissance des charges consenties pendant l'indivision, et alors ils ne se présenteront pas pour surenchérir ou n'offriront qu'un moindre prix : l'adjudication se fera mal. Ou bien ils ignoreront l'existence de ces charges, et, dans ce cas, l'adjudicataire étranger, lorsqu'il viendra à les découvrir, exercera un recours en garantie contre les cohéritiers ; ceux-ci, actionnés, auront à leur tour un recours contre le cohéritier qui les a, par son fait personnel, exposés à cette poursuite. De là des actions récursoires, des procès entre les membres d'une même famille ; actions récur-

soires et procès que l'article 883 a eu précisément pour destination de prévenir.

Cette objection repose sur une fausse interprétation des motifs qui ont inspiré la disposition de l'article 883. Le principe de l'effet déclaratif, tel qu'il est établi par le Code, n'a pas été, nous l'avons déjà dit, et nous ne saurions assez le répéter, une création spontanée et réfléchie du législateur moderne. Son origine se place dans notre ancien Droit français. Or, rien dans les monuments de ce droit ne nous atteste que son application fût nécessaire et indispensable toutes les fois qu'il y avait des recours à prévenir entre les copartageants et notamment lorsqu'un étranger s'était porté adjudicataire d'un bien de la succession. Il est, au contraire, constant que la doctrine opposée avait été admise par les auteurs et par la jurisprudence. Dumoulin avait même enseigné d'abord que la présence d'un seul étranger à la licitation, encore que l'adjudication n'eût pas été faite à son profit, suffisait pour donner à l'opération le caractère d'une vente (1). Il avait, il est vrai, fini par revenir de cette manière de voir (2). Mais il ne cessa jamais de reconnaître et de proclamer l'effet translatif de la licitation dans l'espèce où celui qui avait obtenu l'adjudication n'était pas un cohéritier ; et l'article 80 de la coutume de Paris, réformée, ne fait sur ce point que reproduire son avis lorsqu'il déclare que « si l'immeuble est adjugé à un étran-

(1) Sur la cout. de Paris, titre des fiefs, p. 33, glos. 1, n° 73.
(2) *Id.* Traité des Censives, § 78, n° 157.

ger, l'acquéreur doit vente. » Ce système fut généralement admis dans la théorie comme dans la pratique ; les auteurs comme les arrêts s'accordèrent à le proclamer, et rien ne prouve que les rédacteurs du Code aient voulu s'en écarter (1). Bien au contraire, il suffit de remarquer les termes absolus de l'article 883 pour se convaincre qu'ils ont entendu le maintenir.

Mais faudrait-il conclure de ce que l'adjudication faite au profit d'un étranger est une vente ordinaire, et laisse subsister les charges consenties pendant l'indivision sur l'immeuble licité, que les créanciers, en faveur desquels ces charges avaient été constituées, sont fondés à exercer après le partage contre le tiers adjudicataire, le droit de surenchère qui leur est conféré par l'art. 2183 C. N ? Quelques auteurs le soutiennent (2). Mais nous ne saurions partager leur opinion. Outre que le droit de surenchère, dans notre hypothèse, préjudicierait gravement aux cohéritiers, entre les mains desquels l'adjudicataire, dans la crainte d'une éviction éventuelle, pourrait refuser de verser le prix d'adjudication; qu'il en résulterait, dans tous les cas, des actions récursoires, soit de la part de l'adjudicataire qui aurait payé contre les cohéritiers, soit de la part des cohéritiers entre eux, nous dirons encore que la concession d'une telle faculté aux créanciers hypothécaires serait en opposition formelle avec la disposition de l'art. 882. En effet, de deux choses l'une : ou les

(1) Pothier.

(2) Demo, t. 3, n° 223 *bis*, 4. — Zachariæ, t. p. 266.

créanciers ont formé opposition au partage, et alors ils ont pu assister à ses opérations ; libre leur a été de discuter le prix d'adjudication et de surenchérir ; s'ils ne l'ont pas fait, c'est qu'ils ont voulu permettre que l'adjudication se fît au prix offert par l'étranger colicitant, et l'art. 882, présumant un consentement tacite de leur part, les déclare non recevables à attaquer le partage, une fois qu'il est consommé. Ou bien ils n'ont pas formé opposition et ils sont, en vertu du même article, également non recevables dans ce cas, parce qu'ayant renoncé à faire usage du droit que la loi leur conférait, ils sont censés par cela même avoir approuvé tout ce qui s'est fait sans eux (1).

L'héritier bénéficiaire qui se porte adjudicataire doit-il être considéré comme un étranger ? L'affirmative avait prévalu dans l'ancienne jurisprudence et la cour de Cassation, par un arrêt du 25 mai 1835, l'avait d'abord consacrée en se fondant sur ce motif que la liquidation de la succession bénéficiaire se faisant dans l'intérêt commun des créanciers et de l'héritier, celui-ci ne devenait adjudicataire que comme un étranger. Mais elle est revenue depuis sur cette décision, qui est aujourd'hui généralement repoussée (2). L'adjudication opérée au profit d'un héritier bénéficiaire n'est pas seulement un acte de liquidation ; elle constitue un véritable partage, car elle a pour but de

(1) Cass. 1er oct. 1810, Dev. et Car., collect. nouv. 3, 1, 338. — Cass., 2 mai 1812, Sirey, 1812, II, 432 ; Paris, 26 mai 1845, Dev. 1846, II, 78.

(2) 12 août 1839, D. 30, 1, 329. — Conf., Bordeaux, 22 mars 1834, D. 34, 2, 159.

faire cesser l'indivision. Les parties n'y ont procédé que dans l'intention de se partager l'excédant de l'actif sur le passif. Remarquons en outre que l'art. 883 ne fait aucune distinction à cet égard ; il emploie la dénomination générale d'héritier et rien n'est plus naturel que de comprendre l'héritier bénéficiaire sous cette dénomination générale (1).

§ 2.

Du partage avec soulte.

Il est régi par les mêmes principes que la licitation avec laquelle il offre une analogie évidente, les parts du prix dû aux colicitants par l'adjudicataire constituant de véritables soultes. Aussi conçoit-on que la soulte ait été dans l'origine, à l'exemple de la licitation, considérée comme prix de vente et ait donné lieu à l'acquittement des droits fiscaux. Mais les seigneurs perdirent, vers le milieu du XVIe siècle, leurs droits sur les partages avec soulte, comme ils les avaient perdus à l'égard de la licitation, et la législation civile ne tarda pas à établir à son tour une complète assimilation entre le partage avec soulte ou retour de lots et le partage ordinaire en décidant que l'un et l'autre sont également déclaratifs (2). On

(1) Merlin, *Question des droits*, vo propre, § 2, no 5.

(2) Lebrun, liv. 4, ch. 1, no 35. — Pothier, *vente*, no 630.

admet généralement que cette assimilation existe sous l'empire du Code. Telle n'est pas cependant l'opinion d'un auteur dont le nom est considérable dans la science, et dont il nous a été donné d'apprécier les lumières et le talent, M. le professeur Rodière (1). Il voit dans le partage avec soulte un acte translatif, une cession-transport jusqu'à concurrence du montant de la soulte, et il en trouve la principale preuve dans la loi du 22 frimaire an VII qui ordonnait pour les soultes la perception du droit de vente. Nous ne saurions, quant à nous, partager cette manière de voir. Nous ferons remarquer que la loi de frimaire est une loi fiscale, et qu'on ne saurait conclure de ce qu'elle met le partage avec soulte sur le même rang que la vente pour le tarif des droits, que ce partage ait dans le Droit civil le caractère d'une vente véritable. Cette remarque nous semble d'autant plus juste, que l'ordonnance de 1703, en instituant le *centième denier*, consacrait en matière fiscale les mêmes principes que la loi de frimaire, alors cependant qu'à cette époque, et cela est constant, l'effet déclaratif du partage avec soulte était reconnu et proclamé en matière civile.

§ 3.

Autres actes équipollents à partage.

Outre les actes dont nous venons de parler, il en est d'autres auxquels on peut recourir pour mettre un terme

(1) *Revue de Législation*, 1852, p. 309.

à l'indivision et qui tombent, comme les premiers, sous l'application de l'article 883. Tels sont, par exemple, la vente, l'échange ou la transaction. L'assimilation de ces actes au partage fut longtemps contestée dans notre ancien Droit, et Dumoulin lui-même, malgré ses tendances antiféodales, s'opposa énergiquement à leur exemption des droits fiscaux (1).

Ce fut à d'Argentré qu'il appartint de porter les premiers coups à cette doctrine. Il s'efforça de démontrer qu'il ne faut pas s'attacher à la forme des actes, mais à l'intention des parties : *Spectandum potiùs quid agitur* (2). Cette opinion était destinée à triompher ; elle fut adoptée par tous les jurisconsultes qui suivirent (3), et c'est ainsi qu'elle est passée dans le Code Napoléon. « L'action en rescision, dit l'article 888, est admise contre tout acte qui a pour objet de faire cesser l'indivision entre cohéritiers, encore qu'il fût qualifié de vente, d'échange et de transaction ou de toute autre manière. » C'est, il est vrai, à propos de l'action en rescision que le texte cité assimile ces actes au partage ; mais n'est-ce pas comme s'il disait d'une manière générale qu'ils constituent un véritable partage, puisque les partages seuls peuvent être soumis à l'action en rescision ? L'article 883 suffirait d'ailleurs à lui seul pour faire résoudre la question dans ce sens. Car en déclarant la licitation soumise comme le partage en nature au principe de l'effet déclaratif, il comprend im-

(1) Cout. de Paris, titre des fiefs, 33, 1, 71.
(2) *De laudimiis*, § 53.
(3) Pothier, traité des fiefs, tit. 5.

plicitement dans cette déclaration tous les actes dont nous parlons, qui ne sont autre chose que des espèces de licitations, quel que soit le nom qui leur ait été donné par les parties.

Il importe de constater, en ce qui concerne la transaction, qu'elle ne prendra le caractère de partage que lorsqu'elle interviendra sur des difficultés peu sérieuses. Mais s'il s'agissait de difficultés réelles et graves, elle serait alors régie par les règles spéciales à la transaction ordinaire.

Pour l'échange, il n'y a aucune distinction à faire entre le cas où elle s'est opérée, au moyen des biens héréditaires et celui où l'un des héritiers aurait reçu des biens de la succession, en abandonnant des biens dépendant de son patrimoine personnel : « *Nec si res immobilis*, dit d'Argentré, *pro immobili permutatio putanda, etiam si de proprio compensationis fiat, non de corporibus hæreditariis; quia id non agitur ut permutetur, sed potius ut divisio fiat* (1).

Ce que nous avons dit de la vente, de la transaction et de l'échange, doit s'entendre également de tout acte à titre onéreux qui aurait pour conséquence de faire cesser l'indivision ; cela résulte de ces expressions de l'article 888 : *ou de toute autre manière*. D'où il faut conclure que la cession de droits successifs, par exemple, faite par un héritier à tous ses cohéritiers, ne produira pas les effets

(1) *De laudimiis*, art. 63, note 4, nº 3.

d'une vente ordinaire, mais d'un partage pur et simple, et sera déclarative de propriété.

Quant aux dispositions à titre gratuit, elles ne peuvent être considérées comme opérant un partage, et échappent par conséquent à la fiction de l'article 883. D'une part, en effet, l'assimilation faite par l'article 888, au point de vue de l'action en rescision, ne peut leur être applicable, puisqu'une donation ne peut jamais être sujette à une action de ce genre. D'autre part, on ne saurait trouver dans ces libéralités, comme dans les actes à titre onéreux, les traces de la licitation mentionnée par l'article 883, car le contrat qui leur a donné naissance « attribue tout à l'un et rien à l'autre (1). » De graves inconvénients résulteraient d'ailleurs ici de l'application de l'effet déclaratif. Les héritiers auraient le moyen de frustrer les créanciers du gage de leur créance et d'enrichir un tiers au détriment de ceux-ci, voire même à leur propre avantage, puisque le donataire doit des aliments au donateur (2).

SECTION II.

ACTES PEÉPARATOIRES A PARTAGE.

Le partage n'est pas toujours possible, au moyen d'une seule opération. Il peut résulter, soit de la nature des

(1) Championnière et Rigaud, n° 2723.
(2) Dalloz. *Diction*, *suppl.*, v° *partage*, n° 305, 3°.

objets à partager, soit de certaines circonstances particulières, que plusieurs actes séparés et successifs soient nécessaires pour faire cesser complètemeut l'indivision. On s'est demandé si, dans ce cas, chacun des actes qui interviendra constituera un partage partiel soumis à la fiction de l'article 883, de la même manière qu'un partage général et unique.

La question s'est présentée pour la cession de droits successifs. Ainsi, quand de trois héritiers, le premier cède, soit au second pour le tout, soit au second et au troisième, chacun pour moitié, le tiers qui lui appartient dans la succession, y aura-t-il, dans cette hypothèse, une vente ordinaire, ou bien faudra-t-il dire, conformément au principe de l'effet déclaratif, et bien que l'indivision continue entre les deux héritiers cessionnaires, que le cédant est réputé n'avoir jamais été propriétaire de la portion cédée? La dernière opinion nous semble plus exacte. Elle est conforme, en premier lieu, aux traditions de notre ancienne jurisprudence. « Un premier principe, disait Guyot (1), est que le premier acte que passent les héritiers entre eux avant partage, quelques termes de vente, cession, transport qu'on y emploie, est exempt de droits ; c'est le partage, c'est leur premier vœu, leur but principal, et le premier acte qu'ils passent a toujours cet objet. Or, le partage entraîne plusieurs opérations; il est permis aux héritiers de l'élaguer par des actes préparatoires qui sont des espèces de licitations, des espèces de partages préliminaires, qui réduisent le partage principal

(1) Traité de licitation. ch. 5, sect. 3, 11.

à sa simplicité, qui le rendent stable, solide et sans remords. » Il n'y a point de règle, ajoute-t-il plus loin, qui oblige les associés à ne sortir de communauté qu'en la rompant avec tous. Tous les associés ne faisant qu'un, l'un peut liciter sa portion, soit avec un, soit avec tous; cela ne fait que diminuer le nombre des copropriétaires ; mais il n'y a pas de changements de propriétaire....., c'est toujours un acte qui n'a trait qu'à la dissolution de la communauté, et dans lequel *l'esprit des contractants est de partager et non de vendre* (1). »

Telle était la doctrine suivie dans notre ancien droit, et c'est cette doctrine que la plupart des auteurs résumaient, en disant que le *premier acte* entre cohéritiers était réputé partage. Les rédacteurs du Code Napoléon ont-ils entendu déroger à cette doctrine? Nous ne le pensons pas. Il semble, au contraire, qu'ils l'aient sanctionnée formellement dans l'article 888, qui considère comme partage tout acte, de quelque nom qu'on l'ait appelé, qui a pour *objet* de faire cesser l'indivision entre cohéritiers. L'article ne dit pas *pour effet*, mais *pour objet*, ce qui indique qu'il n'est pas nécessaire, pour qn'une opération ait le caractère déclaratif d'un partage, qu'elle fasse directement cesser l'indivision entre tous les cohéritiers, mais qu'il suffit qu'elle soit faite en vue d'y aboutir, d'une façon plus ou moins lointaine (1).

(1) *Id.* chap. 3, sect. 3, § 4, n° 4. — Poth., *des fiefs*, part. 1, ch. 5, § 3, *et de la vente*, n° 644. — L'Oquet de Livonnière, cout. d'Anjou, art. 282, *Observ.* 1.

(1) Champ. et Rig., t. III, n° 2724, 2737. — Duvergier, *de la vente*, t. II, n° 147. — Mourlon, *revue pratique de D. franç.*, 1859, t. VIII, p. 211 et suiv.

L'opinion contraire, soutenue par un grand nombre d'auteurs, a été consacrée par la cour de cassation dans plusieurs arrêts. Voici les arguments qu'on invoque en sa faveur :

L'article 803, dit-on, est une exception au droit commun, qui veut que les créanciers hypothécaires conservent le droit réel dont ils sont investis, en quelques mains que passe l'immeuble hypothéqué. Or, une exception ne peut être étendue d'un cas à un autre. — La fiction de droit établie par l'article 883 ne s'applique d'ailleurs, d'après les termes même de l'article 888, qu'aux actes qui y sont énoncés et qui, passés entre tous les héritiers, ont pour *effet* de les faire sortir de l'indivision. — Enfin, la loi, en posant le principe que chaque héritier est censé avoir 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, n'a-t-elle pas entendu que chacun des cohéritiers aurait reçu sa part de ces effets, soit au moyen d'un partage en nature, soit par suite d'une licitation, et par conséquent que l'indivision aurait cessé entre tous? « Il résulte, en effet, disent MM. Aubry et Rau, de l'intime connexité qui existe entre les deux dispositions de l'article 883 que, si chaque cohéritier est censé n'avoir jamais été propriétaire des objets héréditaires dont il a perdu la copropriété par suite de l'acte qui l'a fait sortir de l'indivision, ce n'est là qu'une conséqcence de cette autre fiction légale qui considère les héritiers, dans le lot duquel ces objets sont tombés, comme en ayant été dès l'origine propriétaires

exclusifs. Or, si l'acte qui fait cesser l'indivision quant à l'un des cohéritiers, l'a laissée subsister à l'égard des autres, il est impossible d'appliquer à ces derniers la disposition, suivant laquelle chaque cohéritier est censé avoir succédé seul aux objets compris dans son lot; et par suite, il devient aussi impossible d'appliquer au premier la disposition, suivant laquelle chaque cohéritier est censé n'avoir jamais été propriétaire des objets dont il a perdu la copropriété (1).

Un autre argument est apporté par M. Dutruc à l'appui de ce système (2). Admettre, dans notre hypothèse, l'effet déclaratif, ce serait, suivant cet auteur, consacrer une inégalité choquante, puisque l'héritier qui serait sorti de l'indivision se trouverait, en vertu de l'article 883, affranchi de toutes les charges dont la succession aurait pu être grevée par l'un des cohéritiers, tandis que les autres seraient tenus de supporter ces mêmes charges.

Ces diverses raisons, quoique spécieuses, ne nous paraissent nullement fondées. Le premier argument, qui consiste à dire que l'article 883, étant une exception, doit être restreint dans ses justes limites, tourne dans un véritable cercle vicieux; car ce sont précisément ces limites qu'il s'agit de déterminer; nous avons d'ailleurs admis, quant à nous, que la règle de l'effet déclaratif, générale et absolue dans l'ancien droit, s'était conservée dans le Code avec le même caractère. — Quant au second, il fait trop

(1) Zachariæ, § 325, n° 10.
(2) Dutruc. p. 55.

bon marché du texte. Aux mots *les héritiers* employés par l'article 888, il ajoute le mot *tous ;* et à l'expression *objet* il substitue le mot *effet*. Ce n'est pas en défigurant un texte qu'on l'explique, et le sens qu'il ne comporte qu'une fois ainsi dénaturé, ne peut être son sens véritable.

Le troisième argument repose sur la connexité qui existe entre les deux dispositions de l'article 883. Nous ne contestons pas cette connexité ; mais nous disons que, bien loin d'autoriser la distinction qu'on voudrait établir entre le cas où l'indivision a cessé complètemeut à l'égard de tous les cohéritiers et celui où la cession de droits successifs ne l'a fait cesser qu'entre quelques cohéritiers seulement, le texte la repousse au contraire expressément, car il ne dit pas que chaque cohéritier est censé n'avoir jamais eu la propriété des effets compris dans les lots des autres cohéritiers, mais n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession.

Pour ce qui concerne le dernier argument invoqué par M. Dutruc, fondé sur l'injustice qu'il y aurait à ce que les cohéritiers cessionnaires subissent les charges que le cédant n'aurait plus à supporter, qu'il nous suffise de répondre qu'il ne peut être question ici d'injustice, car les parties auront dû nécessairement prendre en considération cette circonstance dans la fixation du prix de cession et arrêter en conséquence le montant de ce prix.

Ces objections ainsi écartées, disons, en nous résumant, que l'acte qui fait sortir de l'indivision un seul des cohéritiers, est de la même nature que celui qui les en fait sortir tous; que s'il a moins de portée, il ne présente pas

moins les mêmes caractères, et que, par conséquent, on doit, conformément à l'ancienne jurisprudence, lui appliquer la fiction de l'effet déclaratif.

La même solution devrait être appliquée à la licitation qui interviendrait entre tous les cohéritiers, mais relativement à un seul immeuble de la succession, les autres restant indivis. Il n'est pas nécessaire, en effet, pour que l'article 883 soit applicable, que tous les biens soient partagés, et l'effet déclaratif résulte du partage partiel, quant aux biens qui y sont compris, aussi bien que du partage total.

CHAPITRE III.

Des choses auxquelles le caractère déclaratif du partage est applicable.

L'art. 883 ne faisant pas de distinction, on doit décider qu'il est applicable en général, quelle que soit la nature des objets à partager, qu'ils soient meubles ou immeubles, corporels ou incorporels. Mais une vive et importante controverse s'est élevée sur la question de savoir s'il régit également les créances. La difficulté naît de l'art. 1220 C. N. qui proclame la division de plein droit des créances, et l'on se demande si la disposition qu'il contient ne constitue pas une dérogation à l'art. 883.

La négative est soutenue par de nombreux auteurs.

Nous n'hésitons pas, quant à nous, à nous prononcer pour l'affirmative (1). La maxime que le partage est décla-

(1) Duranton, t. VIII, nos 163 et 169. — Mourlon, rép. écrit, t. II, p. 202, 203. — Demante, t. III, no 225 *bis*. VII.

ratif ne doit avoir trait qu'aux choses susceptibles d'être partagées, et ne peuvent être partagées que les choses qui sont indivises. Q'est-ce en effet que l'action en partage si ce n'est, comme le dit Pothier (1), celle que chacun des cohéritiers a contre ses cohéritiers pour les obliger à partager les biens qui sont communs entre eux. Or le législateur, dans l'art. 1220, divise de plein droit entre les héritiers les dettes et les créances au moment même de l'ouverture de la succession : ces dettes et ces créances ne sont donc jamais communes entre eux, et par conséquent elles ne sauraient faire l'objet d'un partage proprement dit ayant le caractère déclaratif déterminé par l'art. 883. Les partisans de la doctrine opposée objectent, il est vrai, l'art. 832 ainsi conçu : « Il convient de faire entrer dans chaque lot, s'il se peut, la même quantité de meubles, d'immeubles, de droits ou de créances de même nature et valeur. » Cet article, dit-on, ne montre-t-il pas que le lotissement opéré de cette manière constitue un véritable partage, et n'assimile-t-il pas complètement les créances aux autres effets héréditaires ? L'art. 1220 dit, à la vérité que les héritiers pourront, à partir de l'ouverture de la succession, demander le paiement de la portion de la créance héréditaire pour laquelle ils représentent le défunt ; mais ce n'est là qu'un partage provisoire que la loi était bien forcée d'établir , car il fallait décider par qui les débiteurs pourraient être poursuivis jusqu'au jour du partage définitif. Dès que ce dernier partage a été effectué, toutes les règles

(1) Succession, ch. 4, art. 1.

ordinaires sont applicables, et l'effet déclaratif se produit en vertu de l'art. 883.

Cette interprétation de l'art. 832 ne nous semble pas exacte. La disposition qu'il contient n'est en effet que la reproduction d'une règle d'équité empruntée au Droit romain, en vertu de laquelle le juge avait la faculté, dans certaines circonstances difficiles, d'arriver à l'égalité, en attribuant une créance héréditaire, dans son entier, à tel ou tel lot : il évitait ainsi le morcellement de cette créance et la nécessité pour les copartageants de se faire respectivement raison en valeurs étrangères à la succession. Or. il résulte des expresions même de Gaius que, dans ce cas, l'héritier auquel la créance était attribuée jouait un rôle analogue à celui de notre cessionnaire ; il agissait *partim proprio, partim procuratorio nomine* (1). D'ailleurs l'article 832 ne s'explique nullement sur la nature du lotissement dont il parle; et l'on peut, tout en respectant l'art. 1220, obéir à ses prescriptions en y voyant une cession que se feraient réciproquement les héritiers des parts de créance que leur assigne l'art. 1220. Comment, en outre, serait-ce incidemment, dans une disposition ne constituant qu'un simple conseil, que les rédacteurs du Code auraient formulé une doctrine d'une telle importance?

Une autre considération vient s'ajouter aux précédentes : nul, sans doute, ne voudrait soutenir qu'il dépend des cohéritiers de faire, entre eux, un partage du passif héréditaire, de manière à ce que l'un d'eux serait seul tenu

(1) L. 3, D. *Famil. ercisc.*

désormais, à l'encontre des créanciers, d'une dette de la successsion ! Or, l'actif se divise de plein droit comme le passif, et l'article 1220 ne fait à cet égard aucune distinction ; donc cette division qui ne peut être modifiée par les cohéritiers, à l'encontre des créanciers, ne doit pas pouvoir l'être non plus à l'encontre des débiteurs. L'attribution d'une créance faite à un lot n'est, à vrai dire, qu'une cession consentie par les cohéritiers de leur part dans cette créance au profit de celui d'entre eux à qui écherra le lot dans lequel elle est comprise. De là découlent plusieurs conséquences importantes :

Il est nécessaire d'accomplir les formalités prescrites par l'article 1690, et l'héritier cessionnaire de la part de créance de son cohéritier n'en est saisi, à l'égard des tiers, que du moment où il a obtenu du débiteur cédé une acceptation de la cession dans un acte authentique, ou qu'il la lui a fait notifier ;

Les débiteurs peuvent valablement se libérer entre les mains des héritiers pour leur part et portion ;

La saisie-arrêt pratiquée pendant l'indivision sur la part qu'a l'un des cohéritiers dans une créance héréditaire, subsiste quand même la créance tomberait en entier, par l'effet d'un partage ultérieur, au lot d'un autre que le débiteur.

Enfin si le débiteur de la succession était créancier de l'un des héritiers autre que celui à qui est échu le lot dans lequel a été comprise la totalité de la créance dont il est tenu, il pourrait se refuser an paiement de la part revenant à cet héritier dans la créance, tant qu'il n'aurait pas

accepté l'attribution dont il s'agit ou qu'elle ne lui aurait pas été signifiée.

Ce système, malgré les termes formels de l'art. 1220 C. N., est généralement repoussé par la Cour de cassation, et parmi de nombreux arrêts rendus, par elle, sur cette importante question, un seul, du 29 novembre 1847, proclame l'application de l'article 1220 aux créances, à l'exclusion de l'article 883 (1).

CHAPITRE IV.

Des conséquences du caractère déclaratif du partage.

Après avoir signalé et déterminé le principe contenu dans l'article 883, il nous reste maintenant à rechercher les conséquences et les cas d'application de ce principe, tel que nous l'avons défini, soit à l'égard des copartageants, soit à l'égard des tiers.

SECTION PREMIÈRE.

CONSÉQUENCES ENTRE COPARTAGEANTS.

§ 1.

Quant aux biens susceptibles d'être partagés.

Le partage, en vertu de l'effet rétroactif qui lui est attribué, ne constituant pas une aliénation, mais un acte sim-

(1) Cass. Dev., 37, 1. 106. — Cass. Dev. 49, 1. 179.

plement déclaratif de propriété, il en résulte que les prohibitions qui frappent l'aliénation de certains biens ne mettent pas obstacle au partage de ces mêmes biens, à moins que la loi se soit expliquée à cet égard d'une manière formelle. C'est ainsi qu'il faut décider que le mari pourra, avec le concours de sa femme (1), provoquer le partage des biens dotaux, quoique ces biens ne puissent être aliénés, soit par le mari seul ou avec le consentement de sa femme, soit par la femme seule ou avec l'autorisation de son mari, soit enfin par tous deux conjointement (2). Un résultat analogue se produira en matière de substitutions. On sait que les aliénations faites par le grevé ne peuvent être opposées aux appelés qui ont renoncé à la succession du grevé ou qui l'ont acceptée bénéficiairement. Au contraire, le partage provoqué par le grevé qui aurait reçu des biens indivis ou contre lui, serait parfaitement valable vis-à-vis de l'appelé et produirait tous ses effets ordinaires.

§ II.

De l'action résolutoire et de la folle-enchère.

Les partages, licitations ou actes qui tiennent lieu de partage ou de licitation, sont-ils soumis à l'action résolutoire pour défaut de paiement du prix, de la part du

(1) *Secùs*, Aix, 9 janv. 1810.

(2) Art. 1554.

cohéritier qui en est débiteur envers celui ou ceux de ses cohéritiers qui en sont créanciers? Il semble que la négative ne puisse être douteuse, si l'on applique la règle de l'effet déclaratif. Il faudrait, pour qu'il en fût ainsi, que la loi se fût exprimée à cet égard dans un texte formel ; or, ce texte n'existe nulle part. Qu'on ne vienne pas dire que cela résulte implicitement de l'article 1184, qui déclare que la condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques pour le cas où l'une des parties ne satisfera pas à son engagement. L'article 1184 ne saurait s'appliquer ici (1). Le partage, tel que l'article 883 le définit, n'est pas un contrat synallagmatique ; les copartageants ne se transmettent rien : ils sont réputés tenir directement du défunt les objets à eux échus. Et cela est tellement vrai, que le législateur, après avoir créé cette fiction, générale et absolue, a dû recourir à une disposition spéciale pour leur accorder l'action privilégiée, soit pour le paiement de la soulte, soit pour la garantie (2).

C'est par application du même principe que le cohéritier adjudicataire sur licitation n'est pas soumis à la revente sur folle-enchère, lorsqu'il n'a pas exécuté les conditions de l'adjudication. Etant réputé tenir la chose du défunt et non pas de ses copartageants, ceux-ci ne peuvent employer contre lui cette voie de résolution

(1) V. un article de M. Demangeat, *Revue pratique*, t. IV, p. 271,

(2) Art. 2103$^{3°}$, 2109.

qui est une garantie accordée par la loi aux vendeurs non payés.

Mais ne pourrait-on pas stipuler, soit dans un acte de partage ou tout autre acte équivalent, soit dans le cahier des charges d'une adjudication sur licitation, que la résolution du partage pourra être demandée ou que le cohéritier-adjudicataire sera soumis à la revente sur folle-enchère, pour défaut de paiement de la soulte ou du prix ? La Cour de Rouen (1) s'est prononcée pour la négative. Si cette condition était admise, dit-elle, elle deviendrait bientôt habituelle dans les actes de partage, et alors se trouverait entièrement détruite la fiction de l'article 883 du Code Civil ; fiction qui a été créée, moins en faveur des copartageants qu'en faveur des tiers, auxquels il n'est pas permis d'enlever la garantie que la loi leur a donnée en assurant l'irrévocabilité des partages. D'ailleurs l'intérêt public veut que la propriété immobilière ne reste pas incertaine, que le sort et l'état des familles soient à l'abri des bouleversements que pourrait entraîner l'annulation du partage, et il proscrit toute convention qui, en faisant revivre l'indivision, aurait pour résultat de la perpétuer. — Nous ne nous dissimulons pas la gravité de ces considérations ; cependant nous ne les croyons pas suffisantes pour justifier le système dont elles sont la base. Il est une considération, suivant nous, plus forte que toutes celles-là, c'est que les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Sans doute, l'article 883 dispose

(1) 10 juin 1841. D. P. 41, 2. 201.

que le partage est déclaratif, et l'on en conclut, avec raison, qu'il n'est pas soumis à la condition résolutoire, lorsque les parties ont gardé le silence sur ce point ; mais lorsqu'elles auront, par une mention expresse, admis l'action en résolution, cette clause devra produire tout son effet. « Stipuler une pareille clause, dit la Cour de Cassation, dans son arrêt du 6 juin 1846, qui casse l'arrêt de la Cour de Rouen, est simplement faire un partage conditionnel ; ce qui n'est nullement interdit par les lois (1). »

SECTION II.

CONSÉQUENCES A L'ÉGARD DES TIERS.

§ I.

Droits consentis pendant l'indivision.

Un homme est mort, laissant deux héritiers, Mœvius, Titius : pendant que l'indivision durait encore, Mœvius a constitué une hypothèque sur un des immeubles de la succession. Selon les principes du Droit romain, cette hypothèque continue de grever le droit indivis sur lequel Mœvius l'a constituée, soit que l'immeuble tombe dans son lot, soit qu'il tombe dans le lot de son cohéritier Titius ; dans le premier cas, en effet, le droit sur lequel elle porte, reste à celui qui l'a constituée; dans le second il passe à Ti-

(1) Devilleneuve, 1846, 1. 121.

tius qui, bien qu'il n'ait pas lui-même consenti l'hypothèque, est néanmoins tenu de la respecter, parce qu'étant réputé avoir, par le partage, acheté la part indivise de Mœvius sur l'immeuble, il n'a pu l'acquérir qu'avec les charges qui pesaient sur elle, et par conséquent avec l'hypothèque que Mœvius avait consentie.

En Droit français, les choses se passent autrement. Chaque héritier étant censé, après le partage, avoir été propriétaire *ab initio* des objets tombés dans son lot et n'avoir jamais eu aucun droit sur ceux qui sont tombés au lot de ses copartageants, il en résulte que la question de savoir si l'hypothèque consentie par l'un des héritiers sur l'un des immeubles de la succession est ou non valable, est subordonnée au résultat du partage. L'immeuble hypothéqué échoit-il à un autre que le constituant, l'hypothèque est nulle, car elle a été constituée *a non domino* ; échoit-il au contraire au constituant, elle est valable, puisqu'elle émane d'un véritable propriétaire.

Mais dans ce dernier cas, l'hypothèque frappe-t-elle la totalité de l'immeuble tombée au lot de celui qui l'a établie, ou seulement la portion représentant le droit indivis qu'il avait sur l'immeuble pendant l'indivision ? Il faut dire, suivant nous, qu'en principe l'hypothèque s'étend à l'immeuble tout entier, à moins qu'il ne résulte des circonstances ou des termes de l'acte constitutif que l'héritier n'a entendu hypothéquer que sa part indivise. On devrait donc, dans le doute, se prononcer pour l'affectation générale de l'immeuble ; car il est naturel de croire que c'est au résultat éventuel du partage que les contractants ont

entendu se reporter (1). Mais s'il s'agissait d'un cohéritier ou d'un copropriétaire n'ayant hypothéqué que la part indivise ou la moitié qui lui appartient dans l'immeuble, et qui se serait ensuite rendu, sur licitation, adjudicataire du tout, dans cette hypothèse, l'hypothèque consentie pendant l'indivision ne grèverait pas la totalité de l'immeuble, mais seulement la portion représentant la part indivise du constituant. Le contraire avait, il est vrai, été décidé par un arrêt de la cour de Paris du 26 janvier 1824, mais la cour suprême a cassé cet arrêt (2), et c'est avec raison suivant nous; car la fiction, d'après laquelle chaque copartageant est censé avoir toujours eu la propriété des biens compris dans son lot ou à lui adjugés sur licitation, ne peut avoir pour conséquence d'étendre l'hypothèque consentie par un cohéritier pendant l'indivision à une portion d'immeuble autre que celle que les parties avaient nominativement indiquée au moment de l'affectation hypothécaire.

Le cohéritier qui a constitué l'hypothèque se trouve, après le partage, complètement à l'abri des poursuites du créancier auquel il l'a consentie, s'il n'est tombé dans son lot aucune parcelle de l'immeuble hypothéqué. Il n'en est autrement que lorsque l'hypothèque a été concédée sur tous les immeubles de la succession, ou quand il s'agit de l'exercice des hypothèques légales ou judiciaires, lesquelles portant sur tous les biens présents et à venir du débiteur, frappent nécessairement les immeubles à lui échus par le partage.

(1) Cour de Paris. Arrêt du 26 janvier 1824. D. p. 27, 1., 82.
(2) C. Cass. 6 déc. 1826, D. p. 27, 1, 82.

On s'est demandé si le créancier hypothécaire qui voit disparaître son gage, par suite de l'attribution de l'immeuble hypothéqué à un autre que le constituant, a le droit de réclamer le bénéfice de l'art. 2131 et de poursuivre immédiatement le remboursement de la créance ou d'obtenir un supplément d'hypothèque. Pour nous, nous ne le croyons pas, parce qu'il nous semble que nous ne sommes pas ici dans l'hypothèse prévue par l'art. 2131. Cet article suppose un immeuble qui a péri ou subi des dégradations, un créancier qui a éprouvé une diminution dans son gage hypothécaire. Or, telle n'est pas la situation produite par l'art. 883, lorsque l'immeuble hypothéqué n'échoit pas au débiteur. Celui-ci étant considéré comme n'ayant jamais eu la propriété de l'immeuble, le créancier hypothécaire doit être par conséquent réputé n'avoir jamais eu d'hypothèque sur cet immeuble, et partant il ne peut prétendre avoir éprouvé une diminution dans un gage hypothécaire qu'il n'a jamais eu. La cour de Caen, dans un arrêt du 15 février 1837, a consacré cette opinion (1).

Une question importante se rattache à cet ordre d'idées : si l'un des cohéritiers avait constitué une hypothèque sur sa part indivise, et que cet immeuble eût été adjugé par licitation à un autre héritier, la portion du prix d'adjudication revenant au constituant devrait-elle être considérée, entre ses créanciers respectifs, comme représentative de son droit dans l'immeuble et assignée au créancier hypo-

(1) Deville, 88, 2 à 154, note 3.

thécaire de préférence aux autres créanciers chirographaires ? En un mot, la fiction de l'art. 883, qui enlève aux créanciers le droit de suite sur l'immeuble qui a été hypothéqué par un héritier autre que celui auquel le partage a attribué cet immeuble, leur enlève-t-elle en même temps le droit de préférence ?

L'affirmative a pour elle un arrêt de la cour d'Aix et l'opinion de nombreux auteurs (1). Mais la négative nous semble préférable. Nous avons démontré en effet que la maxime de l'effet déclaratif doit être entendue d'une manière générale, et quelle doit recevoir son application dans tous les cas et à l'égard de toutes personnes, sauf dérogation expresse de la loi. Dans l'espèce, l'hypothèque consentie par le cohéritier étant subordonnée à la condition résolutoire du partage, et l'immeuble sur lequel elle avait été constituée étant tombé par le résultat de ce partage au lot d'un autre que le constituant, cette hypothèque doit être considérée comme n'ayant jamais existé, puisque celui qui l'a établie est réputé, en vertu de l'effet rétroactif, n'avoir jamais été propriétaire de l'immeuble grevé : et comme il ne saurait y avoir aucun effet sans cause, il faut en conclure que le droit de préférence et le droit de suite, conséquences l'un et l'autre de l'hypothèque qui a disparu, seront perdus tous deux pour les créanciers.

Telles sont les conséquences de l'effet déclaratif du partage relativement aux hypothèques consenties durant l'indivision. Ces conséquences sont les mêmes pour tous les

(1) Aix, 23 janv. 1835. — Aubry et Rau, t. 5, p. 269. — Rodière, *Revue de Législation*, 1852, p. 309.

autres droits réels, tels que servitudes, usufruit, usages etc... créés par un cohéritier ou un copropriétaire sur un immeuble indivis.

Mais faut-il appliquer à l'aliénation de la propriété intégrale, ce que nous disons quant aux concessions de démembrements de la propriété? Nous le pensons ; car il n'existe pas de raison de différence, et il y aurait plutôt une raison d'*à fortiori*. Les aliénations complètes en effet ne sont pas entourées d'une publicité aussi grande que les constitutions d'hypothèques. Si, malgré cette publicité, le législateur a cru devoir garantir les cohéritiers par l'article 883, en leur faisant parvenir les immeubles tombés dans leur lot libres de toutes charges consenties par leur cohéritier , combien plus a-t-il dû avoir cette pensée pour le cas d'aliénation ! (1) L'aliénation, d'ailleurs, ne constitue-t-elle pas la concession d'un droit réel , du droit par excellence, la propriété? et à ce titre, n'est-il pas logique de la soumettre à l'effet déclaratif du partage et de décider que si l'immeuble, dont un des communistes a aliéné sa part indivise, tombe par le partage en d'autres mains que celles du vendeur, l'aliénation que celui-ci aura faite sera non avenue à l'égard de l'héritier auquel l'immeuble est échu?

Néanmoins cette solution a été contestée par quelques auteurs , suivant lesquels les aliénations consenties par l'un des cohéritiers sont toujours valables dès l'origine, quel que soit le résultat ultérieur du partage (2). Deux

(1) Lieg. *op. cit.*

(2) Voy. la dissertation de M. Ferry à ce sujet, *Themis*, tom. 8, page 49.

arguments principaux sont la base de ce système. Le premier peut se formuler ainsi : La fiction de l'art. 883 s'applique à tous les objets qui se trouvent dans l'indivision. Chaque cohéritier est censé avoir toujours été propriétaire des objets tombés dans son lot et ne l'avoir jamais été de ceux qui tombent au lot des autres cohéritiers. On conçoit donc parfaitement qu'il en résulte, comme conséquence nécessaire, que les droits réels concédés pendant l'indivision par un autre que celui auquel l'immeuble qu'ils grèvent est échu, doivent être considérés comme n'ayant jamais eu aucune existence , puisqu'aux termes de la fiction, ils ont été consentis *à non domino*. Mais il n'en est plus de même lorsque c'est une aliénation qui a eu lieu. Le cohéritier qui a vendu a cessé d'être dans l'indivision avec les autres relativement à l'objet vendu, et le partage provoqué par ces derniers ne peut être valablement effectué qu'avec le concours du cessionnaire. La fiction de l'art. 883 , s'appliquant exclusivement aux biens indivis, ne pourrait s'étendre à un bien qui est sorti de l'idivision. — Ce raisonnement est une véritable pétition de principe. En effet, le bien aliéné n'a pu sortir de l'indivision que si l'aliénation a été faite valablement ; or, c'est précisément cette validité de l'aliénation qui est contestée.

L'autre argument est tiré des lois romaines (l. 54, D. *famil. ercisc.* ; l. 3, Code *Comm. divid.*) Mais il ne saurait avoir aucune force ; car, s'il est vrai qu'en Droit romain, l'aliénation consentie par un cohéritier de sa part indivise était valable, alors même que le partage l'attribuait

à un cohéritier autre que celui qui avait aliéné, c'était là une suite naturelle de l'effet translatif, lequel n'existe plus dans notre droit français.

Du reste, la doctrine que nous combattons était déjà repoussée dans l'ancienne jurisprudence, où l'on enseignait que le droit de l'acquéreur était subordonné à l'événement du partage (1) ; et telles sont aussi la doctrine et la jurisprudence moderne(2). « Attendu, dit un arrêt de la Cour de cassation du 13 février 1838, qu'on ne peut reconnaître aucun propriétaire entre le défunt et celui de ses héritiers à qui le partage attribue tel effet de sa succession ; qu'il suit de là que les hypothèques conférées par tout autre cohéritier, ainsi que *toute cession ou vente de sa part*, dans cet effet, s'évanouissent devant la propriété du cohéritier saisi par le partage ou la licitation, lesquels ne sont point attributifs, mais déclaratifs de propriété. » — Remarquons toutefois que, tant qu'il n'y a pas eu partage, les héritiers ne peuvent critiquer l'aliénation de l'immeuble ; car cette aliénation n'est pas nulle de plein droit, et elle peut, au contraire, devenir valable si le bien tombe dans le lot de l'aliénateur (3).

(1) Lebrun, liv. IV, ch. 1, n° 21.

(2) Toulouse, 15 janv. 1830.

(3) Toulouse, 2 avril 1835, D. P. 35, 2, 120 ; Bourges, 14 janv. 1831. Dalloz, *Répertoire. gén.* v° *succession*, p. 543.

§ II.

Prescription.

Le partage étant simplement déclaratif de propriété et ne constituant pas un titre d'acquisition, il faut en conclure qu'il ne pourrait être considéré comme un juste titre de nature à fonder la prescription décennale ou vicennale. L'héritier ne pourra que continuer la possession de son auteur et prescrire aux mêmes conditions que lui.

Est-ce à dire que le partage ne produit aucun effet en cette matière ? Ce serait une grave erreur que de le penser. Le caractère déclaratif qui lui est attribué exerce, au contraire, sur l'accomplissement de la prescription, une influence considérable.

Supposons un fond de terre indivis entre deux héritiers : L'un habite le ressort de la Cour impériale dans lequel le fonds se trouve situé; l'autre habite un ressort différent ; un tiers possède cet immeuble de bonne foi et en vertu d'un juste titre. La question de savoir par quel espace de temps la prescription sera accomplie au profit de ce tiers sera subordonnée à l'événement du partage. L'immeuble est-il attribué à l'héritier domicilié dans le ressort ? Dix ans de possession auront suffi pour la totalité de l'immeuble ; tandis qu'il en faudra vingt s'il tombe au lot de celui qui demeure dans le ressort d'une autre Cour. C'est, on le voit, l'application pure et simple de l'article 883.

L'influence de la fiction de l'effet déclaratif s'exercerait

aussi dans l'hypothèse où le tiers de bonne foi possèderait un immeuble indivis entre plusieurs cohéritiers dont les uns sont majeurs et les autres mineurs. On sait qu'en vertu de l'article 2252, la part des mineurs est à l'abri de la prescription, tandis que cette prescription court à l'égard des majeurs. Quelle sera donc la position du tiers, si le laps de temps exigé pour prescrire est écoulé? C'est encore ici à l'article 883 qu'il faudra recourir, et c'est par le résultat du partage qu'il faudra se déterminer. Si l'immeuble vient tout entier aux mains d'un des majeurs cohéritiers contre lequel la prescription pouvait courir, le tiers pourra lui opposer la prescription pour le tout, sans qu'il lui soit donné de se prévaloir de la suspension opérée en faveur des mineurs; le mineur, en effet, étant réputé n'avoir jamais été propriétaire, n'a jamais pu jouir du bénéfice de la prescription. Que si l'immeuble est tombé, au contraire, dans le lot d'un héritier mineur, le tiers ne pourra lui opposer la prescription pour aucune portion ; et c'est en vain qu'il viendrait invoquer l'acquisition qu'il a faite durant l'indivision des portions des héritiers contre lesquels la prescription avait couru, alors que ces héritiers sont considérés comme n'ayant jamais eu la propriété de ces portions et que l'acquisition qu'il invoque est nécessairement non-avenue.

L'article 883 s'appliquerait encore au cas où la prescription ayant été interrompue avant le partage par l'un des cohéritiers, l'immeuble se trouverait ensuite attribué en entier à ce même cohéritier : par suite de la rétroactivité du partage, l'interruption de la prescription serait

réputée avoir été faite pour la totalité de l'immeuble. Mais il faut admettre, par réciprocité, que si cet immeuble est échu à l'un de ceux qui, gardant le silence, ont laissé prescrire leurs parts indivises, l'héritier négligent ne pourra invoquer contre le tiers de bonne foi l'interruption provoquée par son cohéritier; celui-ci, en effet, est réputé n'avoir jamais été propriétaire de l'immeuble et n'avoir pu, par conséquent, en interrompre la prescription.

Par application du même principe, nous dirons que lorsque l'héritier vient à continuer la possession de son auteur, cette *accession de possession* s'opère dès le jour même de l'ouverture de la succession, puisqu'en vertu de l'effet déclaratif l'héritier est censé avoir possédé dès ce jour les objets tombés dans son lot

§ III.

De l'article 563 du Code de commerce.

Aux termes de l'art. 563 du Code de commerce, lorsque le mari sera commerçant au moment de la célébration du mariage, ou lorsque, n'ayant pas alors d'autre profession déterminée, il sera devenu commerçant dans l'année, les immeubles qui lui appartiendraient à l'époque de la célébration du mariage ou qui lui seraient advenus depuis, soit par succession, soit par donation entre-vifs ou testamentaire, seront seuls soumis à l'hypothèque de la femme.

On se demande si, dans la situation prévue par cet article, le principe de l'art. 883 sera applicable ; de telle sorte que, si l'on suppose le mari copropriétaire d'un immeuble au moment où il s'est marié, et devenu ensuite par adjudication propriétaire exclusif de cet immeuble, il faille décider que l'hypothèque légale de sa femme frappera non seulement la portion représentant sa part héréditaire, mais encore les portions qu'il a acquises de ses cohéritiers. Un arrêt de la cour de Limoges a été rendu dans le sens de l'affirmative : (1) « Attendu, dit cet arrêt, que lorsque l'article 563 a étendu l'hypothèque légale de la femme d'un commerçant aux immeubles qui adviendraient à ce dernier, pendant le mariage, soit par succession, soit par donation, ce même article n'a apporté aucune dérogation aux principes généraux du droit civil, ni, par suite, à la règle ou fiction légale contenue en l'art. 883 du Code Napoléon ; que son silence à cet égard prouve que le législateur s'en remet anx principes généraux en cette matière ; et qu'en conséquence, il n'a entendu déroger en rien au mode et aux effets du partage réglés par les lois civiles ; — attendu que le mot *succession*, dont se sert l'art. 563 du code de commerce, pour caractériser la provenance des biens échus pendant le mariage, est lui-même inséparable de l'idée d'un partage, avec tous les effets légaux qui y sont attachés par le droit commun. »

Malgré la force des considérations invoquées en sa faveur, nous ne saurions nous ranger à cet avis. Appliquer

(1) Dev. 1853, II, 567.

ici la fiction de l'art. 883 , ce serait contrarier le but même pour lequel l'art. 563 du Code de commerce a été édicté. En effet, pourquoi le législateur de 1838 a-t-il accordé à la femme une hypothèque légale sur les immeubles, advenus au mari par succession ou par donation ? Parce que ces titres d'acquisition démontrent assez que le mari n'a rien déboursé et que les deniers de ses créanciers n'ont pas été employés par lui. Au contraire, tout immeuble qu'il aurait acquis à titre onéreux, serait de plein droit présumé avoir été acquis par lui avec les deniers des créanciers. Or, dans notre espèce, l'époux, en se rendant adjudicataire du bien sur lequel il n'avait auparavant qu'un droit indivis, n'a pu acquérir les portions de ses cohéritiers que moyennant deniers : il faut donc en conclure que l'hypothèque légale de sa femme ne s'étendra pas à ces portions, contrairement à la fiction de l'effet déclaratif (1).

§ IV.

Transcription.

De l'article 883 résulte encore cette autre conséquence, que la transcription de l'acte de partage n'est pas nécessaire, soit pour transférer la propriété, puisqu'il n'est pas un titre d'acquisition, soit à l'effet de purger, puisque les hypothèques consenties durant l'indivision sont nulles

(1) Bourges, 2 févr. 1836.

et non avenues lorsque les immeubles grevés échoient à d'autres que ceux qui les ont consenties.

La loi du 11 brumaire an VIII et dans ces derniers temps la loi du 23 mars 1855 ont consacré ce résultat. Il importe toutefois de remarquer, qu'en l'an VIII comme en 1855, l'application de l'effet déclaratif en cette matière ne passa pas sans opposition, et nous voyons les projets de loi eux-mêmes repousser cette application d'une manière formelle. Mais à l'une comme à l'autre époque, les discussions et les votes du Corps-Législatif firent justice de cette opposition (1), et la loi de brumaire comme la loi de 1855 déclarent le partage exempt de la formalité de la transcription.

CHAPITRE V.

Des partages qui ont le caractère déclaratif.

Né à l'occasion des successions, le principe de l'effet déclaratif n'avait reçu d'application, dans l'origine, qu'entre cohéritiers. Mais peu à peu, l'usage s'introduisit de l'appliquer d'une manière générale, toutes les fois qu'il y avait une indivision à faire cesser, c'est-à-dire non-seulement entre cohéritiers, mais encore entre toute espèce de copropriétaires. Les seigneurs qui n'avaient pu empêcher le principe de s'établir, au grand préjudice de leurs intérêts pécuniaires, voulurent du moins arrêter son développe-

(1) Art. 1 de la loi 1855. *Rapport* de M. de Belleyme.

ment et s'opposer à son extension, mais ils ne réussirent pas davantage dans cette tentative. Ce fut encore cette fois à Dumoulin qu'il appartint de vaincre leur résistance, et cette victoire fut facile. On prétendait, en effet, en faveur de l'asujettissement aux droits fiscaux des partages autres que ceux de succession, que ces partages n'avaient pas le caractère nécessaire qui avait fait introduire la règle de l'effet déclaratif. Dans ces cas, disaient les partisans de cette opinion, le partage est volontaire ; on ne saurait donc, pour soutenir l'affranchissement, se fonder, comme dans l'hypothèse de succession, sur la nécessité du partage (1). C'était là une grave erreur; car toutes les fois qu'il y a indivision, le partage est nécessaire, quelle que soit la cause de cette indivision, puisque chaque communiste a le droit de le provoquer ; Dumoulin ne manqua pas de la relever, et depuis lors il fut convenu, dans la doctrine et dans la jurisprudence, que l'effet déclaratif s'applique à tous les partages. « De partage, dit Loisel, licitation et adjudication *entre cohéritiers ou comparsonniers* ne sont dûs lods et ventes (2). » La même doctrine a été reproduite par Pothier (3); et les textes du Code attestent que le législatenr de l'an XII n'a pas voulu s'en départir.

(1) Cout. de Paris, tit. *Des fiefs*, 33, 1, 69.

(2) Inst. coutum. Liv. 4, tit. 2, règle 13, n° 542.

(3) Vente, n° 630.

Entre associés.

L'application de l'article 883 entre associés résulte de l'article 1872, qui, parlant des partages de sociétés, les déclare soumis aux règles qui régissent les successions. Il est vrai que ce dernier texte ne renvoie pas nommément aux effets du partage ; mais on ne doit voir là qu'un oubli et il ne faudrait pas en conclure que le partage des sociétés n'est pas, comme celui des successions, simplement déclaratif de propriété ; cette décision serait trop contraire à l'esprit de la loi manifesté dans les paroles prononcées par M. Treillard au Corps-Législatif, le 10 ventôse an XII. « ..... Mais pour tout ce qui concerne les formes du partage, les *effets* et les causes qui peuvent en opérer la rescision, nous avons dû renvoyer au chapître VI du titre *des Successions*, qui présente sur cette matière des dispositions auxquelles nous n'avons rien à ajouter. »

Cette assimilation du partage des sociétés au partage des successions une fois établie, une importante question reste à résoudre : celle de savoir de quelle manière s'opèrera l'effet rétroactif du partage d'une société en dissolution. Cet effet s'étendra-t-il à toute la période qui s'est écoulée depuis la formation de la société, de sorte que le copartageant, au lot duquel tombera un immeuble grevé de certaines charges par la société, sera réputé en avoir toujours été propriétaire exclusif, et ne sera tenu en

aucune manière de respecter les charges consenties pendant l'existence de la société? Ou bien sera-t-il restreint à la période d'indivision, comprise entre la dissolution de la société et le moment du partage ?

La première opinion est admise par la plupart des auteurs, et à leur tête par M. Troplong. Suivant eux, l'indivision que fait cesser le partage des biens d'une société ne remonte pas seulement à l'époque de la dissolution de cette société, mais à l'époque de sa formation. Ils s'appuient sur un passage de Pothier ainsi conçu : (1) « Les choses échues en chaque lot sont censées avoir toujours seules composé la part qu'avait eue la communauté, celui au lot duquel elles sont échues. Il est censé avoir été seul propriétaire de ces choses , *depuis qu'elles ont été mises en la communauté* ou acquises pour le compte de la communauté, et n'avoir jamais eu aucune part, *depuis que la communauté a été contractée*, dans les choses échues aux lots des copartageants.» Ces paroles de Pothier ne sont que l'expression d'une opinion toute personnelle qui ne saurait, suivant nous, préjuger en rien la question. A quoi aboutit en définitive le système qui cherche à s'en prévaloir ? A considérer les sociétés comme non avenues, et à anéantir tous les effets qu'elles pourraient avoir produits. Or, n'est-ce pas là un résultat absurde et inadmissible, surtout lorsqu'il s'agit de sociétés commerciales qui forment un être de raison distinct et indépendant des membres qui le composent, ayant leurs obligations et leurs

(1) Contrat de société.

droits ? Les partisans de ce système, effrayés eux-mêmes de ses conséquences, n'osent le pousser jusqu'au bout ; ils distinguent entre les charges constituées par l'un des copartageants *pour son avantage personnel* et celles qui ont été établies par la société en personne, admettant la résolution des unes et maintenant l'existence des autres. Mais cette distinction arbitraire n'est-elle pas la condamnation du système ?

Ainsi, ne disons pas que chaque associé, par suite de l'effet déclaratif du partage, est censé avoir toujours été propriétaire des effets compris dans son lot, du jour où ils ont été mis dans la société. La dissolution d'une société peut en effet être comparée au décès d'une personne ; c'est au moment de cette dissolution que l'indivision commence entre les associés, de même que c'est au moment du décès du *de cujus* qu'elle commence entre cohéritiers ; les associés sont censés chacun tenir directement leur lot de la société, de la même manière que les copartageants d'une succession sont présumés avoir acquis du défun. lui-même les biens qui leur échoient à la suite du partage

Entre époux.

Le principe de l'effet déclaratif reçoit aussi son application dans le partage de la communauté conjugale. « Au surplus, dit l'art. 1476, le partage de la communauté pour tout ce qui concerne ses formes, la licitation des immeubles, quand il y a lieu, *les effets du partage*, la garantie qui en résulte et les soultes, est soumis à toutes les règles qui

sont établies au titre *des successions* pour les partages entre cohéritiers. » Cette disposition est formelle. Chacun des époux est censé, après le partage de la communauté, avoir toujours été propriétaire des objets compris dans son lot et n'avoir jamais eu aucun droit sur ceux échus à l'autre. Mais nous répéterons ici ce que nous avons dit au sujet des partages de société, L'effet rétroactif ne remonte pas jusqu'au jour où les biens partagés sont entrés dans la communauté, mais au jour seulement de la dissolution de cette communauté. En conséquence, toutes les hypothèques ou autres charges consenties depuis cette dissolution jusqu'au moment du partage par l'un des époux sur un immeuble qui échoit par le partage à l'autre époux, seront entièrement nulles, puisque l'époux qui les a constituées est reputé n'avoir jamais eu aucun droit sur l'immeuble qu'elles grevaient. Mais il en serait tout autrement si ces charges avaient été établies par le mari, durant la communauté, sur l'immeuble venu aux mains de sa femme ; car alors le mari a agi au nom de la communauté dont la loi elle-même l'a constitué le représentant, et il n'a fait, en hypothéquant ou en grevant d'une servitude l'immeuble dont la communauté était propriétaire, qu'user du droit qui lui est conféré par l'art. 1421.

Une autre application de notre règle, entre époux mariés sous le régime de la communauté, nous est offerte par l'art. 1408. Un époux était avant le mariage ou devient depuis copropriétaire d'un immeuble : inutile de dire que la portion indivise qui lui appartient est un propre, aux termes de l'art. 1404. Le partage intervient et il se rend

adjudicataire sur licitation de la totalité de l'immeuble. La portion nouvellement acquise constituera-t-elle un propre ou un conquêt ? Il semble que cette portion devrait tomber dans l'actif de la communauté, conformément à l'art. 1401 3°. Tel n'est pas cependant le résultat que consacre l'art. 1408 ; « L'acquisition faite pendant le mariage, à titre de licitation ou autrement, d'un immeuble dont l'un des époux était propriétaire par indivis, *ne forme point un conquêt.* » Comment expliquer cette dérogation au principe qui déclare communs tous les immeubles acquis pendant le mariage, si ce n'est au moyen de la fiction contenue dans l'article 883 ? L'époux, en vertu de cette fiction, n'est pas censé avoir fait une acquisition nouvelle, il est considéré comme ayant toujours été *seul* propriétaire de l'immeuble dont il n'avait eu cependant qu'une partie jusqu'à l'adjudication, et il en résulte que cet immeuble est considéré comme propre pour la totalité.

C'est encore à l'effet du partage tel qu'il est indiqué par l'article 883, qu'il faudra s'attacher, suivant nous, pour déterminer les droits respectifs de l'époux et de la communauté dans le cas où une succession, en partie mobilière et en partie immobilière, est échue à l'un des conjoints. Peu importe que celui-ci n'ait pas eu, par suite du partage, *sa portion contingente de meubles et d'immeubles*, selon l'expression de Valin (1), c'est-à-dire qu'il n'ait reçu dans son lot que des meubles, ou plus de meubles que d'immeubles proportionnellement à sa part

(1) Sur la coutume de la Rochelle, art. 48, § 2, n° 7.

héréditaire. On devra appliquer sans restriction la règle qui veut que les meubles advenus aux époux, durant le mariage, à titre de succession, tombent dans la communauté conjugale ; tandis que les immeubles, qui leur adviennent au même titre, leur restent propres. Ainsi, dans l'hypothèse où l'époux n'obtiendrait que des meubles, sa part entière sera commune ; à l'inverse, s'il n'a dans son lot que des immeubles, tous ces immeubles seront propres, et il n'y aura aucune récompense due : dans le premier cas par la communauté à l'époux, dans le second par l'époux à la communauté.

Nous pensons, contrairement à Pothier, qu'il n'y a sous ce rapport aucune distinction à faire entre ce cas et celui où l'époux héritier aurait reçu, pour sa part dans la succession, une soulte ou un prix de licitation. Cette soulte ou ce prix tomberait dans la communauté sans récompense. L'art. 883, en effet, ne distingue pas entre le partage en nature et le partage avec soulte ou la licitation. L'époux étant censé n'avoir jamais eu aucun droit dans l'immeuble attribué par le partage ou adjugé sur licitation à l'un de ses cohéritiers, cette soulte ou ce prix ne pourrait être considéré, dans sa personne, comme la représentation d'un droit immobilier qu'il est réputé n'avoir jamais eu.

Telle était dans l'ancien droit la doctrine formulée par Bourjon. Lebrun professait une opinion contraire : « Il ne faut pas, dit-il, en matière de communauté, invoquer les

(1) Lebrun, *de la Communauté*, liv. I, chap. V, sect. II, *distinct.* I, nos 40-43 et 78-80.

maximes des successions, mais se décider, eu égard aux causes et non aux objets des actions. » Mais cette dernière opinion fut généralement rejetée par la jurisprudence, et l'on ne peut douter, en présence des termes catégoriques de l'art. 1476, que le système de Bourjon soit applicable sous l'empire du Code, comme il l'était dans l'ancienne législation.

Il en est du régime dotal comme du régime de la communauté, et l'art. 883 doit être observé pour déterminer la composition de la dot de la même manière que pour la composition de la communauté. Une femme, ayant une part indivise dans l'immeuble d'une succession, se marie sous le régime dotal et se constitue en dot tous ses biens présents. Postérieurement au mariage, on procède à la licitation de l'immeuble reconnu impartageable, et la femme se rend adjudicataire. En vertu de l'effet rétroactif de la licitation, l'immeuble, qui n'était auparavant dotal que pour la portion indivise de la femme, le sera pour le tout, parce qu'il est censé lui avoir appartenu en entier avant le mariage. Mais il n'en serait pas de même si cette femme avait restreint la dotalité à sa part indivise dans l'immeuble ; car il n'y a de dotal que ce que la femme s'est constitué ou est présumée s'être constitué en dot. Or, ici la présomption tirée de l'art. 883 ne peut exister, puisque la femme a fait une déclaration expresse et contraire à cette présomption.

Entre codonataires, colégataires et acheteurs.

Tout ce que nous avons dit des héritiers, des associés et des époux touchant la règle formulée par l'art. 883, doit être étendu à toute espèce de copropriétaires, tels que codonataires, colégataires et acheteurs. Le Code ne contient, il est vrai, aucune mention à cet égard; mais les traditions du passé sont toutes favorables à cette opinion. Guyot, dans son traité *Des licitations*, et Pothier, dans son traité de la *Vente* (1) s'accordent à proclamer l'application de l'effet déclaratif au partage qui fait cesser l'indivision entre ces personnes ; et rien ne prouve que le législateur de 1814 ait entendu déroger, sous ce rapport, aux principes de l'ancienne jurisprudence.

(1) *Vente*, n° 631.

POSITIONS.

DROIT ROMAIN.

I. Les actions *familiæ erciscundæ* et *communi dividundo* sont personnelles par leur nature, et mixtes au point de vue des pouvoirs conférés au juge dans ces actions.

II. L'attribution de la pleine propriété par *adjudicatio* devait avoir lieu, comme la constitution de l'usufruit, dans un *judicium legitimum*.

III. La loi 3, au Code *communi dividundo*, n'est pas en opposition avec la loi 13. 17 *De actionibus empti et venditi* au Digeste.

IV. Chaque héritier était tenu hypothécairement pour le tout envers le légataire.

V. L'*accessio* n'était pas un mode d'acquérir la propriété.

VI. Si l'on remplace, au moyen d'une novation, une obligation pure et simple par une obligation conditionnelle, la première obligation ne sera éteinte qu'autant que la condition de la seconde se sera réalisée.

VII. Il n'y a pas contradiction entre la loi 1, § 2, au Digeste *De periculo et commodo rei venditæ*, et la loi 14 au même titre.

DROIT FRANÇAIS.

DROIT CIVIL.

I. L'article 883 C. N. ne s'applique pas aux créances héréditaires.

II. La licitation a le caractère d'une vente, lorsque c'est un étranger qui se porte adjudicataire.

III. Le partage ou l'acte qui en tient lieu n'est pas soumis à l'action résolutoire pour défaut de paiement de la soulte ou du prix par l'héritier qui en est débiteur.

IV. L'aliénation d'un immeuble indivis doit être considérée comme nulle, si cet immeuble ne tombe pas, par le partage, au lot de celui qui l'a aliéné.

V. La disposition de l'article 818 C. N., se concilie avec le caractère déclaratif du partage

VI. L'hypothèque légale de la femme frappe les biens acquis par le mari après la dissolution du mariage.

VII. La licitation est déclarative de propriété, alors même que les parties lui auraient formellement attribué le caractère d'une vente.

VIII. Le droit que la séparation des patrimoines confère aux créanciers et légataires qui la demandent ne naît pas indivisible.

IX. L'acceptation bénéficiaire faite par l'héritier ne dispense pas les créanciers héréditaires de demander cette séparation.

DROIT CRIMINEL.

I. Lorsqu'un individu, condamné à une amende, meurt avant d'avoir satisfait à la condamnation, ses héritiers ne sont pas tenus de payer l'amende.

II. La peine de mort n'entraîne pas toujours pour un condamné militaire les incapacités prononcées par la loi du 31 mai 1854 et celle du 11 avril 1851.

PROCÉDURE.

I. Les parties, dans l'ordre amiable, doivent être assistées d'un avoué.

II. Pour savoir si l'appel des jugements sur contredits est recevable, il faut se déterminer par l'*intérêt* du litige et non par le montant de la somme à distribuer.

III. Lorsqu'il se trouve, dans un ordre ouvert, des créanciers à hypothèque spéciale et des créanciers à hypothèque générale, ils doivent être colloqués selon l'équité et non pas selon le caprice des créanciers à hypothèque générale.

DROIT ADMINISTRATIF.

I. Les conseils de préfecture peuvent modérer les amendes encourues pour contraventions de grande voirie.

DROIT COMMERCIAL.

L'article 41 du Code de Commerce ne déroge pas aux principes généraux en matière de preuve.

DROIT COUTUMIER.

I. La puissance maritale, telle qu'elle existait au moyen-âge, n'avait pas son origine dans le Droit romain, mais dans le Droit germanique.

II. La femme *serve* n'était jamais soumise à cette puissance.

III. Les règles concernant la puissance maritale appartenaient au statut personnel.

IV. L'ordonnance de 1214, rendue par Philippe-Auguste, n'a pas créé le douaire légal.

Vu par le président de la thèse,

DELPECH.

Pour le Recteur en congé :
L'inspecteur d'Académie délégué,
CAHUZAC.

Imp. Bonnal et Gibrac, rue St-Rome, 46.