

UNIVERSITÉ DE BRUXELLES  
FACULTÉ DE DROIT DE JOSEPH

MM. BEVER, Boyer, professeur de Droit Commercial.  
M. BOLLER, professeur de Droit Commercial.  
M. BRASSOLET, professeur de Code Civil.  
M. MASSOL, professeur de Droit Romain.  
M. GINOUILLAC, professeur de Droit Français, étudié dans  
ses origines locales et coutumières.  
M. HUG, professeur de Code Civil.  
M. HUBERT, professeur de Droit Romain en usage.

# THÈSE

POUR

# LE DOCTORAT

MM. ROLLIER, professeur  
BOUILLON, professeur  
M. ARAYAT, professeur  
M. DELCOURT, agrégé  
M. LAURENS, agrégé

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE.

---

- MM. DUFOUR ✻, DOYEN, professeur de Droit Commercial.  
MOLINIER ✻, professeur de Droit Criminel.  
BRESSOLLES ✻, professeur de Code Civil.  
MASSOL ✻, professeur de Droit Romain.  
GINOULHIAC, professeur de Droit Français, étudié dans  
ses origines féodales et coutumières.  
HUC, professeur de Code Civil.  
HUMBERT, professeur de Droit Romain, en congé.  
POUBELLE, professeur de Code Civil.  
ROZY, professeur de Droit Administratif.  
BONFILS, professeur de Procédure civile.  
ARNAULT, professeur d'Économie politique.  
DELOUME, agrégé, chargé du cours de Droit des gens.  
LAURENS, agrégé, chargé du cours de Droit romain.  
PAGET, agrégé.  
CAMPISTRON, agrégé, délégué à la Faculté de Douai.
- M. DARRENOUGUÉ, Officier de l'Instruction publique, Secré-  
taire, Agent comptable.

PRÉSIDENT DE LA THÈSE : M. BRESSOLLES.

SUFFRAGANTS : {  
MM. MOLINIER, professeur.  
BONFILS, professeur.  
ARNAULT, professeur.  
DELOUME, agrégé.  
LAURENS, agrégé.

---

*La Faculté n'entend approuver ni désapprouver les opinions  
particulières du candidat.*

FACULTÉ DE DROIT DE TOULOUSE

---

DU

# QUASI-CONTRAT

DE COMMUNAUTÉ

RELATIF A UN OBJET PARTICULIER

---

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

M. Hubert PANDELLÉ

AVOCAT

Lauréat de Faculté de Droit de Toulouse (*Concours de Licence*).



TOULOUSE

EDOUARD PRIVAT, IMPRIMEUR DE LA FACULTÉ DE DROIT

RUE TRIPIÈRE, 9

1876

MEÆ

MEIS

Handwritten notes in the left margin:  
} undt end  
} Journal  
} No. 7

DU QUASI-CONTRAT

DE COMMUNAUTÉ

RELATIF A UN OBJET PARTICULIER

EN DROIT ROMAIN & EN DROIT FRANÇAIS

} *ergo cum*  
*Scruetini*  
*1700*

Ce sujet essentiellement juridique se trouve développé en partie, pour ce qui concerne le Droit romain, dans le titre du Digeste *Communi dividundo*. Mais les nombreuses dispositions qui sont écrites sous ce titre n'ont pas été classées dans un ordre méthodique et, par suite, elles ne donnent, au premier aperçu, qu'une idée confuse du quasi-contrat de communauté. Nous avons essayé d'exposer cette matière avec clarté, soit en nous aidant du titre *Communi dividundo*, soit en ayant recours à d'autres titres pour combler les lacunes que nous rencontrerons dans le premier. En Droit français, où la législation n'a pas réglementé le quasi-

contrat de communauté et où, par conséquent, notre allure ne sera pas gênée par la rigueur de quelques articles, tantôt nous nous guiderons par des arguments d'analogie, tantôt nous invoquerons les opinions exprimées par nos jurisconsultes sur la matière; quand, sur certains points, tous ces documents nous feront défaut, il faudra nous adresser au Droit romain qui doit toujours avoir pour nous, sinon l'autorité de la loi, du moins l'autorité de la raison. Les principes du Droit romain ne devront pas cependant être aveuglément introduits dans notre Droit, car il existe entre notre Droit et celui de Rome une différence qui domine tout ce sujet de l'indivision et dont le contre-coup se fait sentir dans un certain nombre de questions que nous aurons à résoudre; nous voulons parler de l'effet déclaratif ou translatif de propriété du partage. Les Romains ont adopté le système de l'effet translatif, la jurisprudence et la loi française celui de l'effet déclaratif : nous verrons de quel côté se trouve la logique, de quel côté la raison pratique.

Nous aurions pu prendre pour sujet de notre étude : *Le quasi-contrat de communauté en général*, et alors nous aurions dû nous occuper de la communauté d'hérité. Mais réduit à la communauté d'un objet particulier, notre travail nous a paru présenter un tout complet, et nous pensons qu'il aura donné lieu à des développements suffisants.

A Rome, la question du quasi-contrat de communauté relatif à un objet particulier se dégage aisément, car on avait reconnu l'existence d'une action particulière, l'action *communi dividundo* correspondant à cette espèce d'indivision, par opposition à l'action *familiae erciscundæ* qui réglait la *communio hereditatis*. Chez nous, où les mêmes raisons de procédure n'existent plus pour distinguer entre elles les diverses actions et leur donner des noms qui facilitent cette distinction, l'action *communi dividundo* n'est qu'un cas de l'action générale en partage : ce n'est pas que l'action appelée en Droit romain *communi dividundo* perde tous ses caractères en passant dans notre Droit, où, en fait, l'action *communi dividundo* se sépare de l'action *familiae erciscundæ*; mais l'utilité principale de la distinction n'existe plus et l'on peut dire qu'il n'y a chez nous qu'une seule action en partage, sauf à formuler la demande en l'appropriant au partage que l'on veut faire. C'est pour cela qu'en Droit français, notre sujet ne s'isole pas en apparence aussi bien qu'en Droit romain.

Pour être complet dans l'exposé de notre matière, en Droit français, nous devrions tracer les règles qui gouvernent le partage d'un objet particulier. Mais toutes les fois qu'il s'agit dans le Code des formalités d'un partage (1476-1872), on renvoie aux dispositions relatives au partage de succession. Ces dispositions sont la

mise en œuvre de règles générales de droit, indépendantes de la nature de l'objet à partager et, par suite, applicables à tout partage. Nous y renverrons donc nous aussi purement et simplement, quand il y aura lieu.

## DROIT ROMAIN

---

Quand on étudie dans le Droit romain les causes efficientes des obligations, on en distingue deux grandes séries : les contrats et les délits. Il existe cependant en dehors des contrats et des faits délictueux (*sensu lato*) des situations juridiques de nature à engendrer des obligations, que la loi est forcée de sanctionner par des actions et qu'elle a sanctionnées en effet dans tous les pays civilisés. Ces obligations particulières qui ne prenaient naissance ni dans un contrat ni dans un délit, les jurisconsultes romains disaient qu'elles venaient *quasi ex contractu* (1).

Dans l'énumération plus ou moins complète que donnent les Institutes des divers quasi-contrats (2),

(1) Instit., Pr. 3, 27, *De oblig. quasi ex contract.*

(2) Nous empruntons le mot *quasi-contrat* au Droit français; il n'existe pas en Droit romain de substantif équivalent.

nous trouvons au paragraphe 3, liv. 3, tit. 27 (*De obligat. quasi ex contrat.*), le quasi-contrat de communauté défini tel que nous nous proposons de l'étudier. Le contenu de ce paragraphe servira de point de départ à nos développements :

*Item si inter aliquos communis sit res sine societate, veluti quod pariter eis legata donatave esset, et alter eorum alteri ideo teneatur communi dividendo iudicio, quod solus fructus ex eâ re perceperit, aut quod socius ejus solus in eam rem necessarias impensas fecerit, non intelligitur propriè ex contractu obligatus, quippe nihil inter se contraxerunt; sed, quia non ex maleficio tenetur, quasi ex contractu teneri videtur.*

Cette définition générale une fois posée, tout en nous réservant d'en vérifier l'exactitude, nous diviserons notre sujet de la manière suivante : Dans un premier chapitre, nous étudierons le quasi-contrat de communauté en lui-même, son origine ou plutôt ses diverses origines; dans un second, les obligations auxquelles ce quasi-contrat peut donner naissance et les conditions dans lesquelles ces obligations se produisent; les droits des copropriétaires, communiens ou consorts (car il nous arrivera de leur donner tous ces noms), feront la matière d'un troisième chapitre; un quatrième contiendra les développements relatifs à l'exercice de l'action *communi dividendo*; dans un cinquième et dernier chapitre nous examinerons certaines situations particulières créées par l'indivision quand elle porte sur un esclave.

## CHAPITRE I

### DU QUASI-CONTRAT DE COMMUNAUTÉ : SES ORIGINES

Il y a quasi-contrat, dit le paragraphe 3, cité plus haut, quand une chose devient commune *sine societate*; et cela est tout naturel, car autrement ce quasi-contrat se confondrait avec le contrat de société et en subirait les règles. Il n'y a pas *societas*, continue le même paragraphe 3, et, par suite, il y a quasi-contrat de communauté, quand plusieurs personnes ont reçu le même objet particulier à titre de donation ou à titre de legs : Titius a donné ou légué à Primus et Secundus le fonds Cornélien; Primus et Secundus sont liés, relativement à ce fonds, par le quasi-contrat de communauté. Mais sont-ce là les seules origines de la copropriété d'un objet particulier? La loi 2 au Dig. Pr. 10, 3, (*Communi dividundo*), déclare que deux individus qui achètent ensemble un objet sont présumés avoir voulu s'associer; le jurisconsulte a dû viser une espèce dans laquelle les acheteurs conjoints avaient pour but d'exploiter cet objet, d'en retirer des bénéfices et de les partager, car la loi 31, 17, 1, *Pro socio* au Dig. permet de croire que l'achat pur et simple d'une chose par deux personnes ne constitue pas une société, mais une simple communauté *sine affectu societatis*. L'achat fait séparément par deux individus de deux portions indivises de la même chose établit aussi entre eux les relations du quasi-contrat de communauté.

Ce quasi-contrat a encore une origine, toute spéciale au Droit romain, je veux parler de ce que les jurisconsultes ont appelé la *confusion*. L'hypothèse de la confusion est une de celles qui ont le moins heureusement servi la théorie de certains romanistes, théorie qui consistait à reconnaître l'accession comme un mode d'acquisition. On a fait justice de cette doctrine en examinant un à un les textes qu'elle prétendait être en sa faveur, et en prouvant que partout où l'on voulait voir une appropriation résultant de l'application du principe général : *Accessorium sequitur principale*, il fallait trouver le plus souvent une simple attribution de propriété faite par la loi. Voyons ce qui concerne la confusion.

Il y a confusion, d'après les textes, quand deux choses liquides se confondent de telle sorte qu'en se confondant elles ne forment pas une *species nova*. Les jurisconsultes romains disent que dans ce cas la masse nouvelle ainsi obtenue devient commune. Y a-t-il ici un principal, un accessoire, un accessoire qui est joint au principal? Non. Il y a transformation d'une propriété en une copropriété. Les jurisconsultes, obéissant à leur passion de scruter toujours le fond des choses et de mettre leurs décisions en harmonie même avec les connaissances physiques de l'époque avaient fait à ce sujet quelques distinctions. Quand on mêlait ensemble du vin et du miel, Pomponius et après lui Ulpien (1), qui le cite, voyaient là une spécification et la *res nova*

(1) L. 5, § 4, Dig., 6, 4, *De rei vindicatione*.

est attribuée à celui qui a confondu les deux liquides *sine voluntate dominorum*. D'autres auteurs avaient soutenu que le liquide nouveau était propriété commune. Mais s'il s'agissait de plomb et d'argent fondus mêlés ensemble, tout le monde était d'accord pour déclarer qu'il n'y avait pas là une véritable confusion : *non communicabitur quia separari potest*. Les Romains ayant des moyens chimiques ou mécaniques de séparer les deux métaux, on ne considérait pas les molécules des deux substances comme ayant pu perdre leur individualité. Il en était autrement de la fusion ensemble du cuivre et de l'or ; ici les Romains étaient impuissants et cette impuissance s'était traduite par la conséquence juridique suivante : les deux propriétaires devenaient copropriétaires de la masse obtenue, il y avait confusion. D'ailleurs le consentement des maîtres à la confusion engendrait la communauté là où elle ne se produisait pas naturellement.

Il faut rapprocher de ces cas de quasi-contrat de communauté une espèce remarquable prévue par les textes (4). Un arbre est né sur la limite de deux héritages, une pierre s'étend des deux côtés de cette limite, quelle est la condition juridique actuelle de ces deux objets ? Le plan vertical mené suivant la ligne divisoire partage cet arbre en deux portions qui appartiennent chacune au propriétaire correspondant. Mais l'arbre vient-il à être coupé, la pierre enlevée, ils deviennent

(4) L. 83, Dig., 17, 2. — *Pro socio*, l. 19, Dig., *Communi dividundo* (10, 3).

communs. Eh quoi! dit le jurisconsulte Paul, cette pierre, cet arbre tout à l'heure séparés en deux portions et maintenant formant un tout confondu, d'une même substance, ne seraient pas assimilés à ces deux liquides confondus qui forment un corps avec deux substances différentes! S'il y a confusion et communauté en ce dernier cas, à plus forte raison dans le premier. Nous avouons que la comparaison est un peu subtile mais elle ne blesse en rien la logique.

Jusqu'ici nous n'avons parlé du quasi-contrat de communauté que lorsqu'il s'établit entre copropriétaires d'un même objet, mais il peut s'établir entre des individus qui ont sur une chose d'autres droits que la propriété, pourvu toujours qu'il n'y ait pas société, par exemple entre deux usufruitiers (1), deux usagers, deux envoyés par le prêteur en possession d'un legs, deux détenteurs à titre de bail emphytéotique; entre deux personnes qui ont droit à l'action publicienne. Il faut en dire autant de tous ceux qui ont sur une chose un droit de jouissance personnelle tout en ayant une possession *justa*. Nous n'insistons pas sur toutes ces hypothèses et sur d'autres de même genre que nous retrouverons plus tard à propos de l'action *communi dividundo*. Qu'il nous suffise de remarquer que ce quasi-contrat de communauté ne s'établit pas dans des conditions aussi régulières que celui qui a lieu entre copropriétaires. Le Droit romain semble ne l'avoir admis qu'en dernier lieu; l'action utile *communi divi-*

(1) L. 7, § 7, Dig., 40, 3. *Communi dividundo*.

*dundo* qu'il fait naître le marque en quelque sorte au coin de la nouveauté par rapport au droit plus ancien.

Telles sont les diverses origines du quasi-contrat de communauté; examinons maintenant les obligations qu'il engendre.

## CHAPITRE II

### OBLIGATIONS QUI RÉSULTENT DU QUASI-CONTRAT DE COMMUNAUTÉ ET CONDITIONS DANS LESQUELLES ELLES SE PRODUISENT.

Il existe, comme nous allons le voir, d'assez grandes analogies entre le quasi-contrat de gestion d'affaires et celui de communauté. Les jurisconsultes romains semblent avoir pris à tâche de poursuivre en même temps le développement juridique de ces deux quasi-contrats. Les principales obligations qui résultent de la communauté ont leur source, comme celles de la gestion d'affaires, dans le fait de s'occuper des affaires d'autrui : tandis que dans la seconde on se livre à des opérations auxquelles on est tout à fait étranger, dans la première on accomplit des actes auxquels on a un intérêt commun avec des tiers.

Si nous consultons le paragraphe 3 (3, 27, *de obligat. quasi ex contract.*) des Institutes, déjà cité, nous y trouvons indiquées deux des obligations qui peuvent naître du quasi-contrat de communauté : 1° l'un des communistes a perçu seul les fruits de la chose indivise; 2° l'un des consorts a fait sur les objets communs des dépenses nécessaires. Dans le premier cas, le com-

*C'est ce qui a été  
écrit par 97*

muniste devra rendre compte des fruits recueillis; dans le deuxième, il pourra obliger ses consorts à lui rembourser, pour les dépenses nécessaires effectuées, une portion des frais proportionnelle à leur part dans la communauté.

Avant d'entrer dans de plus grands détails, demandons-nous si les dépenses dont il est question dans le paragraphe 3 doivent être nécessaires pour qu'on en puisse réclamer le montant. Bien que le texte des Institutes soit très-explicite à cet égard, nous ne voyons aucune bonne raison de décider ici autrement qu'on ne l'a fait dans le quasi-contrat de gestion d'affaires. Pourquoi la loi aurait-elle été plus sévère au cas de communauté? Le gérant qui s'immisce dans les affaires d'autrui serait-il plus favorisé que celui à qui son titre de copropriétaire impose le devoir moral de ne pas laisser en souffrance les intérêts communs? N'accorder au copropriétaire que les dépenses nécessaires et non les dépenses utiles, ce serait mettre de la défiance entre les communistes et porter une grave atteinte à l'administration de la chose commune. Il faut donc rectifier l'assertion des Institutes et permettre au communier qui a fait des dépenses utiles le droit d'en répéter le montant en proportion de la part des autres consorts. Les textes du Digeste qui parlent de ces impenses se gardent bien d'ailleurs de spécifier comme les Institutes; on ne voit partout que le mot *impensæ* ou un équivalent : « *Si quis impensas fecerit, consequatur* (1). »

des  
utilités?

(1) L. 4, § 3, Dig., 10, 3. *Communi dividundo.*

— « *Si quid, post acceptum communi dividundo judicium, fuerit impensum..... (1)* » — *Impendia autem quæ dum fundum meum existimo, feci (2).* »

Les décisions que l'on oppose à celles-ci, comme l'a très-bien démontré M. Demangeat (3), sont étrangères à notre sujet et ne sont pas concluantes. L'une est relative à la dot et au rapport de cette dot, et c'est là un point tout spécial; l'autre s'appuie sur un texte où il s'agit de dépenses voluptuaires et non de dépenses utiles, et dès lors, rien d'étonnant à ce qu'on refuse le remboursement d'une partie de ces dépenses (4). Notre opinion ne se défend pas seulement par la raison et par le soin que mettent les jurisconsultes à ne pas faire la distinction de Justinien dans les Institutes, mais encore par les textes : La loi 6 du Dig., *Communi dividundo*, contient dans le paragraphe 12 : *Urseius ait, cum in communi ædificio vicinus nunciavit, ne quid operis fieret, si unus ex sociis ex hac causâ damnatus fuisset, posse eam pœnam a socio pro parte servare. Julianus autem recte notat, ita demum hoc verum esse, si interfuit ædium hoc fieri.* — Voici un des communistes condamné à suite de *nunciatio novi operis*; il faisait un travail utile (car le mot *interfuit* vise aussi bien l'utilité que la nécessité); il pourra faire contribuer son consort à la peine prononcée, à

(1) L. 6, § 3, Dig., 40, 3. *Eod. tit.*

(2) L. 14, § 1. Dig., 40, 3. *Eod. tit.*

(3) *Cours élémentaire de Droit Romain*, t. II, pp. 364 et 365.

(4) L. 4, § 5, Dig., 37, 7. *De dotis collatione.*

*interfuit*  
*quæritur*

bien plus forte raison au travail fait. N'est-ce pas là une consécration de notre système?

Il ne suffit pas que la dépense faite par l'un des communiens sur le fonds soit utile ou nécessaire pour qu'en vertu du quasi-contrat de communauté les autres soient obligés d'y contribuer; il faut encore que la dépense constitue un fait indivisible, ou plutôt un fait qui s'applique inévitablement au fonds tout entier, un fait que le communiste n'ait pu partager afin de le produire seulement pour son propre compte. Pour bien comprendre la nuance qu'ont voulu établir les jurisconsultes romains, interrogeons-les eux-mêmes : deux individus sont copropriétaires d'une maison qui menace ruine; l'un d'eux est actionné par un tiers devant le prêteur pour fournir la caution *damni infecti*; au lieu de se contenter de cautionner pour sa part il donne caution pour toute la maison. Paul (1) décide que l'obligation pour l'autre copropriétaire de l'indemniser à raison de ce bail de caution ne saurait être une obligation provenant du quasi-contrat de communauté, car on pouvait comme copropriétaire ne donner que sa part de caution, on pouvait la diviser sans inconvénient. C'était moins ici, d'après Paul, l'administration d'une chose commune que la gestion des intérêts d'autrui, et l'on disait alors qu'il y avait action *negotiorum gestorum*. Mais quand la dépense faite par le communiste dans l'intérêt du fonds ne comportait pas une division préalable entre les deux consorts, celui qui

(1) L. 40, Dig., 3, 5. *De negotiis gestis*.

n'avait pas fait de déboursés devait indemniser son copropriétaire et cette obligation était bien de celles qui naissent du quasi-contrat de communauté.

Cette distinction faite pour les dépenses, on la faisait également pour la restitution des fruits perçus sur la chose commune, et nous sommes ainsi naturellement amenés à parler de la seconde obligation des communistes, rappelée par les Institutes : Celui qui a seul recueilli les fruits d'un objet commun doit en restituer aux autres copropriétaires une portion correspondante à l'étendue de leurs droits sur cet objet. Mais n'oubliez pas la remarque que fait ici Papinien : Quand les fruits auront été perçus en entier par l'un des consorts, si ce dernier n'a pu les percevoir aisément sur sa portion propre, on invoquera contre lui l'action du quasi-contrat de communauté; mais si la perception a pu être facilement divisée, il faudra user de l'action *negotiorum gestorum*. Ainsi l'un des copropriétaires d'une maison loue cette maison et reçoit le prix du bail; on reconnaît qu'il ne pouvait facilement mettre en location sa part indivise et alors son copropriétaire pourra le poursuivre par l'action *communi dividundo*. On le voit, les deux quasi-contrats de communauté et de gestion d'affaires se rapprochent tellement sur certains points qu'il faut toutes les subtilités de l'analyse pour arriver à bien délimiter leurs domaines. La suite de ce travail démontrera suffisamment l'importance qu'il y a à les distinguer.

L'obligation de restituer les fruits porte sur les fruits naturels comme sur les fruits civils : *Sive autem lo-*

*cando fundum communem, sive colendo, de fundo communi quid consecutus sit, communi dividundo judicio tenebitur* (1), et non-seulement sur les fruits actuellement existants, mais sur ceux qui ont été cueillis dans le passé (argument d'analogie tiré de la loi 56, Dig. 10, 2 (*famil. ercisc.*) et fondé sur l'application de la loi 19, 4, Dig. 10, 3. *Comm. divid.*)

Que faut-il penser d'un trésor trouvé sur le fonds commun par l'un des communistes? Le trésor n'est pas un fruit du fonds et son partage ne saurait être gouverné par les règles qui s'appliquent au partage des fruits. Labéon était d'avis que si un trésor était trouvé dans un fonds appartenant à une hérédité et que ce trésor eût été enfoui par le testateur, il devait être partagé entre les cohéritiers, selon la part qu'ils avaient dans l'hérédité (2). Remarquons que dans cette espèce nous n'avons pas véritablement un trésor, une *vetus quaedam depositio pecuniae cujus non exstat memoria*; il s'agit d'une portion de l'hérédité plus ou moins cachée et soumise au partage comme tout autre objet héréditaire. Plaçons-nous dans l'hypothèse d'un véritable trésor trouvé par l'un des copropriétaires; appliquant ici les principes reçus en matière de trésor, nous dirons qu'anciennement le trésor eût été attribué à César; dans le droit plus récent on le partageait entre l'inventeur et le propriétaire du fonds. Si Primus, Secundus et Tertius sont copropriétaires égaux en droits

(1) L. 6, § 2, Dig., 10, 3. *Communi dividundo.*

(2) L. 22, Pr., Dig., 10, 2. *Familiae ercisc.*

d'un même terrain et que le trésor ait été trouvé sur ce terrain par Primus, celui-ci prélèvera la moitié du trésor et prendra une part virile dans l'autre moitié. Il en serait tout autrement si les fouilles avaient été faites par les trois copropriétaires dans le but de chercher un trésor, qui aurait été découvert pendant les travaux.

Si le copropriétaire doit restituer une partie des fruits perçus, partager le trésor dont il est inventeur, contribuer aux dépenses utiles ou nécessaires, il a l'obligation de répondre aussi des détériorations qui ont été faites par lui à la chose commune (1); il sera passible d'une indemnité pour avoir blessé l'esclave commun, pour l'avoir corrompu, pour avoir coupé un arbre qui se trouvait dans la communauté.

Il importe maintenant d'étudier les conditions dans lesquelles se produisent ces obligations diverses des communistes.

Parlons d'abord de l'obligation de contribuer aux dépenses nécessaires et utiles? Le fait seul de l'indivision suffira-t-il pour qu'il y ait obligation? Nous allons trouver ici des analogies frappantes avec le quasi-contrat de gestion d'affaires. Dans la gestion d'affaires d'autrui, celui qui prend en main les intérêts d'un étranger, sans mandat, n'obligera réellement l'étranger que s'il l'a connu et que s'il a par suite entendu l'obliger. C'est du moins ce que décidait l'ancien droit sans aucune restriction; pour lui, les obligations de l'étranger ne prenaient leur force que dans l'intention du

(1) L. 8 §, 2, Dig., 40, 3. *Communi dividundo*.

gérant de le lier, et si l'on accordait à l'étranger l'action directe, le gérant qui n'avait pas connu le *dominus* n'avait pas l'action contraire. Certains jurisconsultes (1), dans notre cas, ne reconnaissaient même au maître qu'une action *in factum*.

De semblables décisions furent prises pour le quasi-contrat de communauté; pour obliger ses consorts, celui qui faisait des dépenses devait d'abord savoir s'il avait des copropriétaires et les connaître, sans quoi il manquait de cette volonté de les obliger qui faisait naître en eux l'obligation. Voyez à ce sujet la loi 14 du Dig. 10, 3 (*communi dividundo*), confirmée par la loi 29 au même titre : J'ai entre mes mains un fonds que je crois mien ; à tout individu qui revendiquera à titre de copropriétaire une portion du fonds je répondrai par une exception de dol qui aura pour résultat de me permettre la *retentio* du fonds jusqu'à complet désintéressement des dépenses que j'y ai faites; je pourrai même, si l'on intente contre moi l'action *communi dividundo* qui est de bonne foi, me faire tenir compte de ces dépenses; mais il ne me serait pas permis d'intenter moi-même l'action pour me les faire rembourser, car l'obligation de payer ces dépenses ne peut être une obligation résultant du quasi-contrat de communauté et par conséquent ne peut être poursuivie par l'action ordinaire de ce quasi-contrat; il n'y a pas eu proprement de communauté (2).

(1) L. 22, § 10, Dig., 17, 1. *Mandati, vel contra*.

(2) L. 29, Dig., 10, 3. *Communi dividundo*. — L. 33, Dig., 12, 6. *De condict. indebiti*.

Si au lieu d'administrer la chose comme la mienne propre, je l'administrerais sans ignorer qu'elle est commune, mais croyant qu'elle m'était commune avec Primus, tandis que mon copropriétaire est Secundus, ici encore n'ayant pas en réalité l'intention d'obliger Secundus, l'obligation de ce dernier manque de base. Un adoucissement avait été apporté aux principes rigoureux de l'ancien droit et l'on avait donné une action contre Secundus, action *communi dividundo*, mais action utile, qui témoigne que le droit civil avait été modifié ici par le préteur. On en avait fait autant pour la gestion d'affaires et celui qui avait géré les intérêts de Secundus, croyant gérer ceux de Primus, avait obtenu une action utile contre Secundus. La phrase suivante que nous trouvons dans la loi 29, *communi dividundo*, à propos de la communauté : « *Magis ex re, in quam impenditur, quam ex personâ socii, actio nascitur,* » indique la révolution qui s'est accomplie dans le droit à ce sujet.

Quand un individu s'immisce dans les affaires d'autrui *deprædandi animo*, il est tout naturel qu'on lui refuse l'action *negotiorum gestorum contraria* (1), on ne lui accordait contre le maître qu'une action *quatenus locupletior factus est*. La même solution paraît devoir être admise pour le quasi-contrat de communauté : *Si vero non communi nomine, sed ut lucretur solus magis esse oportet ut et damnum ad ipsum respiciat* (2). L'action en remboursement de dépenses

(1) L. 6, § 3, Dig., 3, 5. *De negotiis gestis*.

(2) L. 6, § 2, Dig., 40, 3. *Communi dividundo*.

est refusée comme ci-dessus ; nous croyons par analogie qu'il faudrait, le cas échéant, admettre l'action à concurrence d'enrichissement. Pour ce qui est de l'obligation de restituer les fruits ou de toute autre obligation, on en réclamera l'exécution par l'action *communi dividundo* si le débiteur se croyait propriétaire ; sinon on le traitera comme on traite le détenteur de la chose d'autrui.

Dans les diverses prestations qui sont imposées au communiste, dans les opérations d'administration auxquelles il se livre, quel soin doit-il apporter ? Sera-t-il tenu de se conduire comme ce type parfait qu'on appelle le bon père de famille, personnification de tous les scrupules honnêtes, dans la gestion des affaires ?

Pothier, suivant en cela, comme il le dit lui-même pour répondre à quelques doutes de Lebrun sur sa théorie des fautes, la voie où l'avaient précédé les Alciat, les Cujas, les Vinnius et même le novateur Antoine Faber, avait distingué trois fautes : la *culpa lata*, la *culpa levis*, la *culpa levissima*. D'après lui, la *culpa levis* était celle que ne commettait pas un *paterfamilias* d'une diligence ordinaire ; c'était la faute dont étaient responsables les contractants, quand ils avaient tous intérêt au contrat.

C'est bien là évidemment notre cas, et il faudrait avec Pothier, si des textes ne s'y opposaient formellement, demander au communiste les soins, non pas d'un *optimus*, mais au moins d'un *bonus paterfamilias*. Mais, comme nous le disions, des textes précis font échec à la théorie de Pothier, en ce qui concerne le

quasi-contrat de communauté. Il y est décidé (1) que le communiste est tenu de la *culpa levis in concreto*, c'est-à-dire de la faute qu'il ne commettrait pas lui-même dans la direction de ses propres affaires, ce qui est bien différent. Disons d'ailleurs, en passant, que la théorie de Pothier, en défaut sur beaucoup d'autres points, est aujourd'hui universellement abandonnée. La théorie nouvelle distingue fort judicieusement le cas où les parties ont au contrat un intérêt divergent ou un intérêt dirigé dans le même sens, *eadem causa gerendi*. Dans ce dernier cas, qui est le nôtre, elles ne sont responsables que de la *culpa levis in concreto*; dans le premier, la responsabilité va jusqu'à la *culpa levis in abstracto*.

### CHAPITRE III.

#### DES DROITS DES COMMUNISTES.

Le quasi-contrat de communauté fait naître entre les communistes des droits que nous allons énumérer.

Un premier droit des communistes qui se dégage nettement de tous les autres est le droit au partage. Chacun des communistes peut demander le partage; nul n'est tenu de rester dans l'indivision. Ces expressions qui nous sont si familières, ne l'étaient pas moins

Marquet p. 9

est ce qui a été  
les règles dans  
l'indiv

(1) L. 25, § 46, Dig., 40, 2. *Familiae eriscundæ*.

au Droit romain, auquel nous les avons empruntées. On avait senti que si la matière du quasi-contrat de communauté doit être soigneusement réglementée, la copropriété n'était pas cependant la forme naturelle de la propriété. C'est pour avoir compris de bonne heure la grande vérité sociale de la propriété individuelle que les Romains se sont élevés si haut dans la science du droit et qu'après avoir dépassé les peuples qui avaient précédé, ils nous réduisent encore à suivre les traces de leurs jurisconsultes.

Une constitution qui forme au Code la loi 5 du Livre 5 Titre 57 (*Commun. divid.*), contient ces mots : *In communione vel societate memo compellitur invitus detineri*. Bien longtemps avant l'époque où parut cette constitution qui est de l'année 294, on avait admis le même principe. Pomponius décide (1) que tout communier peut intenter l'action en partage et Ulpien dans un texte qui se rapporte à la communauté d'hérédité, et qui est évidemment applicable au cas d'un objet particulier, s'exprime avec une grande netteté sur ce point : « *Et presentibus cæteris et invitis poteris vel unus arbitrum poscere.* »

Quel était l'effet de ce partage ? Cette question, nous la traiterons ici quoiqu'elle semble se rattacher plutôt aux développements du chapitre suivant, car elle est de nature à jeter de la lumière dans plusieurs des solutions que nous avons à donner dans celui-ci.

Il importe de bien définir ce que les Romains en-

(1) L. 29, § 1, Dig., 40, 3, *Communi dividundo*.

tendaient par *indivision*. En parlant d'un esclave commun on nous dit « *Servus communis sic omnium est, non quasi singulorum totus, sed pro partibus utique indivisis ut intellectu magis partes habeant quam corpore* (1). » Si l'on conçoit l'objet commun divisé en molécules, sur chacune d'elles, *intellectu* plus encore que *corpore*, se trouvent en conconrs les droits des copropriétaires : telle était l'indivision à Rome. Cela posé, si Primus et Secundus, copropriétaires par indivis de deux fonds A et B, opèrent le partage et qu'à la suite de cette opération le fonds A ait été attribué définitivement à Primus, le fonds B à Secundus, qu'est-il en réalité advenu ? Primus a cédé à Secundus ses droits indivis sur chacune des molécules du fonds B et en échange Secundus a abandonné tous ses droits indivis sur le fonds A. Il y a eu dans ce partage deux translations de propriété. Les jurisconsultes romains qui ne reculaient pas devant les conséquences des choses quand elles s'imposaient par la force de la logique, considérèrent toujours le partage comme translatif de propriété. Labéon trouve dans un jurisconsulte (2) Blæsus qui, lui-même cite Trébatius, un passage où l'on essaie d'établir une doctrine contraire et d'accorder au partage un effet déclaratif : dans cette opinion, chacun des copartageants serait censé avoir toujours été propriétaire de la part qui lui est échue. Labéon réprime vivement le juris-

(1) L. 6, Dig., 45, 1. *De verb. obligat.*

(2) L. 31, Dig., 33, 2. *De usu et usufructu.*

consulte de cet écart de logique et le rappelle aux vrais principes. La doctrine qui se fit jour à Rome et qui y triompha, fut donc celle de l'effet translatif de propriété du partage. De là, des décisions que nous nous contentons d'énoncer : le copropriétaire qui avait hypothéqué ou donné en gage sa part indivise avait concédé une garantie qui survivait au partage ; le créancier gagiste ou hypothécaire conservait son droit sur la portion indivise adjugée au consort. On ne s'était pas arrêté à Rome devant les complications qui résultaient de l'adoption d'un pareil système.

Nous avons dit que chaque communiste avait le droit de provoquer le partage ; voyons quelques restrictions à l'exercice de ce droit.

Les copropriétaires peuvent convenir de rester dans l'indivision pendant un temps déterminé. Cette convention est parfaitement licite, pourvu qu'elle soit de quelque utilité pour l'objet indivis. Il n'en serait pas de même d'une convention qui aurait pour but de prolonger l'indivision indéfiniment ; car l'indivision étant un état contraire à la propriété individuelle il ne fallait pas la favoriser (1).

Il peut encore arriver que la chose commune, quoique en elle-même divisible, ne puisse être partagée sans cesser de remplir la fonction à laquelle sa nature ou une convention l'a affectée. Le partage de cette chose pourrait même mettre les deux communistes dans l'impossibilité de jouir des biens qui leur appar-

(1) L. 14, §§ 2 et 3, Dig., 10, 3. *Communi dividundo*.

tiennent exclusivement. Supposez par exemple deux maisons ayant un vestibule commun, qui est la seule issue de toutes deux ; en le partageant également entre les deux voisins, il devient tout à fait impropre au passage et le partage devra fatalement aboutir à une licitation au profit de l'un d'eux. Une pareille solution ferait de l'une des maisons une demeure sans issue, et l'on conçoit donc que, dans ce cas, on ne puisse demander le partage (1). Les raisons données de cette décision nous permettent de la généraliser ; le prêteur aura à examiner s'il y a lieu ou non d'accorder l'action en partage et si, sous la période formulaire, le prêteur n'avait pas refusé l'action, le juge pourrait remédier à cet oubli en ne prononçant pas d'adjudication. Nous aurons l'occasion de revenir assez longuement sur l'indivision forcée dans notre thèse de Droit français.

En général donc tout communiste a droit de provoquer le partage et de le faire exécuter.

Chaque comunier peut se servir des choses communes pourvu qu'il les emploie à leur destination ou qu'il ne s'en serve pas contre l'intérêt de la communauté, ou de manière à empêcher ses consorts d'en user suivant leur droit.

Le comuniste est propriétaire de sa part indivise et il a sur cette part indivise tous les droits d'un propriétaire. Il peut en transférer la propriété par les modes ordinaires : ce transfert se fait dans les mêmes

(1) L. 49, § 4, Dig., 10, 3. *Communi dividundo*.

conditions que tout transfert de propriété : l'acheteur succède au vendeur, se met à ses lieu et place. Les exceptions opposables à celui-ci le sont aussi à celui-là. (1)

Le communiste hypothéquera valablement sa part, la donnera en gage, et nous avons vu que cette constitution de gage ou d'hypothèque survit au partage.

Il peut intenter une action en revendication pour faire constater sa part indivise, dans un objet possédé tout entier par un copropriétaire qui prétend en avoir seul la propriété. Lucius Titius et vous prétendez être copropriétaires d'un fonds et la vérité est que Lucius Titius a usurpé mes droits sur cet immeuble. Si Lucius Titius possède en commun avec vous, il suffira que j'intente la revendication contre lui, si la possession de Titius et la vôtre s'appliquent à deux parties différentes de l'immeuble, mon action en revendication devra être dirigée contre vous deux (2).

Chaque communier a le pouvoir d'obliger ses con-sorts à faire effectuer sur l'objet indivis les réparations indispensables à son existence. Tout ce que nous savons de la caution *damni infecti* nous autorise à le penser. D'ailleurs, si l'un des copropriétaires d'une maison qui menace ruine, refusait de la réparer ou de donner caution au voisin menacé, il trouverait sa punition dans l'envoi de ce dernier en possession de sa part.

(1) L. 14, § 3, Dig., 40, 3, *Communi dividundo*.

(2) L. 8, Dig., 6, 4. *De rei vindicatione*.

Si la chose commune est un *sepulcrum*, on pourra toujours y transporter un mort, même contre la volonté des autres communistes (1). S'il s'agit d'un fonds ordinaire commun, les Institutes ne sont pas moins explicites pour dire au contraire qu'il n'est pas permis d'y enterrer quelqu'un contre l'assentiment des autres propriétaires. Mais, tout le monde n'était pas d'accord sur l'action qui pourrait être employée par celui dont on avait méconnu les droits; les uns voulaient qu'on eût recours à l'action *communi dividundo*, les autres accordaient une action *in factum* (2).

Le copropriétaire avait bien la faculté d'user de la chose suivant sa destination, mais il n'avait pas celle d'innover, de faire des changements à la chose sans le consentement des autres. « *In re communi neminem dominorum jure facere quicquam, invito altero, posse.* » — « *In re pari potioorem causam esse prohibentis constat* (3). » Quelle sera la sanction particulière de ce droit octroyé au communiste de résister aux caprices de son copropriétaire? La suite de la loi que nous venons de citer nous le dit. Un ouvrage a été fait, sans le consentement du consort; le communiste lésé dans ses droits ne pourra obliger le constructeur à enlever l'ouvrage, si, ayant pu empêcher de bâtir, il ne l'a pas fait; tout se traduira en dommages intérêts qui se régleront dans l'action *communi dividundo*. Quand

(1) Inst., § 9, Dig., 2, 4. *De divisione rerum.*

(2) L. 6, § 6, Dig., 10, 3. *Communi dividundo.* — L. 2, § 4, Dig., 44, 7. *De religiosis et sumptibus.*

(3) L. 28, Dig., 10, 3. *Communi dividundo.*

le constructeur aura agi avec l'intention de nuire, on pourra le forcer à faire disparaître la construction ; nous croyons cependant qu'il faut admettre à cette décision le tempérament que semble lui apporter un texte de Paul (1) ; il ne permet l'enlèvement de l'ouvrage que si en réalité cela est utile à la communauté.

On ne concevrait pas que le copropriétaire d'un fonds s'attribuât sur ce fonds un droit de servitude, *nemini res sua servit* ; mais on conçoit très-bien que si une servitude existe sur un fonds au profit d'un fonds voisin, et que ce voisin se rende coacquéreur de l'héritage servant, cet héritage continuera son rôle de fonds servant pour la portion indivise qui revient à l'autre coacquéreur (2).

Avant d'aborder l'action qui a pour résultat l'exécution de toutes les obligations entre communistes, nous devons nous occuper de certains cas particuliers où le copropriétaire aurait dépassé ses droits par des concessions sur le fonds commun.

L'un des copropriétaires a concédé une servitude sur le fonds commun. La servitude est une sorte de qualité du fonds, elle le grève tout entier. Il est bien certain que le concessionnaire de cette servitude ne pourra exercer cette servitude contre la volonté des autres communistes : « *Si ex privato agro in agrum communem aqua immittatur Ofilius ait socium cum eo agere posse* (3). » Le jurisconsulte ne distingue pas

(1) L. 26, Dig., 8, 2. *De servitut. præd. urb.*

(2) L. 27, Dig., 8, 3. *De servitut. præd. rustic.*

(3) L. 2, Dig., 8, 4. *De servitutibus.*

le cas où le propriétaire du fonds voisin a agi en vertu d'un droit concédé par un des consorts de celui où il a agi de son autorité propre. Cette dernière loi pourrait donner lieu à quelque doute, mais la loi 25, § 1, 8, 2 (*de Servitutibus prædior. urbanorum*) au Dig. est concluante. Trois maisons sont à côté l'une de l'autre; celle du milieu dont un mur est commun avec l'une des autres a été grevée par son propriétaire d'une servitude *non altius tollendi* au profit de la troisième. Cette servitude ne saurait frapper le mur commun, en vertu du principe que l'un des propriétaires d'une chose indivise ne saurait imposer à cette chose une servitude, au moins immédiatement efficace.

Mais on peut bien se demander si une pareille concession est nulle en elle-même et ne peut produire aucun effet.

Les juriconsultes romains n'avaient pas admis la nullité absolue de cet acte juridique. En fait, le concédant était lié; et comme cette matière est ainsi que nous le verrons toute d'équité, celui-ci ne pouvait se prévaloir contre le concessionnaire du non acquiescement des autres copropriétaires (1). Si donc les autres communistes souffraient l'exercice de la servitude, le concédant ne pourrait s'y opposer. Il ne pourra pas davantage faire ses efforts pour obtenir de ses consorts qu'ils refusent leur adhésion à la servitude.

Nous arrivons au commentaire d'une loi qui vise spécialement la question dont nous nous occupons.

(1) L. 44, Dig., 8, 2. *De servitut. præd. urb.*

Cette loi a été l'objet de discussions assez vives entre nos anciens romanistes. Dumoulin dans son *Extrictio labyrinthi sexdecim legum* trancha les difficultés auxquelles elle avait donné lieu; nous voulons parler de la loi 18 au Digeste, livre 8, titre 4. L'un des copropriétaires d'un fonds accorde un droit de servitude sur ce fonds; les autres font la même concession à la même personne, mais seulement quelque temps après. Le fragment du Digeste nous dit que le jour où se fait le dernier acte de concession, celui qui complète en quelque sorte la servitude, ce jour-là la servitude sera constituée au profit du concessionnaire; jusqu'alors tout avait été en suspens, *ut tamen ex novissimo actu etiam superiores confirmantur*. Mais cette confirmation n'a pas d'effet rétroactif au jour du premier acte; c'est comme si, d'un commun accord, au moment de la dernière concession les communistes avaient grevé le fonds de la servitude en question. Mais ceci a de sérieuses conséquences: pour que le titulaire de la servitude se trouve valablement investi, il faut que tous les copropriétaires puissent être considérés comme personnellement présents au moment de la confirmation définitive, et quand nous disons *présents*, nous ne voulons pas dire représentés par un héritier ou un successeur à titre particulier. Si par exemple, sur deux copropriétaires le premier cédant était mort dans l'intervalle qui sépare les deux concessions, eh bien! décide la loi *nil agetur*, il a emporté avec lui la faculté qu'il avait donnée, c'est comme si jamais il n'avait rien accordé et dès-lors le second acte est boiteux

comme le premier. Pour lui rendre sa force, il faudrait l'intervention et le consentement de celui qui a succédé au défunt dans sa part indivise : *rursus hic actus pendebit donec novus socius cedat*. Paul va plus loin encore : Si l'un des consorts qui n'ont pas encore consenti à la servitude vient à mourir avant d'avoir donné son consentement, il anéantit l'effet du consentement des autres : tout est à refaire : *Ex integro omnes cedere debent*. Et ce que nous disons du cas de mort nous le disons du cas d'aliénation de sa part dans la communauté.

La concession faite d'une servitude sur un fonds dont on est propriétaire par indivis, sans le concours des autres propriétaires n'a donc cette valeur qui peut servir de base à une confirmation que tant que dure la communauté entre les mêmes communistes. Il semble que dans le cas de communauté, on se soit souvenu des règles du contrat de société : de même qu'une société se dissout et disparaît par la mort d'un de ses membres ou la *renunciatio*, de même, nous voyons ici la mort de l'un des communistes ou la *renunciatio* tacite, résultant de l'aliénation, altérer d'une certaine façon les rapports de communauté. Nous ne saurions expliquer autrement les décisions contenues dans cette loi 18. Nous aurons d'ailleurs l'occasion de revenir avec détail sur cette loi, dans notre thèse de Droit français.

Ce qui est vrai, quand un copropriétaire concède un droit de servitude sur le fonds indivis, l'est encore quand c'est l'un des communistes qui au contraire

stipule une servitude au profit du fonds. La servitude n'existera d'une manière complète pour tous les copropriétaires que lorsqu'ils auront donné leur consentement exprès ou tacite. Et même si avant de donner son adhésion à la servitude constituée, l'un des consorts vient à mourir ou à aliéner sa part, il faudra de nouveau établir la servitude.

Qu'advierait-il si sur deux copropriétaires, l'un cédait, l'autre léguait un droit de servitude sur le fonds ? Il faut faire une distinction : Si le legs est fait après la cession, le legs la confirmera ; si la cession a été faite après que le legs aura pris consistance sur la tête du légataire, il n'y aura pas servitude : *nec enim sicut viventium, ita defunctorum actus suspendi, receptum est*. Pour la même raison, il faut décider que si les deux consorts ont légué tous deux la servitude, le légataire n'en deviendra titulaire que si pour les deux (1) legs le *dies cedens* tombe en même temps.

Si l'un des copropriétaires avait loué sa portion dans la chose commune et que cette location ne pût s'accomplir sans léser le droit des autres sur la chose, ceux-ci repousseraient par des interdits le locataire, comme ils auraient le droit de s'opposer à la jouissance de celui qui, en vertu d'une prétendue servitude, concédée par un d'entre eux, voudrait passer sur le fonds commun. L'interdit pourrait même être dirigé contre le bailleur, car tout copropriétaire troublé dans sa possession par

(1) L. 48, Dig., 8, 4. *Communia præd.*

son consort, se servira contre lui de l'interdit *uti possidetis* (1).

## CHAPITRE IV.

### ACTION COMMUNI DIVIDUNDO.

Pour mettre de l'ordre dans le développement de cet important chapitre, nous le diviserons en plusieurs paragraphes et nous étudierons :

- 1° Quelle est la nature de cette action ;
- 2° Quelle en est la forme et quels sont les pouvoirs du juge dont elle sollicite l'exercice ;
- 3° Par qui et contre qui elle peut être intentée ;
- 4° Quelle est la latitude accordée au juge.

#### § 1. — *Quelle est la nature de cette action.*

La *summa divisio* des actions en Droit romain est la division en actions personnelles et en actions réelles. Dans quelle série faut-il placer l'action *communi dividundo*? — Quand les textes nous parlent de cette action, ils la mettent souvent en compagnie de deux autres, l'action *finium regundorum* et l'action *familiae erciscundae* (2). Ces trois actions ont entre elles des caractères communs qui permettent quelquefois de les étudier l'une au moyen des autres. Le premier fragment au Digeste du Titre *Finium regundorum* contient ces

(1) L. 42, Dig., 40, 3. *Communi dividundo*.

(2) Inst., § 20, 4, 6. *De actionibus*. — L. 1, § 1, Code, 7, 40.  
*De annali exceptione Italici*. — L. 40, Dig., 40, 1. *Ad exhibendum*.

mots : « *Finium regundorum actio in personam est licet pro vindicatione rei est.* » Il faut étendre la même solution aux deux autres et nous sommes confirmés dans la vérité de cette conséquence par la constitution 1, § 1 au Code 7, 40, qui range nommément les trois actions parmi les actions personnelles.

L'action *communi dividundo* est donc personnelle. Nous ajoutons qu'il ne peut en être autrement et cela sera suffisamment démontré plus tard ; qu'il nous suffise pour le moment de faire remarquer que l'un des caractères d'une action réelle est de tendre à la constatation d'un droit réel préalablement existant ; le demandeur, dans l'action réelle, veut qu'on atteste l'existence de son droit et n'en réclame que l'exercice. — Au contraire, l'action personnelle a pour but d'arriver à un transfert de propriété. Nous n'insistons pas sur ces deux observations avec lesquelles tout le monde est familier, mais nous disons que l'action *communi dividundo* se classe par sa nature parmi ces dernières. Que prétend, en effet, celui qui provoque le partage ? Il veut que le juge intervienne pour qu'il règle le transfert de propriété qui doit avoir lieu réciproquement entre les deux consorts, pour que chacun puisse se dire propriétaire d'une part déterminée de la chose indivise. Il ne désire pas un juge pour qu'il certifie son droit de propriété indivise ; car, le plus souvent, ce droit indivis ne sera pas contesté, et s'il venait à l'être, c'est par l'action en revendication qu'on le consoliderait en dehors de toute action en partage : ainsi, l'on userait de la *petitio hereditatis*, s'il s'agis-

sait de communauté d'hérédité et que les droits indivis dans l'hérédité fussent niés.

Mais s'il est prouvé par les textes et par la raison que l'action *communi dividundo* est personnelle, comment faut-il expliquer le fameux passage des Institutes (1), conçu en ces termes : « *Quædam actiones mixtam causam obtinere videntur, tam in rem quam in personam.* » La sagacité des commentateurs s'est exercée et s'exerce encore sur ces quelques mots, sans avoir donné une solution qui puisse pleinement satisfaire tout le monde et clore enfin la discussion.

Il faut évidemment rejeter l'opinion de ceux qui prétendent que les trois actions *finium regundorum*, *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo* forment une classe à part, la classe des actions *mixtes* ; mixtes parce qu'elles seraient à la fois *personnelles* et *réelles* : *personnelles*, car non seulement l'action *communi dividundo* a trait à la *divisio rei*, mais encore aux *præstationes* (2) ; *réelles*, car elles décident une question de propriété. Qu'entend-on par décider une question de propriété ? S'il s'agit d'établir un droit de propriété nouveau, nous avons vu que ce n'était pas là le caractère des actions réelles ; s'il s'agit simplement de l'affirmer, nous savons aussi que l'action *communi dividundo* n'a pas ce résultat. Cette prétendue troisième classe des actions mixtes n'existe donc pas ; le droit de Justinien, comme le droit antérieur, reconnaît

(1) Inst., § 20. *De actionibus.*

(2) L. 4, § 3, Dig., 40, 3. *Communi dividundo.*

uniquement la *divisio summa* dont nous avons parlé; d'ailleurs, le Droit ancien et le Droit nouveau rangent ces trois actions parmi les personnelles.

A côté de cette opinion, soutenue par Walter et Ducaurroy (1), s'en place une autre qui élude la difficulté du *tam in rem quam in personam*, en donnant au mot *mixtam* une signification particulière. *Mixta actio* veut dire *action double*; mais comment ces actions seraient-elles doubles? Le sens de cette expression serait donné très-nettement dans le fragment qui suit : « *Mixtæ sunt actiones in quibus uterque actor est : ut puta finium regundorum, familie erciscundæ, communi dividundo.....* (2) » « Une action est *double* quand chaque partie est à la fois demanderesse et défenderesse, et c'est ce qui arrive pour les trois actions, *finium regundorum, familie erciscundæ, communi dividundo*. » Ce caractère est, en effet, celui de nos trois actions, et en particulier de l'action *communi dividundo*. Le demandeur réclame ses droits mais il a à répondre à des prétentions semblables de la part de celui que son retard à exercer l'action a mis dans la position de défendeur; ils débattent ensemble leurs droits et pour ainsi dire sur le même pied; la charge de la preuve incombe à chacun pour ce qu'il avance; tandis que dans les actions ordinaires le demandeur n'est pas en général condamné, la condamnation frappera ici l'une et l'autre partie : sous plu-

(1) Walter. *Histoire de la procédure des Romains* (traduction de Laboulaye), ch. 3, p. 35. — Ducaurroy. *Institutes expliqués*, p. 399.

(2) L. 37, § 4, Dig., 44, 7. *De obligationibus et actionibus*.

sieurs points de vue, assurément caractéristiques, les trois actions nous apparaissent donc avec une double face. Mais dans ce système, au premier abord séduisant, restent à expliquer les mots qui viennent à la suite dans le paragraphe 20, *tam in rem quam in personam*. Ce n'est pas là une difficulté, a-t-on dit; le paragraphe 3 du même titre *des Actions*, parlant des actions qui ont été introduites par le Préteur, contient cette phrase : « *Aliæ autem sunt quas prætor ex suâ juris dictione comparatas habet tam in rem quam in personam,* » et tous ceux qui ont lu ce passage le comprennent ainsi : « Il y a d'autres actions que le préteur a introduites de sa propre autorité; de ces actions les unes sont réelles, les autres personnelles. » Eh bien! pourquoi ne pas traduire de même le paragraphe 20? — Certaines actions sont doubles, et celles qui ont ce caractère sont ou réelles ou personnelles. C'est ici que se montre le vice du système proposé; ses partisans devraient nous citer des actions réelles parmi les actions doubles. Il est fort curieux que sous l'empire de la préoccupation que l'on attribue aux rédacteurs du paragraphe 20, ils n'aient pas eux-mêmes, dans l'énumération qui suit, répondu à ce désir; toutes les actions qu'ils nomment sont personnelles. Quand cette lacune sera comblée, peut-être nous rangerons-nous à cette opinion.

Un autre système, qui reconnaît aux trois actions le caractère de personnelles, se rattache à une particularité qui les distingue. Elles sont les seules dans lesquelles il y ait lieu à ce qu'on appelle *adjudicatio*. A

Rome, sous la période formulaire, toutes les condamnations étaient pécuniaires; le juge qui condamnait imposait une obligation personnelle, il décidait *sur la personne*, quand même il se serait agi d'une chose, d'une action en revendication; seules, les trois actions *finium regundorum, familiæ erciscundæ, communi dividundo* se séparaient de la règle générale, et le juge pouvait ici directement, *de plano*, sans le secours de *l'arbitrium*, transférer une propriété, décider du sort de la chose elle-même, objet du litige, ce qui ne l'empêchait pas, s'il y avait lieu, de prononcer des condamnations pécuniaires, de constituer des obligations personnelles. Bien que la formule n'existât plus depuis longtemps sous Justinien, le magistrat qui jugeait dans ces actions avait les pouvoirs de l'ancien juge: « *Familiæ erciscundæ judicium ex duobus constat, id est, rebus atque præstationibus, quæ sunt personales actiones* (1). » — « *Sicut autem ipsius rei divisio venit in communi dividundo judicio, ita etiam præstationes veniunt.* » C'est à ce caractère des trois actions qu'a fait allusion le rédacteur des Institutes; ce sont des actions personnelles, mais des actions où le juge se prononce concurremment sur la chose et sur la personne (*tam in rem quam in personam*). Ce n'est pas qu'un système, qui semble s'écarter du sens qui est donné ordinairement aux mots *in rem* et *in personam*, et qui s'explique beaucoup mieux sous la période formulaire que sous la législa-

(1) L. 22, § 4, Dig., 40, 2. *Famil. ercisc.*

tion de Justinien, n'offre quelque prise à la critique. Mais nous croyons que c'est le système qui se soutient le mieux, en ce qu'il ne viole aucun des principes du Droit romain, reconnaît la division des actions en réelles et personnelles, comme la *summa divisio* des actions, laisse aux trois actions la qualité de personnelles que les textes leur donnent et enfin se rattache au caractère essentiel de ces trois actions, *l'adjudicatio*.

Les actions personnelles en Droit romain ont été divisées en actions *bonæ fidei* et actions *stricti juris*. Quelle place occupe dans cette division l'action *communi dividundo*? Les Institutes rangent l'action *communi dividundo*, comme l'action *familiæ erciscundæ*, parmi les actions de bonne foi (1). La loi 4, § 2, au Dig., 10. 3. n'est pas moins explicite : « *Hoc iudicium (communi dividundo) bonæ fidei est.* » Ce n'est pas ici le lieu d'établir les conséquences de cette classification, puisque nous avons réservé à ces détails un paragraphe spécial. Voyons maintenant quelle est la forme de cette action.

§ 2. — *Quelle est la forme de cette action et quels sont les pouvoirs du juge dont elle sollicite l'exercice?*

Sous la période la plus florissante du Droit romain, les actions se distinguaient par leur formule. La for-

(1) Inst., § 28. *De actionibus*.

mule n'était pas un simple moyen matériel de classification. C'est en elle que se résumait toute l'administration de la justice à Rome pendant les années qui ont été les plus belles de son histoire ; elle fut le résultat d'une lutte longue et savante pour substituer aux désordres et aux caprices de la justice patricienne l'équité qui doit toujours régner dans les jugements rendus entre citoyens d'un pays civilisé.

Quelle était la formule de l'action *communi dividundo* ? Elle ne nous est pas parvenue en entier. Les commentateurs du Droit romain ont beaucoup discuté sur elle et plusieurs en avaient besoin pour appuyer telle ou telle explication du paragraphe 20 des Institutes, de *Actionibus*. On a voulu qu'elle fût en même temps *in rem et in personam scripta*. Ce qui est assez difficile à comprendre, car c'est dire que l'*intentio* de la formule contenait et ne contenait pas le nom du défendeur à l'action. Gardons, comme nous l'avons fait, son caractère de personnelle à l'action *communi dividundo*, et reconnaissons comme infiniment probable que la formule était *in personam scripta*, comme celle de toute autre action personnelle.

Mais la formule de nos trois actions se séparait des autres formules et constituait, sous ce rapport, une formule à part, par l'*adjudicatio*. « *Adjudicatio*, dit Gaius, *est ea pars formulæ quæ permittitur judici rem alicui ex litigatoribus adjudicare : velut si inter coheredes familiæ erciscundæ agatur, aut inter socios communi dividundo, aut inter vicinos finium regundorum ; nam illic ita est : Quantum adjudici-*

*cari oportet, judex Titio adjudicato* (1). » Cette *adjudicatio* contient donc un pouvoir spécial donné au juge, celui d'attribuer un droit de propriété, non plus seulement de le constater ou de créer l'obligation de le faire naître; c'est ce qui a rendu nécessaire une mention nouvelle dans la contexture d'ordinaire uniforme de la formule. L'*adjudicatio* vient de la loi des Douze-Tables, ainsi que cela résulte d'un passage de Gaius, au sujet de l'action *familie erciscundæ* (2).

Quand les formules eurent disparu, notre action se confondit pour la forme avec toutes les autres.

§ 3. — Par qui et contre qui l'action peut-elle être intentée ?

L'action *communi dividundo* est une action double, d'après Ulpien, une action dans laquelle chaque partie joue à la fois le rôle de demandeur et celui de défendeur; et cette particularité se traduisait dans la pratique par l'habitude de faire prêter à chacun le double serment de ne pas intenter l'action et de ne pas y défendre *calumniæ causâ*. Cependant, il y a un demandeur à l'action, un communiste qui est le premier obligé d'exposer ses prétentions, de développer ses preuves. Celui-là sera un demandeur proprement dit qui aura introduit l'instance, *qui provocabit ad*

(1) Gaius. *Comm.*, IV, 42.

(2) L. 1, Dig., 40, 2. *Famil. ercisc.*

*judicium*. — On étendra, à notre cas, la règle : « *Qui appellat prior agit* (1). »

L'action *communi dividundo* est l'action qui résulte naturellement du quasi-contrat que nous étudions ; elle règle toutes les relations qui ont pu naître entre communistes à propos de la chose indivise. C'est dire que cette action pourra être intentée par tout communiste. Nous pouvons ajouter qu'elle n'est pas spéciale au quasi-contrat de communauté ; elle pourra même être employée entre personnes unies entre elles par un contrat de société (2) et qui veulent se partager un objet commun. Une des différences marquées entre l'action *communi dividundo* et l'action *pro socio* est que la première cesse tout à fait quand il n'y a plus de chose indivise, tandis que la seconde survit au partage des biens sociaux pour régler les comptes de la société. Nous trouvons au Digeste une espèce où nous voyons un individu qui, avant l'aliénation de sa part dans la communauté, pouvait user contre ses consorts de l'action *communi dividundo* et qui, sorti de la communauté, n'a d'autre ressource que dans l'action *negotiorum gestorum* (3).

Cette action poursuit d'ailleurs non seulement le partage, mais encore toutes les obligations du quasi-contrat dont nous avons parlé et toutes celles qui pourraient en provenir à quelque titre que ce soit, non *solum divisio rei sed præstationes*, impenses, percep-

(1) L. 29, Dig. 5, 4. *De judicis*.

(2) L. 4, Dig., 40, 3. *Communi dividundo*.

(3) L. 44, § 4, Dig., 40, 3. *Communi dividundo*.

tion de fruits, dommages occasionnés. Il faut bien remarquer que, *manente rei communione*, c'est-à-dire sans intenter la demande en partage, mais toujours durant la communauté, on pourra user de l'action pour l'une quelconque des obligations précitées.

L'action *communi dividundo* a-t-elle lieu contre un pupille, un *furiosus*? Ces derniers peuvent-ils être obligés par le communiste, qui, dans ses actes, a eu l'intention de les obliger? Le jurisconsulte Paul répond très-nettement à cette question. (1) « *Furiosus et pupillus, ubi ex re actio venit, obligantur, etiam sine curatore, vel tutoris auctoritate: veluti si communem fundum habeo cum his, et aliquid in eum impendero, vel damnum in eo pupillus dederit; nam iudicio communi dividundo obligabuntur.* » C'est que l'obligation vient ici *ex re* et non *ex societate coita*; la société établie par le pupille ou le fou n'engendrerait aucune obligation de leur part (2). Il faut étendre ceci au mineur de vingt-cinq ans. L'action peut être intentée contre un muet. Peu importe d'ailleurs que l'on possède ou que l'on ne possède pas.

Il peut se faire qu'en vertu de la *Lex Falcidia*, le légataire soit exposé à voir son legs diminué d'une certaine quantité. Il existe alors une sorte de copropriété entre le légataire et l'héritier, copropriété qui se résoudra par une action *communi dividundo* directe.

La même incertitude dans la copropriété peut exis-

(1) L. 46, Dig., 44, 7. *De oblig. et actionib.*

(2) L. 33, Dig., 47, 2. *Pro socio.*

ter entre l'héritier et le légataire d'un pécule. Tant que les créanciers du maître ne sont pas déterminés, l'action directe aura encore lieu.

Si, en dehors des obligations qui résultent du quasi-contrat de communauté, les communistes ont fait des conventions relatives à la chose commune, ces conventions sont encore du domaine de l'action *communi dividundo*. Plusieurs copropriétaires d'un fonds, voulant garder l'indivision un certain temps, ont résolu de jouir alternativement des fruits de ce fonds ; les difficultés qui se présenteraient dans cette jouissance seront soulevées devant le juge du partage, car il n'y a pas louage, et par suite, action *ex conducto* : le louage a pour élément une *merces* que l'on ne trouve pas ici.

Jusqu'ici, nous n'avons parlé que de l'action *communi dividundo* « directe » ; nous employons ce mot, non pas par opposition au mot *contraire*, comme cela a lieu quelquefois, mais pour l'opposer au mot *utile*. Il importe de résumer les conditions auxquelles cette action directe pouvait être intentée pour bien concevoir les cas d'application de l'action *communi dividundo* utile :

Pour que l'action *communi dividundo* directe puisse être intentée, il faut :

- 1° Que les communistes soient copropriétaires ;
- 2° Que la communauté dure encore ;
- 3° Que le communiste créancier ait voulu obliger son consort.

Hors ces conditions, il n'y a lieu qu'à l'action utile.

Examinons les divers cas d'exercice de l'action *communi dividundo* utile.

Nous avons eu l'occasion de parler assez longuement de l'espèce dans laquelle un communier avait géré la chose indivise dans l'idée qu'elle lui était commune avec Primus, alors que Secundus était son consort. Rappelons que dans le Droit ancien on ne reconnaissait pas au gérant le pouvoir d'obliger Secundus. Plus tard, on sanctionna l'obligation par une action utile.

Il fallait être propriétaire pour intenter l'action en revendication ; mais il y avait des circonstances intéressantes où il était conforme à la justice de protéger un simple possesseur même contre le véritable propriétaire. Le Préteur qui était là pour tempérer ce que le Droit civil avait de rigoureux et qui, au moyen de tempéraments successifs, a réconcilié dans le Droit romain la logique et l'équité, le Préteur, disons-nous, avait créé l'action réelle Publicienne. Si, sans être propriétaire, on pouvait exercer une action fictive en revendication, la Publicienne, pourquoi ceux à qui appartenait cette action et qui, dans leur possession, étaient unis par le lien de la communauté, n'auraient-ils pas pu avoir recours à l'action *communi dividundo*? Le préteur leur accorda l'action utile (1).

Cette action utile appartient aussi aux possesseurs du *vectigalis ager*. L'*ager vectigalis* était la portion du territoire d'une cité que la ville donnait à cultiver

(1) L. 7, § 2, Dig., 40, 3. *Communi dividundo*.

sous la forme qui fut généralisée plus tard et réglementée en prenant le nom de bail emphytéotique (1). On avait accordé au possesseur de l'*ager* une action *in rem* utile, quoiqu'il ne fût pas propriétaire. Il était tout naturel que deux possesseurs du même fonds à ce titre pussent régler leur situation par l'action *communi dividundo* qui leur fut utilement octroyée. Quand nous parlerons des pouvoirs du juge de l'action *communi dividundo*, nous verrons les précautions qu'il devait prendre dans le cas que nous examinons.

■ Ce que nous disons des possesseurs de l'*ager vectigalis*, nous le disons aussi des preneurs à bail emphytéotique, puisque ce bail qui fut soumis à des règles fixes par l'empereur Zénon (2), ne fut que le développement des concessions sur l'*ager vectigalis* ou l'*ager publicus*. Le droit du preneur était un droit réel, *jus in re aliena*, pour lequel on avait créé une action réelle utile. Tout porte à croire que l'action *communi dividundo* fut étendue à ceux qui possédaient à ce titre.

■ Deux créanciers gagistes pouvaient aussi entre eux exercer l'action *communi dividundo*. On sait que jusqu'à une époque assez avancée dans l'histoire de Rome, jusqu'à Gaius et Paul (3), le créancier gagiste devait être rendu propriétaire, sauf le contrat de fiducie, de la chose donnée en gage. Si donc, pendant cette période, deux individus avaient obtenu en gage

(1) L. 1, P., Dig., 6, 3. *Si ager vectigalis*.

(2) Liv. 4, tit. 66, au Code. *De jure emphyt.*

(3) Gaius, II, 59-60. — Paul. *Sent.*, liv. 2, tit. 13.

le même objet, ils en étaient copropriétaires et rien ne s'opposait à ce qu'ils pussent en demander le partage par l'action directe *communi dividundo*. Mais, avec les progrès du Droit, les créanciers gagistes ne furent plus que de simples détenteurs. Purent-ils encore exercer l'action *communi dividundo* pour se partager la détention du gage ou du moins pour obtenir l'un ou l'autre cette détention après règlement de comptes entre eux : « *Si duo sint qui rem pignori acceperunt æquissimum est utile communi dividundo iudicium dari.* » Cette phrase est d'Ulpien, postérieur à Gaius ; et sa rédaction montre qu'on s'était arrêté à la difficulté survenue à suite de la transformation du gage. Ulpien, que l'on trouve toujours en avant dans les innovations, signale ce triomphe de l'équité sur la rigoureuse logique de l'ancien Droit, qui n'admettait pas dans ce cas d'action directe. Il donne aux créanciers gagistes l'action utile. Sans aucun doute, la position du débiteur ne sera pas aggravée par ce partage.

Voyons cependant une décision du même Ulpien, qui semble placer le débiteur dans une condition plus fâcheuse. Primus et Secundus sont copropriétaires par indivis ; Primus donne sa part en gage. Or, entre Secundus et le créancier survient une action en partage, qui se termine par la licitation de l'immeuble au profit du créancier. Primus pourra-t-il comme auparavant reprendre sa portion indivise en payant sa dette ? L'Élégance (*eleganter*) romaine brisant ici avec la logique ne dit point cela : elle déclare que si le débiteur veut avoir sa chose, il faut qu'il la prenne tout entière,

non seulement sa part, mais encore celle de Secundus (1). On avait voulu évidemment empêcher l'indivision de renaître entre le créancier et son débiteur. Ce n'est pas le seul cas où les Romains se soient préoccupés d'éviter ce retour par faveur pour la propriété individuelle.

Nous avons parcouru jusqu'ici des espèces dans lesquelles nous avons vu l'action *communi dividundo* ouverte à des personnes qui pouvaient invoquer sur la chose commune un véritable droit réel ou du moins le souvenir d'une action *communi dividundo* directe que leur avait octroyée l'ancien Droit.

Cette action fut encore utilement accordée aux possesseurs qui avaient sur la chose une *possessio justa* unie à un droit de jouissance personnelle. Ces deux choses sont également nécessaires.

La possession juste ne suffirait pas, car il n'est pas douteux que les déposants aient cette possession et cependant on n'accorde pas aux déposants même l'action utile. Les fermiers ou colons, les précaristes possèdent aussi *justè*, mais ni les uns ni les autres ne peuvent intenter l'action en partage, car il leur manque la jouissance personnelle (2). D'autre part, ceux qui ont la jouissance sans la *possessio justa* sont aussi exclus de l'action. Des voleurs qui possèdent *animo domini* ne sauraient prétendre au partage des objets qu'ils ont volés; il en est de même de ceux dont la possession

(1) L. 7, § 13, Dig., 40, 3. *Communi dividundo*.

(2) L. 7, §§ 4 et 11, Dig., 40, 3. *Communi dividundo*.

est entachée de violence ou de clandestinité, quoique dans tous ces cas, chacun ait la jouissance personnelle de la chose.

On voit, d'après ce qui précède, qu'il ne faut pas confondre le droit d'intenter l'action *communi dividundo* utile avec celui d'exercer les interdits possessoires; car les interdits sont ouverts à tous ceux qui possèdent *animo domini* et à plusieurs détenteurs simples pour le compte d'autrui, parmi lesquels on remarque le précariste.

Un possesseur qui réunirait toutes les conditions voulues pour exercer l'action *communi dividundo* utile, pourrait repousser son copossesseur du partage en lui opposant une exception qui résulterait de ce qu'il possède par violence ou à titre précaire. Cette exception ne sera pas seulement annale, car même après l'année la possession violente ou précaire ne saurait être consolidée et le possesseur est encore sous le coup de l'interdit (1).

Une question s'est soulevée à propos de gens envoyés en possession d'une maison *damni infecti causâ*. Ces envoyés en possession ont-ils l'action *communi dividundo* pour se faire rendre compte des dépenses qu'ils ont pu faire les uns ou les autres sur la chose commune? Les textes où est posée et résolue cette demande sont, au premier abord, contradictoires. Mais, à notre avis, cette contradiction n'est qu'apparente. Examinons ces textes et traduisons-les avant de les commenter.

(1) L. 7, § 5, Dig., 40, 3. *Communi dividundo*.

Après avoir dit que l'action *communi dividundo* ne peut avoir lieu que pour impenses faites durant la communauté, Ulpien ajoute : « Pour cette raison Julien décide que si plusieurs personnes ont été envoyées en possession *damni infecti causâ*, et que l'une d'elles, avant le second décret qui rend la possession définitive, ait consolidé la maison, elle ne peut avoir recours à l'action *communi dividundo* pour se faire rembourser une partie de cette dépense (1). » Dans la loi suivante, qui est de Julien, on trouve cette décision de Proculus : « Mais si le défendeur continue à refuser caution et que le Préteur mette la maison qui menace ruine *in bonis* de ceux qui ont été envoyés en possession provisoire, les dépenses qui auraient été faites depuis le deuxième décret et après l'acquisition du *dominium* seront réglées par l'action *communi dividundo*. » Si maintenant nous nous portons au livre 39 titre 2 du Digeste, nous trouvons dans la loi 15 ce fragment d'Ulpien : « Si celui qui a été envoyé en possession par un premier décret a fait une dépense sur la chose, et que, sur un deuxième décret, il soit devenu possesseur définitif, pourra-t-il répéter cette dépense et comment s'y prendra-t-il ? Je crois qu'il y a lieu à l'action *communi dividundo* (2). » — Cette dernière décision semble contredire celle qui est formulée par les lois 4 et 5, puisqu'elle accorde une action *communi dividundo* là où ces lois ont tout autrement réglé la

(1) L. 4, § 4, Dig., 40, 3. *Communi dividundo*.

(2) L. 15, § 49, Dig., 39, 2. *De damno infecto*.

situation et n'admettent l'action que pour les dépenses faites après le deuxième décret et même depuis que l'usucapion a transformé la possession en propriété quiritaire.

Mais l'antinomie disparaîtra si l'on remarque que dans la loi 15 Ulpien parle de l'action utile *communi dividundo*, et dans les lois 4 et 5 il n'est question que de l'action directe. Voici donc comment il faut entendre la doctrine contenue dans ces divers textes : Ceux que le préteur a simplement envoyés en possession par un premier décret ont entre eux, pour les dépenses intéressant la communauté, non l'action *communi dividundo* directe, mais l'action utile, et cela est rationnel d'après les principes que nous avons exposés, car ils ne sont pas propriétaires, mais ont seulement une *justa possessio* (*justè possidet qui auctore præ-tore possidet*) (1) avec une jouissance personnelle qui se traduit par la faculté d'habiter la maison en compagnie du copropriétaire récalcitrant ; cette situation, qui fait naître l'action utile, se prolongera tant que les copossesseurs ne seront pas devenus copropriétaires, c'est là le motif de la précision que l'on trouve dans la loi 5. Mais quand après le second décret du préteur l'usucapion, devenue possible, a transféré la propriété aux envoyés en possession, alors l'action directe leur est ouverte, car ils sont copropriétaires ; plus n'est besoin de l'action utile. C'est ce qu'a voulu rappeler Ulpien, quand il a écrit dans la loi 7 § 9 du titre

(1) L. 44, Dig. 44, 2. *De adquir. vel. amitt. poss.*

*communi dividundo* : « *Planè si jam damni infecti missus, jussus sit possidere, non erit huic utili iudicio locus, cum vindicationem habere possit.* » — Parce que étant propriétaire il a droit à l'action directe.

Deux usufruitiers ont entre eux l'action utile au sujet de leur usufruit.

Quand le Prêteur a envoyé deux légataires en possession d'un legs *custodie causâ*, ces deux envoyés en possession ont l'action utile.

§ 4. — *Quelle est la latitude accordée au juge dans l'action communi dividundo.*

Cette latitude est d'abord celle qui existe dans tous les contrats de bonne foi. Dans ces actions, sans que la formule soit surchargée d'exceptions ou contienne des pouvoirs spéciaux, le juge peut se livrer à une appréciation large de la situation des parties. Le juge de l'action en partage examinera quelles peuvent être les obligations qui sont nées du quasi-contrat de communauté et en exigera l'accomplissement selon les règles du bon et du juste ; il examinera s'il y a eu dol ; il étudiera la faute commise par les communistes (1) pour en déterminer l'étendue et savoir si, vu la nature du quasi-contrat, il y a lieu d'en tenir compte dans la condamnation.

Quand le juge aura prononcé sa sentence, si par

(1) L. 4, Code, 3, 37. *Communi dividundo.*

hasard toute la chose n'avait pas été partagée, une nouvelle action *communi dividundo* sera intentée sur les objets restants; c'est même cette action qui aurait lieu si dans le partage d'une hérédité par l'action *familiæ erciscundæ* on avait oublié quelques objets de la succession; car l'action *familiæ erciscundæ* ne pouvait être exercée qu'une fois.

C'est parce que notre action est de bonne foi que si elle vient à être intentée contre un communiste qui se croyait seul propriétaire de la chose, celui-ci pourra obliger le juge à faire entrer en ligne de compte les dépenses qu'il aurait faites sur l'objet commun; et cependant ce communiste, qui s'est trompé sur sa qualité, n'a aucunement le pouvoir d'être demandeur à l'action *communi dividundo*.

Mais la formule, en permettant au juge de se décider *ex bono et æquo*, lui transmet des pouvoirs bien autrement étendus. Nous savons ce que veut dire le mot *adjudicatio* adressé par le prêteur au juge sous la période formulaire. Par l'*adjudicatio*, le juge fera des parts dans la chose commune, et les attribuera chacune exclusivement à chacun des copropriétaires, quelquefois contre la volonté des plaideurs, qui pourront être mis ainsi forcément d'accord par la décision du *Judex*. Il est d'ailleurs recommandé à celui-ci de se laisser guider par des considérations d'utilité à l'égard des parties : *Quod omnibus utilissimum est vel quod malint litigatores; sequi convenit* (1).

Quand on n'arrivait pas à s'entendre et que l'objet

(1) L. 21, Dig., 40, 3. *Communi dividundo*.

commun n'était pas facilement partageable, le juge pouvait faire procéder à la licitation; celui-là obtenait toute la chose qui en offrait le plus haut prix. La licitation s'ouvrait d'abord entre les copropriétaires, les étrangers non admis; mais, si l'un des communistes se déclare dans l'impossibilité de faire monter les enchères et prétend qu'alors l'adjudication va être prononcée pour un prix dérisoire, les étrangers seront appelés à y prendre part (1).

Sans donner à chacun une part dans la chose proportionnelle à son droit de copropriété, sans avoir recours à une licitation, le juge aura la faculté de diviser la chose comme il le jugera convenable entre les communistes. Celui qui recevra moins que la portion qui doit lui revenir obtiendra une somme d'argent en retour, après une *æstimatio justa* faite par le juge.

Le juge du partage pouvait même, dans certaines circonstances, faire entrer dans le règlement de comptes des créances qui étaient nées en dehors de tout rapport entre communiens, et ceci est remarquable. Nous sommes copropriétaires d'un esclave; je vous donne ma part indivise en gage d'une créance que vous avez sur moi. J'intente contre vous l'action *communi dividundo* à propos de cet esclave; et alors de deux choses l'une : ou l'esclave m'est adjugé, et votre droit de créance reste garanti par l'esclave, ou il vous est adjugé, et dans ce cas que va-t-il arriver? Au lieu de me payer la valeur en argent, fixée en retour par

(1) L. 3, Code, 3, 37. *Communi dividundo*.

le juge, vous serez libéré en me payant la différence entre cette valeur et le montant de la créance garantie; de cette façon mon obligation sera éteinte. Nous voyons donc ici le juge faire entrer dans sa décision un élément étranger au quasi-contrat de communauté. Il ne faudrait pas cependant regarder cette décision de Julien comme pouvant être généralisée; le jurisconsulte lui-même l'indique comme un moyen qui n'est pas ordinaire. Il s'agit ici de remédier à la situation du copropriétaire créancier gagiste qui a omis d'opposer à la demande en partage l'exception *pignoratitia* (1).

Jusqu'ici nous avons vu le juge attribuer à chaque copropriétaire ou une part en propriété, ou une compensation en argent. Il ne faudrait pas croire cependant que le pouvoir du juge fût borné là et qu'il ne pût partager le fonds que de cette manière. Rien ne s'opposait à ce qu'il séparât l'usufruit de la propriété d'un fonds pour donner l'usufruit à l'un des communistes, la nu-propriété à l'autre (2).

Le juge, en séparant le fonds commun en deux parts, avait la faculté d'imposer à l'une des portions une servitude au profit de l'autre; mais dans cette attribution il devait bien prendre garde de ne pas adjudger purement et simplement la portion qui doit être le fonds servant avant d'avoir établi la servitude, sans quoi il n'aurait pu revenir sur cette adjudication pure

(1) L. 6, § 9, Dig., 40, 3. *Communi dividundo*.

(2) L. 6, § 10, Dig., 40, 3, *Communi dividundo*.

et simple, et la constitution de la servitude en faveur de l'autre portion tombait à faux. Le juge commettrait, d'ailleurs, un excès de pouvoir en établissant dans l'action *communi dividundo*, sur l'une des parts ou sur le fonds entier, une servitude au profit d'un fonds étranger au partage.

Nous avons vu que les parties pouvaient, pendant un temps déterminé, s'interdire le partage. Liés par cette convention, les communistes intenteraient vainement l'action *communi dividundo*. Sous la période formulaire le préteur leur refuserait la formule et, par conséquent l'action, et si le préteur ne s'opposait pas à la continuation de la procédure, le juge devrait refuser de prononcer l'adjudication.

Nous savons que l'action peut s'ouvrir entre d'autres personnes que les copropriétaires, par exemple entre cusufruitiers. Le pouvoir du juge ne sera pas plus limité dans un cas que dans l'autre. Tantôt il partagera l'usufruit, tantôt il donnera l'usufruit à l'un, une redevance à l'autre. Il pourra même louer le droit d'usufruit à un tiers pour partager la *merces* entre les co-usufruitiers, ou encore opérer la licitation, ou bien alterner la jouissance *per tempora* (1).

Quand il s'agira d'un usage qui ne saurait être ni vendu, ni loué, alors on attribuera l'usage tout entier à l'un des usagers; une redevance en argent sera don-

(3) L. 22, § 3, Dig., 40, 2. *Famil. ercisc.*

(4) L. 7, § 40, Dig., 40, 3. *Communi dividundo*. — L. 4, § 5, Dig., 43, 20. *De aquâ quotidianâ*.

née à l'autre dont l'usage sera ainsi transformé en un véritable usufruit.

Ces compositions entre les parties sont laissées à l'appréciation du juge qui tâchera de concilier les intérêts de tous les copartageants. Quand l'action en partage s'ouvrira entre certains détenteurs de la chose d'autrui, par exception aux règles que nous avons énoncées le juge devra se préoccuper de ceux pour le compte de qui les détenteurs possèdent. Ainsi ce sont des possesseurs *d'agri vectigales* qui veulent partager le fonds détenu en commun. Comme ces détenteurs sont soumis à des prestations périodiques envers la ville qui leur a fait la concession, le juge n'oubliera pas qu'il y a pour la ville un désavantage réel à multiplier le nombre des tenanciers, à augmenter ainsi le nombre des contribuables; car la perception des impôts en sera rendue plus difficile. Il ne consentira donc au partage réel du fonds que s'il y a absolue nécessité.

Une constitution de l'empereur Constantin tout empreinte d'humanité décidait que dans les partages des fonds, à la culture ou à l'entretien desquels des familles étaient attachées, il fallait se garder de séparer des personnes liées entre elles par des rapports de parenté très-rapprochée : « Qui pourrait en effet supporter, s'écrie l'empereur, que l'on sépare les enfants de leurs parents, les sœurs de leurs frères, les femmes de leurs maris? » Des ordres sévères étaient donnés pour qu'on réunît ceux qui avaient été victimes de cette cruelle séparation (1).

(1) L. 44, Code, 3, 38. *Communia utriusque*.

Avant de terminer ce chapitre il nous faut examiner un cas particulier de l'action en partage, cas dans lequel les jurisconsultes romains semblent s'être départis des principes de logique rigoureuse qu'ils avaient admis dans notre matière. L'un des deux propriétaires d'un fonds commun a vendu sa part indivise dans ce fonds ; mais avant la tradition de cette portion aliénée il est actionné en partage et une licitation est ouverte. Deux situations peuvent se présenter : ou bien le vendeur triomphera dans la licitation ou bien l'adjudication sera faite au profit de son copropriétaire. Dans ce dernier cas le vendeur sera obligé d'abandonner sa part moyennant une somme d'argent, et l'acheteur au moyen de l'action *ex empto* obtiendra d'après Ulpien (1) restitution du prix de vente. Celsus cité par Ulpien (2) émet l'opinion que l'acheteur ne pourra réclamer au vendeur que la somme qui lui a été attribuée par le juge dans la licitation. Ces deux solutions sont un peu différentes, Celsus voit là une véritable éviction et applique les principes reçus en pareille matière. Ulpien ne semble pas être de cet avis ; il n'y a pas eu tradition ; le contrat serait en quelque sorte résolu de plein droit.

Supposez maintenant que le vendeur se soit rendu adjudicataire du fonds : alors l'acheteur ne sera fondé à réclamer la part indivise achetée que s'il est prêt à prendre le fonds tout entier. Mais est-ce là une décision

(1) L. 7, 43, Dig., 40, 3. *Communi dividundo.*

(2) L. 43, 47, Dig., 49, 4. *De actionibus empti.*

fondée sur la raison? Un acheteur qu'on met dans la nécessité d'abandonner la portion de la chose acquise ou de se rendre aussi acquéreur d'une autre portion! Mais ce n'est pas encore assez, le vendeur pourra même obliger l'acheteur à prendre le fonds tout entier; si nous demandons au jurisconsulte le motif de cette disposition il nous répond : si le vendeur adjudicataire a aujourd'hui le fonds tout entier en sa possession, c'est en raison de la part indivise qu'il avait déjà vendue; l'acheteur devra donc subir seul les conséquences de cette espèce d'accession. Cette raison, quelque apparence de justice qu'elle ait, ne nous semblerait pas suffisante pour légitimer une pareille solution. Le vendeur, pourrait-on nous dire cependant, en se rendant maître de l'adjudication, a fait les affaires de l'acheteur, qui, grâce à lui pourra entrer en possession de la chose acquise; nous répondons qu'il a fait aussi les siennes, car en supposant que l'adjudication eût été prononcée pour une somme insignifiante au profit de l'autre copropriétaire, il aurait été obligé, comme nous l'avons vu, de restituer à l'acheteur le prix de la vente première, au moins selon l'avis d'Ulpien : l'équité veut que l'acheteur n'ait pas à souffrir du partage.

Pour expliquer ce qu'il y a d'anormal dans cette doctrine il faut bien voir ici les préoccupations qu'ont eu les jurisconsultes romains, une fois l'indivision détruite par le partage, de l'empêcher de renaître. La communauté n'étant pas le mode normal de la propriété et occasionnant le plus souvent des contestations entre les communistes, il importe de ne point la perpé-

tuer. Il est bien entendu que, dans tout ceci, le vendeur devra être de bonne foi. Si l'on venait à apercevoir quelque fraude, toutes ces conséquences ne se produiraient pas.

## CHAPITRE V.

### DE L'ESCLAVE COMMUN.

Dans le courant de notre travail, nous avons jusqu'ici évité de parler du cas où l'indivision porte sur des esclaves : nous réservions cette matière pour la placer dans un chapitre spécial ; car elle forme un tout complet, et l'exposé des principes qui la régissent eussent peut-être compliqué inutilement notre étude sur le quasi-contrat de communauté. Nous n'entrerons pas dans tous les détails que comporte ce sujet ; nous n'avons d'autre intention que de dégager le rôle juridique que pouvait jouer parfois l'esclave dans la société romaine et de montrer ce rôle en action dans l'hypothèse d'un esclave commun à plusieurs maîtres.

Nous nous occuperons d'abord de l'esclave indivis entre plusieurs copropriétaires ; puis nous dirons quelques mots du *servus publicus*.

#### § 1. — *De l'esclave indivis entre plusieurs maîtres.*

La communauté d'un esclave fait naître entre ses copropriétaires, outre les relations que nous venons

d'exposer, des relations spéciales qui proviennent de ce que l'esclave, quoique considéré en général comme une chose, est en réalité une personne avec l'activité de laquelle il faudra souvent compter. L'esclave a une langue pour prononcer les paroles de la stipulation, soit comme créancier, soit comme débiteur, il peut parfois prendre part à des contrats dont la *causa civilis* ne consiste pas dans des paroles sacramentelles. Comment régler ces situations? Faudra-t-il anéantir tous les actes juridiques dans lesquels auront figuré des esclaves, ou permettre dans l'intérêt du maître et surtout à cause des principes rigoureux du Droit romain au sujet de la représentation par autrui, permettre, disons-nous, à l'esclave d'engager valablement le *dominus*, de stipuler à son profit, de participer pour lui à des transferts de propriété ou de possession? De là, entre l'esclave et le maître des rapports nombreux étudiés avec détail par les jurisconsultes romains; de là aussi entre copropriétaires d'un même esclave, ces relations spéciales dont nous parlions tout à l'heure et que l'action *communi dividundo* servira à régler.

Parcourons les diverses espèces relatées par les textes. Nous parlerons d'abord des stipulations faites par l'esclave commun, nous parlerons ensuite des acquisitions de propriété et de possession et enfin de la faculté qu'a l'esclave d'engager ses maîtres.

I

*Stipulations faites par l'esclave commun.*

Il est de règle que si un esclave stipule, il acquiert à son maître : (1) « *Hoc enim nobis et ignorantibus et invitis obvenit.* » Comment appliquer cette règle à l'esclave commun ? Ulpien répond à cette question par une définition de l'esclave commun, que nous avons fait connaître et que nous croyons utile de reproduire ici : *Servus communis sic omnium est, non quasi singulorum totus : sed pro partibus utique indivisis, ut intellectu magis partes habeant quam corpore. Et ideo si quid stipulatur, vel quâquâ aliâ ratione acquirit : omnibus acquirit pro parte quâ dominium in eo habent.* » L'esclave commun qui stipule acquiert donc pour ses maîtres en proportion de la part intellectuelle ou idéale que chacun a dans l'indivision. (2)

Si deux individus ont reçu un esclave en legs, l'un pour le tiers de cet esclave, l'autre pour les deux tiers et que l'esclave commun stipule trente mille serterces : dix mille reviendront au premier, vingt mille au second.

Si, au lieu de stipuler purement et simplement sans

(1) Inst., 2, 9, § 3. *Per quas personas nobis acquiritur.*

(2) Gaius, III, 467. — Inst., § 3, 3, 28. *Per quas personas nobis obligatio acquiritur.*

aucune désignation, l'esclave avait stipulé pour ses maîtres, *pro dominis*, on était d'accord pour reconnaître que le bénéfice de la stipulation était acquis à chaque maître *pro parte dominicâ* en raison de sa part de copropriété. La consonnance des mots employés dans la stipulation marquait d'une manière certaine la volonté de l'esclave.

Il n'était pas inutile de savoir quelle était la volonté de l'esclave dans la stipulation ; car il dépendait d'elle d'exclure tel ou tel maître des avantages du contrat. Il suffisait qu'il stipulât nominativement au profit de l'un des maîtres pour que ce maître fût seul créancier à la suite de la stipulation. Comment expliquer ce résultat puisque l'esclave appartient, en réalité, à tous ; la réalité des choses ne devrait-elle pas l'emporter sur l'expression de la volonté de l'esclave ? C'est qu'on avait regardé l'esclave comme un composé de plusieurs esclaves et, de cette manière, on concevait qu'il pût acquérir pour les uns et ne pas acquérir pour les autres, quand il avait seulement nommé les premiers.

Supposons que la stipulation ait été faite nominativement pour tous les maîtres. L'esclave commun de Primus, Secundus et Tertius a dit : « Me promets-tu cent pour Primus, Secundus et Tertius ? » On se demandait si les copropriétaires auraient acquis *pro dominicâ parte* ou *pro virili parte* ; il paraît qu'on avait décidé que chacun aurait un tiers du bénéfice de la stipulation. On avait dit que le seul fait de nommer l'un des maîtres dans la stipulation éliminait les autres ; mais ici tous les trois se présentaient avec une

égale vocation ; il y avait concours de droits égaux et par suite partage (1).

Que fallait-il penser d'une stipulation conçue en ces termes : « *Lucio et Titio dominis meis dare spondes ?* » L'intention de l'esclave disparaissait sous cette double énonciation. Cependant il était impossible d'annuler une semblable stipulation ; si l'esclave avait d'abord nommé ses maîtres (*prius ad nomina decursum est*), cela faisait présumer qu'il avait eu en vue bien plutôt leur personne que la part qu'ils avaient dans l'indivision. Aussi Lucius et Titius avaient-ils une part virile.

Gaius se demande si l'ordre donné par l'un des maîtres de stipuler produit le même résultat que si l'esclave stipulait au nom de celui qui donnait cet ordre ; cette question avait fait l'objet d'une discussion entre les Sabinien et diverses écoles du temps de Gaius (2). Les Sabinien avaient mis sur le même pied les deux stipulations, les autres voulaient que tout eût lieu comme si aucun ordre n'avait été donné ; d'après cette dernière opinion, la stipulation faite par l'esclave commun de Primus et Secundus sur l'ordre de Primus équivalait à celle-ci : « Me promettez-vous tant ? » Justinien avait tranché la difficulté dans le sens indiqué par les Sabinien et notre stipulation sous le droit nouveau avait la même valeur que la suivante : « Me promettez-vous tant pour Primus (3) ? »

(1) L. 37, Dig., 45, 3. *De stipulatione servorum.*

(2) Gaius. *Comm.*, III, 467.

(3) Inst., 3, 28, § 3. *Per quas personas nobis obligatio.*

Il pouvait se faire que l'esclave commun à deux maîtres eût stipulé *ex re unius*. La stipulation était alors censée faite à l'avantage du copropriétaire dont l'esclave avait utilisé la *res*. Mais si en stipulant *ex re unius* il avait stipulé au nom de l'autre, comment régler la situation? Voici une espèce prévue au Digeste (1) : L'esclave de Primus et de Secundus a pris dans son pécule qui appartient uniquement à Primus une somme qu'il a prêtée à titre de *mutuum* ; par ce fait, il a acquis à Primus un droit de créance sur l'emprunteur. Mais cet esclave stipule de l'emprunteur qu'il rendra cette somme à Secundus. Eh bien! Primus et Secundus auront chacun une action : le premier une action résultant du contrat de *mutuum*, le second une action provenant de la stipulation. Seulement il est admis que Secundus pourra être écarté par le débiteur au moyen d'une exception de dol.

Quand la stipulation avait lieu *ex re unius* sans désignation de personne, nous avons vu que le propriétaire de la *res* profitait seul de la stipulation ; il faut pour être vrai dire qu'il n'en profite qu'indirectement si les autres communistes veulent se prévaloir de cette stipulation et en poursuivre l'exécution. Ils seront écoutés dans leur demande, mais le maître de la *res* aura contre eux des recours pour obtenir la restitution du montant de la stipulation (2).

La stipulation faite d'une manière générale par l'es-

(1) L. 4, § 2, Dig., 45, 3. *De stipulatione servorum.*

(2) L. 28, § 4, Dig., 45, 3. *De stipulatione servorum.*

clave peut être de telle nature que l'un des maîtres ne puisse acquérir à suite de cette stipulation. Par exemple l'esclave a stipulé une servitude, et il se trouve que Primus est le seul de ses maîtres qui ait un fonds en position de pouvoir tirer avantage de la servitude ; la servitude est alors tout entière acquise à Primus. Mais est-ce à cause de l'indivisibilité de la servitude que cette attribution est faite à Primus ? Non. C'est le résultat de l'application d'une règle générale qui veut que si l'un des maîtres peut seul acquérir à suite de la stipulation de l'esclave, il acquière seul quoiqu'on n'ait stipulé ni en son nom, ni sur son ordre et bien que la prestation soit divisible (1).

Voilà pourquoi si l'un des maîtres va se marier la stipulation de dot faite par l'esclave est censée faite pour lui tout seul (2). C'est pour une raison semblable que si l'esclave de Primus stipule pour un esclave commun à Primus et à Secundus, Primus seul profitera de la stipulation faite par son esclave ; Secundus n'a rien à voir dans la stipulation de l'esclave d'autrui. Mais, dira-t-on, la stipulation a été faite pour l'esclave commun. Qu'importe ? Il faut appliquer le principe que l'esclave commun de deux maîtres est un composé de deux personnes, et c'est la personne qui regarde Primus qui est ici seule mise en jeu.

Quand l'esclave aura stipulé pour lui et pour l'un de ses maîtres, il sera considéré comme ayant voulu partager en deux la stipulation. Une moitié profitera au

(2) L. 7, § 1, Dig., 45, 3. *Eodem titulo.*

(3) L. 8, § 1, Dig., 45, 3. *Eodem titulo.*

maître nommé et l'autre moitié se divisera entre tous, *pro parte dominicâ* (1).

Une stipulation faite par l'esclave commun à Primus et à Secundus en ces termes : « *Spondesne Primo aut Secundo centum?* » est-elle valable? On répondait négativement, car on ne savait à qui l'action était acquise.

Nous en avons assez dit sur la stipulation ; si maintenant l'un des copropriétaires avait perçu ce qui devait en partie ou pour le tout revenir aux autres, le règlement de compte s'établirait entre eux par l'action *communi dividundo* d'après les dispositions dont nous venons de donner le détail.

## II

### *Acquisition de propriété ou de possession par un esclave commun.*

Passons à l'acquisition de propriété ou de possession. S'il s'agit d'acquisition de propriété, nous n'avons qu'à appliquer les principes que nous venons d'exposer, car les textes ne font aucune distinction entre la stipulation d'un esclave commun et le fait par lui d'acquérir la propriété. L'esclave qui stipule acquiert à son maître, *invito et ignoranti*, comme celui qui reçoit la transmission de propriété. Il n'y aura donc dans toutes les hypothèses que nous avons examinées qu'à changer

(1) L. 4, Dig., 45, 2. *De duobus reis constit.*

le mot stipulation en celui d'acquisition de propriété ; les solutions sont les mêmes.

Mais nos principes ne doivent-ils pas se modifier quand il s'agira pour l'esclave commun de recevoir la tradition de la possession, que ce soit la possession *ad usucapionem* ou la possession *ad interdicta* ?

S'il est vrai de dire que l'esclave qui reçoit tradition de la propriété acquiert immédiatement, sans que son maître le sache et même malgré lui, la propriété au profit du *dominus* (1), il n'en est pas de même pour la tradition de la possession. Nous savons bien que cette opinion a été combattue par M. de Savigny et qu'il a déclaré inconciliables les textes sur lesquels elle repose ; mais nous persistons à maintenir la différence que nous signalons. Les textes ne présentent des antinomies que par suite de la confusion de la tradition de propriété avec la tradition translativie de la possession. C'est ainsi que dans les lois 1 § 5, 3 § 12, 44 § 1 livre 41 titre 2 au Digeste, où l'on parle de tradition de possession, sans distinguer entre la possession *ad usucapionem* et la possession *ad interdicta*, l'esclave ne peut acquérir la possession à son maître que sur un ordre exprès ou tacite, exprès quand cet ordre aura été réellement et spécialement donné, tacite si l'esclave a agi *peculiariter*. C'est là, en effet, la doctrine qu'il faut admettre. A la différence de ce qui a lieu pour la propriété, la possession ne sera acquise par l'esclave au maître que sur l'ordre de ce dernier.

(1) Inst., 2, 9, § 3. *Per quas personas nobis adquiritur.*

On voit tout de suite les conséquences que cette opinion va introduire dans notre matière. Et d'abord, l'esclave commun qui acquerra la possession purement et simplement et sans ordre exprès ou tacite d'aucun de ses maîtres, n'acquerra pour aucun d'eux. Peu importe, d'ailleurs, qu'il ait ajouté ou non les divers noms de ceux-ci ou seulement quelques-uns de ces noms. La possession ne sera jamais transmise qu'à ceux qui auront donné l'ordre de la recevoir.

Cette distinction entre la propriété et la possession n'est pas seulement fondée sur les textes, mais encore sur la raison. Un propriétaire transférant par la tradition la propriété d'une chose à l'esclave d'un autre, c'est là une situation normale qu'il y a tout lieu de favoriser et que la loi a favorisée, en effet, en déclarant que la propriété serait acquise au maître, ainsi représenté par son esclave. Un individu non propriétaire transférant la possession pleine et entière d'une chose, c'est là au contraire une situation plus irrégulière que la loi ne peut protéger autant que la première et qu'elle a moins protégée, en effet, puisqu'elle exige ici un ordre du maître.

### III

#### *Engagements pris par l'esclave commun.*

L'esclave commun a pris un engagement. Sur qui va retomber la charge de cette obligation? Sur lui?

Evidemment non. Nous savons qu'on avait accordé contre le maître des actions *adjectivæ qualitatis*, qui ne sont autre chose que les actions résultant du contrat où l'esclave avait été partie et utilement étendues contre le maître.

Si l'esclave avait agi sur l'ordre formel de l'un des maîtres, ce maître seul était engagé et l'action *quod jussu* ne pouvait être dirigée que contre lui. Si tous les maîtres ont donné l'ordre, on agira pour le tout contre chacun, *quia similes sunt mandantibus* (1).

Quand l'esclave de Primus et de Secundus s'était, au vu et su de ses maîtres, livré à un commerce sur son pécule, quelle était la responsabilité des copropriétaires? Lorsque le pécule appartenait à Primus seul, lui seul était responsable et subissait l'exercice de l'action institoire; si le pécule était commun aux deux maîtres, ils étaient tenus solidairement.

Supposons maintenant que l'esclave commun se fût engagé à l'insu de ses maîtres : en principe, on accordait contre eux l'action *de peculio et de in rem verso*. Comment se réglait cette action? Nous savons que dans ce cas le maître avait le droit de prélever ses créances sur le pécule avant de le livrer aux créanciers. Il faut ici distinguer encore : Si le pécule de l'esclave est composé de deux pécules séparés appartenant chacun à l'un des maîtres, on pourra poursuivre l'un ou l'autre des maîtres, et celui-ci ne pourra retenir que ce qui lui est dû personnellement par l'esclave. Si le pécule

(1) L. 5, § 4, Dig., 45, 4. *Quod jussu*.

est commun, on pourra le poursuivre chacun pour le tout, mais le maître poursuivi pourra retenir la valeur des créances que tous les deux ils ont sur l'esclave (1). Il aura d'ailleurs l'action *communi dividundo* pour faire contribuer son consort au paiement de la dette contractée par l'esclave, et la perte des *res peculiares*, après qu'il a acquitté l'obligation poursuivie, ne dispensera pas l'autre communiste de cette contribution.

§ 2. — *Du Servus publicus.*

Le *Servus publicus*, comme son nom l'indique, était un esclave appartenant à une collectivité de personnes. C'est pour cela que nous avons ici à parler de lui.

Mais quel était le véritable propriétaire du *Servus publicus*? — Rome, les villes, les municipes constituaient des personnalités morales capables d'acquérir, ayant leurs biens et leurs esclaves en dehors des biens et des esclaves des autres particuliers. Sans doute ces biens, ces esclaves étaient destinés à être employés dans l'intérêt de tous, mais ils n'en formaient pas moins un patrimoine à part dont l'administration était confiée par Rome, la ville, le municipes à des fonctionnaires spéciaux. Ce patrimoine était un patrimoine public; les esclaves qui en faisaient partie prirent aussi le nom de *publici*. De là les *servi publici* de Rome, du peuple romain, de la ville, du municipes ou de toute

(1) L. 15, Dig., 15, 4. *De peculio*. — L. 9, Dig., 40, 3 *Communi dividundo*.

autre circonscription territoriale à laquelle on avait reconnu le caractère de personne morale. On pouvait donc devenir *servus publicus* comme on devenait *servus privatus*, par tous moyens d'acquisition compatibles avec la nature de l'esclave. Outre ces modes ordinaires qui faisaient d'un esclave la propriété d'une ville il y avait des circonstances particulières dans les quelles on devenait *servus publicus populi romani*. Gaius nous donne à ce sujet quelques détails intéressants sur l'ancien droit de Rome (1) : Cette ville avait eu à vaincre bien des obstacles pour étendre sa domination ; jalouse de son pouvoir et de son influence elle avait despotiquement foulé aux pieds tous les peuples qui lui avait assez énergiquement résisté pour lui donner de sérieuses craintes sur l'avenir. Ces peuples vaincus reçurent la condition infamante de *déditices* (*qui se dediderunt*) qui leur fermait tout espoir de jamais arriver au droit de cité.

La loi *Ælia Sentia* dont la date paraît se rapporter à Auguste déclara que cette condition dégradante serait celle de tous les esclaves, qui, après être passés par des états ignominieux que la loi indique, viendraient à être affranchis. Cette condition de *déditices*, entre autres entraves qu'elle mettait à leur liberté, fixait le domicile de ces affranchis à cent milles de Rome, sous peine de se voir saisir et vendre pour le compte du trésor. La vente du délinquant se faisait désormais sous la condition qu'il ne serait plus affranchi ; si l'on con-

(1) Gaius. *Comm.*, I, 44 et seq

trevenait à cette clause l'esclave devenait de droit *servus publicus populi romani*.

Si le *servus publicus* n'avait eu d'autre caractère distinctif que celui d'appartenir à une personnalité morale, peut-être ne lui aurions-nous pas même fait la petite place que nous lui avons consacrée dans ce travail. Mais s'il est vrai que le *servus publicus* en général soit l'esclave d'une ville, considérée comme personnalité morale, si à ce titre les gouvernants de la cité ou les administrateurs de ses biens ont sur lui, au nom de la ville, des pouvoirs de propriétaire, il n'en est pas moins vrai que dans plusieurs cas le *servus publicus* était moins le serviteur de la cité que l'esclave de tous les citoyens ; il était considéré comme indivis entre tous. C'était pour lui alors une véritable fonction, ce qui nous permet de croire que tous les *servi publici* n'étaient pas appelés à la remplir, mais seulement quelques-uns d'entr'eux spécialement désignés.

Il s'agissait par exemple pour un tuteur de s'engager à bien gérer les affaires du pupille. Cet engagement était pris envers un des esclaves du pupille, si le pupille était absent ou ne pouvait parler. Quand le pupille n'avait pas d'esclave on lui en achetait un ; à défaut de ressources pour cela c'était le *servus publicus* qui stipulait nommément pour le pupille. Celui-ci, regardé comme copropriétaire du *servus publicus* bénéficiait ainsi seul de la stipulation (1).

Il y a un autre cas où l'on utilisait la fiction d'indi-

(1) L. 2, Dig., 46, 7. *Judicatum solvi*.

vision du *servus publicus*; ce cas a rapport à l'adrogation d'un impubère permise comme on sait, sous certaines conditions, par une constitution d'Antonin-le-Pieux. Celui qui adrogeait un impubère devait s'engager envers un *servus publicus* à restituer les biens de l'impubère adrogé à ceux qui les auraient recueillis sans l'adrogation, quand il arrivait que l'impubère mourait avant sa puberté. L'emploi d'un *servus publicus* résultait ici de l'incertitude de l'engagement lui-même qui était subordonné au décès de l'impubère avant d'avoir atteint l'âge de puberté et de l'ignorance des personnes qui en profiteraient si jamais il devait être accompli. De cette stipulation naissait une action contre l'adrogeant, mais une action utile, comme le fait remarquer M. Demangeat, d'après un fragment de Papinien (1). Et cela s'explique parce que, dit l'auteur que nous venons de nommer, « en réalité le *servus publicus populi romani* n'a qu'un seul maître le peuple romain ; il n'appartient pas par indivis à tous les citoyens. » Cette fiction a été établie *utilitatis causâ* et elle ne donne lieu qu'à une action utile.

(1) L. 40, Dig., 28, 6. *De vulgari et pupill. substit.* — Demangeat. *Cours élémentaire de Droit romain*, t. I, p. 294 en note.

## DROIT FRANÇAIS

---

Pothier, à la suite de son *Traité de la Société* et en commençant un nouveau chapitre qui est un appendice à ce traité, écrit ces lignes :

« La communauté, soit d'une universalité de choses, soit de choses particulières, qui est entre deux ou plusieurs personnes, sans qu'il y ait entre elles aucun contrat de société ni aucune autre convention, est une espèce de quasi-contrat. »

Nous voyons, par cette définition, que la communauté que nous venons d'étudier en Droit romain constituait dans notre ancien Droit un quasi-contrat. Pothier s'était conformé aux décisions du Droit romain, si nettement formulées au paragraphe 3 des *Institutes*, *De obligationibus quasi ex contractu*.

Le Code Civil, qui a fait à Pothier de si nombreux emprunts, a-t-il consacré quelques dispositions à la communauté d'une chose particulière? A-t-il placé cette communauté parmi les quasi-contrats? Si nous

parcourons les articles où il est question des quasi-contrats, nous n'en trouvons que deux : la gestion d'affaires et le paiement de l'indû. Les rédacteurs du Code ne se sont occupés que de ceux-là avec quelques détails. Nous ne croyons pas cependant qu'il faille en conclure que le législateur ait refusé de reconnaître d'autres quasi-contrats et spécialement ceux que les Institutes indiquent dans le titre précité. S'ils ont insisté sur la gestion d'affaires, c'est à cause de son importance pratique; sur le paiement de l'indû, c'est en raison du soin tout particulier que les jurisconsultes romains ont mis à l'étudier.

Il faut considérer comme obligations naissant d'un quasi-contrat en Droit français la plus grande partie de celles qui venaient en Droit romain, *quasi ex contractu*; nous disons la plus grande partie, car certaines obligations, que la loi romaine reconnaissait comme civiles en dehors de toute convention et de tout délit, se plaçaient naturellement parmi les obligations *quasi ex contractu*, et ces obligations n'existent pas dans notre Droit : ce sont les engagements qui provenaient à Rome de la *dictio dotis*, de l'*operarum promissio*, de la *pollicitatio* proprement dite au profit de l'État ou d'une municipalité, du *votum*, tous engagements qui résultent d'une manifestation unilatérale de volonté.

A part ces quatre obligations, qui étaient civiles à Rome, nous croyons qu'il faut regarder comme nées d'un quasi-contrat toutes celles que l'on dit en Droit romain naître *quasi ex contractu*, et en particulier

celles qu'engendre la communauté portant sur un objet individuellement déterminé. Nous verrons ici se réaliser ces faits personnels dont parle l'article 1571, qui ne sont ni un délit ni un quasi-délit, et qui cependant donnent naissance à des obligations entre communistes qu'aucune convention ou société n'aura rapprochés. Ne sont-ce pas là les caractères du quasi-contrat? Il existe donc, dans le Droit français moderne, un quasi-contrat de communauté.

Mais ce quasi-contrat de communauté, où en trouverons-nous les règles, puisque le Code n'en dit rien? Nous consulterons, comme nous l'avons dit, les jurisconsultes de l'ancien Droit qui ont traité la question; à défaut de leurs décisions, le Droit romain nous sera d'un utile secours. De plus, le Code Civil s'est occupé de sujets qui présentent avec le nôtre bon nombre d'analogies : la situation des héritiers avant partage, le contrat de société; nous verrons quelles sont dans ces parties du Code les dispositions compatibles avec notre matière, et nous les lui appliquerons. Ayant principalement à parler de copropriétaires, nous n'oublierons pas quelle est l'essence du droit de propriété, et dans nos décisions nous soutiendrons autant que possible le principe de la propriété individuelle. D'ailleurs, dans un sujet pratique, comme celui que nous traitons, nous ne pouvons manquer de trouver un grand nombre de jugements ou d'arrêts qui nous aideront à résoudre bien des difficultés.

Quant à la division que nous suivrons dans cette partie de notre thèse, elle se présente à nous simple-

ment, à peu près comme celle de notre travail en Droit romain. Nous réduirons ici à trois le nombre des chapitres, puisque nous nous proposons de laisser de côté les formalités du partage, et nous étudierons :

I. L'origine et la nature de notre quasi-contrat de communauté.

II. Les droits des communistes.

III. Les charges de la communauté.

Dans un appendice, nous nous occuperons de la communauté visée par l'article 644 du Code Civil.

## CHAPITRE I

### ORIGINE ET NATURE DU QUASI-CONTRAT DE COMMUNAUTÉ.

Deux individus ont reçu un objet à titre de legs ou de donation ; ils ont acheté un fonds en commun sans avoir l'intention de s'associer pour l'exploiter, pour le revendre à plus haut prix, en bloc ou en parcelles, pour en retirer des bénéfices quelconques ; deux individus se trouvent avoir un droit d'usufruit sur la même chose, toujours sans société. Dans chacun de ces groupes existe le quasi-contrat de communauté. Cette communauté résulte d'un fait qui est personnel aux communistes ; ils ont accepté le legs, la donation, ont fait de concert une acquisition ; c'est ce fait personnel qui sert de base aux obligations et aux droits réciproques des quasi-contractants. Nous ne nous occuperons sur-

tout que de la copropriété ; les règles à suivre dans toute autre communauté sont les mêmes où se déduiront aisément de celles que nous allons exposer ; d'ailleurs, nous n'avons pas ici à distinguer, même théoriquement, une action directe et une action utile en partage.

Notre copropriété a-t-elle conservé le même caractère qu'en Droit romain ? Il faut répondre affirmativement et ne pas s'inquiéter des traces qu'a laissées dans quelques-uns des articles de notre Code, la notion de la copropriété du Droit germanique. Le droit de copropriété que nous étudions n'est pas ce que l'on a appelé le *condominium pro indiviso vel juris germanici*, c'est-à-dire ce droit de copropriété qui, pour chaque copropriétaire s'étend *in solidum* sur toute la chose, sauf à être restreint dans son exercice par le droit égal des consorts ; c'est ce droit de copropriété des Romains que nous avons déjà trouvé si bien défini à propos de l'esclave commun ; droit qui s'étend bien pour chaque copropriétaire à chacune des molécules de la chose, mais qui se divise sur chacune d'elles en parts idéales ou abstraites. Quand donc nous transporterons dans notre quasi-contrat une règle admise par le Code dans les Successions, il nous faudra bien voir si cette règle n'a pas été introduite dans notre législation sous l'influence des idées de copropriété germanique et, dans le cas où son origine sera ainsi marquée, la rejeter comme incompatible avec la nature du Droit que nous étudions.

en quin 2

La copropriété est un état contraire au droit indivi-

duel et exclusif de propriété ; il est donc essentiellement temporaire, destiné à finir par le partage. Les raisons d'ordre et d'intérêt publics que nous avons rencontrées dans le Droit romain, nous les trouvons ici aussi énergiques qu'à Rome.

Cependant, nous avons eu à citer dans le Digeste des textes où, par exception, on nous disait que l'indivision devait durer toujours et où, par conséquent, on refusait au juge le pouvoir d'opérer le partage, quand tous les communistes n'étaient pas d'accord pour l'effectuer. Ces cas exceptionnels, nous les trouverons plus nombreux encore dans notre Droit ; on les a compris tous sous une dénomination spéciale : *Servitude d'indivision*. Et voici le motif de cette dénomination : Il fallait expliquer par une raison juridique cette exception apportée à la règle générale qui permet toujours le partage d'une chose indivise. On a dit : Si un immeuble se trouve atteint d'indivision forcée, c'est qu'entre les copropriétaires il est intervenu autrefois une convention par laquelle ils ont soumis réciproquement une portion de leur propriété à une servitude ; et cette servitude permettrait à chacun des copropriétaires contractants d'utiliser cette portion dans l'intérêt de son propre fonds. Alors, quoi d'étonnant qu'on ne puisse plus demander le partage du fonds prétendu commun ? A-t-on jamais permis au propriétaire du fonds servant d'obliger le propriétaire du fonds dominant à renoncer à la servitude ? C'est ainsi qu'à la place d'une copropriété pure et simple, nous voyons établies plusieurs servitudes réciproques à l'aide desquelles on a cru

donner une explication plausible de l'indivision forcée.

— Quant à nous, nous croyons que c'est là une explication fantaisiste et faite après coup ; et comme l'idée de servitude pourrait être dans notre matière une source d'erreurs, nous allons nous attacher à les éviter.

Sans doute, l'indivision forcée, comme la servitude, n'existe qu'au profit d'un fonds et au profit du fonds pour lequel on l'a constituée ; mais il faut trouver le motif de cette restriction dans les règles de droit étroit qui gouvernent la matière d'exception dans laquelle nous nous trouvons. Le mot lui-même d'*indivision forcée* dont on se sert pour désigner cet état indique assez que son origine doit être placée dans une copropriété primitive plutôt que dans la convention de servitudes réciproques. Il y a communauté pure et simple de l'objet indivis mais avec défense, dans un but d'utilité particulière, de réclamer le partage.

Il faut se défier des mots *servitude d'indivision* faussement employés en notre matière et il le faut, non-seulement dans un intérêt de théorie pure, mais dans un intérêt pratique. Voyez tout de suite à quoi conduirait parfois cette confusion : il est admis, comme nous le verrons, entre copropriétaires d'une même chose, que l'un d'eux peut obliger les autres à contribuer aux frais d'entretien et de réparation de la chose commune. Si l'indivision forcée était une servitude, on devrait lui appliquer les articles 697 et 698 du Code civil qui donnent au propriétaire du fonds dominant, le droit de faire tous les ouvrages nécessaires

pour user de la servitude, mais qui n'imposent au propriétaire du fonds servant, que le devoir négatif de ne pas s'y opposer : ces deux situations sont assurément bien différentes. Voulez-vous une autre conséquence importante de l'erreur qui persisterait à voir une servitude dans notre espèce ; elle se produit dans l'exercice des actions possessoires. Si vous, copropriétaire d'un chemin, êtes troublé dans votre possession, le seul fait de la possession, dans les conditions voulues pour exercer les actions possessoires, vous donnera gain de cause dans la plainte ; si au lieu de vous présenter comme titulaire d'un droit de copropriété, vous voulez affirmer un droit de servitude sur le chemin, la possession seule de la servitude, même pendant un temps indéfini, ne suffirait pas pour baser l'action en complainte ; cette quasi-possession sans titre, reste un acte toléré par le propriétaire du chemin, qui peut mettre, quand il le voudra, fin à cette tolérance.

D'après ce que nous venons de dire, la copropriété se présentera à nous sous deux aspects : la copropriété destinée à se résoudre par le partage et celle qui résiste à toute idée d'individualité. Ces deux copropriétés sont au fond absolument les mêmes ; elles ne diffèrent que par la restriction qui, dans le cas d'indivision forcée, est apportée à la faculté de demander le partage. C'est dire que les règles fondamentales, qui ne touchent pas au partage, sont identiquement applicables aux deux cas, sauf peut-être quelques-unes de ces règles pour l'interprétation desquelles nous devons nous inspirer

des idées qui ont fait admettre l'indivision forcée.

Parmi les cas d'indivision forcée, on a placé la mitoyenneté; Pothier a soutenu que la mitoyenneté était un simple état de communauté. Nous ne nous attarderons pas à entrer dans les discussions plus ou moins subtiles auxquelles cette opinion peut donner lieu. Il est vrai que le mur mitoyen ne pourrait être partagé, mais c'est là une indivision pour laquelle notre Code a admis des règles spéciales et tellement spéciales, qu'on a pu avec raison, définir la mitoyenneté, un régime légal de propriété. L'étude de ces règles nous entraînerait trop loin; nous les laisserons de côté pour ne traiter que de l'indivision forcée ordinaire.

## CHAPITRE II

### DES DROITS DES COMMUNISTES.

Pour mettre de l'ordre dans l'énumération et l'étude de ces divers droits, nous parlerons en premier lieu des droits qui concernent le partage, en second lieu des droits relatifs à l'aliénation directe ou indirecte de tout ou partie de l'objet commun; enfin, nous nous attacherons à l'administration de la chose commune.

#### § 1. — *Droits qui concernent le partage.*

##### 1° Du droit au partage.

Chacun des copropriétaires a le droit de demander

*Car Dupont*

le partage de l'objet commun. L'article 815 du Code civil qui a été édicté pour la communauté résultant d'une hérédité acceptée par plusieurs, doit être ici appliqué sans hésiter. La communauté d'un objet particulier est aussi féconde en procès que celle d'un patrimoine; cette communauté, comme l'autre, est opposée à la propriété individuelle, régime normal de la propriété, elles nuisent enfin toutes les deux à la bonne exploitation de la chose indivise. Personne ne conteste et n'a jamais contesté dans notre législation le droit de sortir de l'indivision même quand cette indivision porte sur un objet spécialement déterminé et la jurisprudence est unanime à repousser l'opposition qu'un seul ou plusieurs des consorts feraient à la demande en partage.

Si, en règle générale, personne n'est tenu de rester dans l'indivision d'une chose particulière, d'un fonds, par exemple, quelle sera la valeur d'une convention qui aurait pour but de rendre cette indivision perpétuelle? Cette convention est évidemment nulle; car au principe que nul n'est obligé de rester indivis il faut ajouter, d'après l'article 815, et cela *nonobstant prohibitions et conventions contraires*. Mais, comme dans les successions, les copropriétaires pourront convenir de rester dans l'indivision pendant cinq années. Ils pourront même renouveler la convention pour une période nouvelle et ainsi de suite indéfiniment; la loi ne défend pas précisément l'indivision, mais elle ne veut pas que quelqu'un soit obligé de garder ses biens indivis. Elle permet de consentir à une communauté,

de la perpétuer s'il le faut, mais elle laisse une ressource à celui qui a malencontreusement substitué ce régime à celui de la propriété individuelle.

Dans la question qu'a soulevée le point de savoir à quel moment il fallait faire commencer le nouveau délai de cinq années, nous nous décidons pour ceux qui veulent que l'époque du renouvellement marque le commencement du nouveau délai. Qu'a voulu, en effet, la loi? En limitant à cinq années la convention d'indivision, la loi a pensé qu'au delà de cinq ans le copropriétaire, même le plus avisé, ne pouvait plus prévoir si l'état d'indivision serait encore conforme à ses intérêts; un engagement qui lui imposerait la propriété collective pour un temps plus long est un lien dont la loi repousse l'imprévu. Or, un renouvellement de la convention pendant la première période de cinq années, et qui n'aurait effet qu'à la fin de cette période, mettrait le copropriétaire dans une situation que le Code a voulu lui éviter.

Une convention d'indivision faite pour plus de cinq années sera réduite à ce terme par application, étendue à notre espèce, de l'article 816.

Que faut-il penser d'une indivision stipulée pour un temps indéfini, par exemple, jusqu'à la mort d'un des communistes, jusqu'à ce que tel usufruit ait pris fin? Il s'est élevé à ce sujet des controverses : les uns veulent que la convention engage les parties pour cinq années, chacun redevenant libre après ce délai de formuler une demande en partage; les autres voient dans cette convention une violation de la loi ou plutôt la

volonté de la violer puisque les parties, aussi bien dans ce cas que dans celui d'une convention d'indivision perpétuelle, ont en vue, non pas une communauté temporaire, mais une communauté dans laquelle elles entendent rester et qu'elles adoptent comme le régime légal de leur propriété. Nous n'hésitons pas à nous ranger à la première opinion, qui nous semble le plus conforme à la raison.

Deux individus ont reçu à titre de legs le fonds Cornélien, sous condition qu'ils resteraient cinq années dans l'indivision. Cette condition est-elle pour eux obligatoire? — Nous trouvons beaucoup de divergences dans les réponses que les auteurs font à cette question. Ceux qui se prononcent pour l'affirmative, comme Duranton (1), disent : « Un testateur peut imposer à ses légataires ou héritiers institués toute condition dont ceux-ci pourraient faire entre eux la matière d'une convention, suivant cette règle si connue : *liberalitati suæ modum imponere unicuique licet.* » Ajoutant à cette raison de droit des raisons de circonstance, ce jurisconsulte demande qu'on valide une disposition dont le but peut être de favoriser l'un des héritiers ou légataires absent ou mineur en évitant les frais d'un partage judiciaire, ou en donnant à certaines passions le temps de se calmer. Contrairement à cette opinion, on argumente d'abord de la lettre de l'article 815 : Il est, dit-on, difficile de trouver un article du Code où l'intention du législateur perce aussi bien que dans

(1) T. VII, n° 80.

l'article 815; dans le premier alinéa de cet article nous trouvons les mots : *nonobstant toutes prohibitions et conventions contraires*. Un testateur aura beau prohiber le partage, des copropriétaires auront beau le repousser pour toujours, tout cela tombe à faux, tout cela est nul. Mais, ajoute l'article 815 dans l'alinéa suivant, on peut *convenir* de suspendre le partage pendant un temps limité; s'il peut donc y avoir suspension, c'est seulement en vertu d'une convention et non d'une prohibition; la loi rejette ce dernier mode par son silence alors qu'il lui était si naturel d'en parler. Et ce n'est pas là un pur caprice de la loi; rien en effet de plus problématique que l'espérance d'éviter un partage judiciaire à des personnes qui ont dû, forcées par la volonté d'autrui, rester dans l'indivision pendant cinq années : « *Propinquorum discordias materia communionis solet excitare* (1), » a dit Papinien, et cela est encore vrai aujourd'hui. Qui pourrait, d'ailleurs, assurer que l'état d'indivision, si peu propre à l'exploitation du fonds, ne soit pas de nature à nuire aux copropriétaires beaucoup plus qu'un règlement définitif accompli au moyen d'un partage, même judiciaire? Quant à prétendre que tout ce qui peut faire matière de convention entre légataires peut être matière à prohibition de la part du testateur, nous nous inscrivons en faux contre cette doctrine : si l'on permet de convenir de l'indivision, c'est parce que la loi ne méconnaît pas des circonstances où l'indivision peut être

(1) L. 77, 20, Dig. *De legat.* 2°.

préférable à la propriété et elle en laisse l'appréciation aux parties, qui, pour en juger, devront se considérer elles-mêmes et voir s'il n'y a pas entre elles cette incompatibilité d'humeur ou de sentiments, ou toutes autres raisons, contraires à la bonne administration de la communauté. Pour ce qui est de la prohibition, le testateur ne paraît pas être en position pour apprécier ses avantages ou ses inconvénients sans l'intervention des personnes qui vont ainsi être obligées de subir des rapports de communisme, et la loi ne veut pas sanctionner un état plein d'incertitude et condamné par elle en principe.

Ces raisons nous paraissent d'une toute autre importance que celles qui soutiennent le système précédent et nous nous y rallions volontiers (1). Nous devons dire cependant que Pothier admettait la possibilité pour un testateur de prohiber le partage entre héritiers ou légataires pendant un temps déterminé : « Lorsqu'elles (ces prohibitions) sont limitées à un certain temps, elles sont valables et doivent être exécutées, comme s'il était dit par le testament d'un père que le partage définitif de tous ses biens ne pourrait se faire qu'à la majorité de tous ses enfants ou qu'ils en fussent convenus ensemble (2). » Cette doctrine que nous combattons a encore été consacrée par un arrêt de rejet de la Cour de Cassation qui date de l'année 1836 (3). Cet arrêt est remarquable en ce qu'il s'applique à la com-

(1) Marcadé, 815.

(2) Pothier. *Du quasi-contrat de communauté*, art. 4.

(3) 20 janvier 1836.

munauté que nous étudions ; il s'agit du legs d'une portion indivise d'immeuble. S'il contredit l'opinion que nous adoptons, il confirme l'application que nous avons faite des principes de l'indivision d'hérédité à l'indivision d'un objet particulier, car il s'appuie sur l'article 815 du Code Civil.

Les communistes ne peuvent donc par aucune convention expresse s'assujettir mutuellement à l'indivision pendant une période de temps supérieure à cinq ans. Il est clair que ce résultat qu'ils ne pourraient produire directement ils ne sauraient le produire d'une manière indirecte en opérant par exemple un partage de jouissance qui devrait durer toujours ou au moins pendant un temps indéfini.

Ces partages de jouissance ont pris un nom particulier dans notre droit ; on les appelle *provisionnels*. L'article 840 indique le partage provisionnel comme le résultat auquel aboutissent ceux qui veulent diviser entre eux la succession sans se soumettre à certaines exigences de la loi en cette matière. Mais ce résultat peut être obtenu immédiatement et à la suite d'une convention qui réglerait la manière de jouir de l'objet indivis entre les communistes. Ce que nous disons là pour les successions est évidemment applicable à la copropriété d'un objet particulier ; aucune bonne raison ne s'oppose à ce que des copropriétaires qui ont la faculté de rester dans l'indivision ne puissent répartir entre eux la jouissance d'une chose de la façon qui paraîtra le plus convenable à sa bonne administration : Une semblable convention fait loi entre les contrac-

tants. Cela veut-il dire que chacun d'eux renonce à se prévaloir de son droit au partage? Non assurément. Mais alors quelle est la valeur du partage provisionnel? Si le partage a été fait pour moins de cinq ans, il implique pour ceux qui l'ont fait une renonciation à l'action en partage durant la période du contrat; on pouvait rester indivis cinq ans, *a fortiori* pourra-t-on rester dans un état moins favorable que la division définitive, mais, dans l'esprit de la loi, plus favorable aux communistes que l'indivision avec la gérance en commun. Si le partage est stipulé pour plus de cinq ans, dix ans par exemple, on le réduira au terme de cinq années pour ne laisser aux parties aucun moyen de violer la loi et de consacrer, sous des apparences régulières, un état condamné par le Code. Enfin la convention d'une jouissance qui devrait durer toujours serait nulle de droit.

Le partage provisionnel ne porte donc que sur la jouissance; il laisse subsister l'indivision du fonds, chacun des communistes étant libre de la faire cesser aussitôt qu'il n'est plus, d'après la loi, lié par la convention.

Peu importe d'ailleurs que le partage provisionnel octroie aux communistes le droit de jouir à leur guise d'une portion déterminée du fonds ou de percevoir alternativement les produits de même espèce, ou encore de recueillir simultanément des récoltes de nature différente, il y a toujours là partage de jouissance qui ne peut tenir lieu de partage définitif. L'indivision du fonds est intacte et par suite existe pour chaque propriétaire le droit de demander le partage.

Supposez par exemple que deux copropriétaires d'un étang s'entendent pour en jouir sur les bases suivantes : l'un aura un droit exclusif aux produits de l'étang couvert d'eau (droit d'évolage) et l'autre aux produits de l'étang mis à sec (droit d'assec). Est-ce là un partage définitif? Non. L'étang est indivis en dépit de cette convention qui n'atteint que les fruits de la chose ; les contractants n'ont eu en vue que la jouissance. Cette solution est contenue dans un arrêt du 31 janvier 1838 (1) de la Cour de Cassation, rendu sur les conclusions du savant avocat-général Laplagne-Barris. Si la Cour n'admit pas d'une manière complète toutes les idées exposées par ce dernier dans ses conclusions, elle fut d'accord avec lui sur le point qui nous occupe ; elle se prononça pour la copropriété et pour la demande en partage.

Ce que nous venons de dire est applicable aux copropriétaires d'une forêt qui auraient jugé à propos de se partager la jouissance de cette forêt en attribuant à chacun une espèce différente des arbres qu'elle contient (2).

Ces partages de jouissance peuvent varier à l'infini et dans le grand nombre d'exemples qu'on en peut trouver ou composer il se présentera des cas où il sera très-difficile, à défaut de titre, de savoir si l'on a en sa présence des copropriétaires des fonds liés entre eux par une convention relative à la jouissance ou un seul propriétaire dont le fonds est assujéti à des droits

(1) Sir., 38, 1, 120.

(2) Cass., 26 février 1843 (Sir., 13, 1, 316).

d'usage. Cependant on sait l'importance qu'il y a à distinguer le cas de copropriété de celui d'usage : et pour ne citer qu'un intérêt, s'il y a copropriété les copropriétaires ont le droit de sortir de l'indivision et de convertir la propriété collective en propriété individuelle. S'il y a au contraire de simples droits d'usage, il faudra contre toute prétention des uns ou des autres maintenir cet état ou du moins refuser d'accéder à une demande de partage ou de licitation. Tout au plus le propriétaire pourra-t-il alors, et encore dans des cas bien déterminés (1), obtenir le *cantonnement* ; c'est-à-dire obliger le titulaire du droit d'usage à transformer son droit en un droit de propriété sur des limites plus restreintes du domaine soumis à l'usage. Dans la solution de ces questions délicates les juges devront étudier les relations existant depuis longtemps entre les parties ; la copropriété et le droit d'usage ont des caractères distinctifs dont il faudra tenir compte. Nous croyons d'ailleurs que les tribunaux résoudront une question de fait en déclarant que le droit dont il s'agit est un droit de copropriété ou un droit d'usage et que par suite leur décision ne saurait être infirmée par la Cour de Cassation, pourvu bien entendu que le jugement ou arrêt rendu ne prétendit pas fixer d'une manière générale les caractères légaux du droit d'usage ou du droit de copropriété.

L'article 815 du Code Civil proclame le droit de faire cesser l'indivision et l'attribue à l'un quelconque des

(1) Code Forestier, art. 58.

communistes. Après avoir étudié les restrictions que cet article lui-même permet d'apporter à sa disposition première, nous rappellerons que ce principe comporte des exceptions encore plus complètes.

Parmi ces exceptions la plus saillante est celle qui a trait à l'indivision forcée, faussement appelée servitude d'indivision. Ainsi que son nom l'indique, cette indivision est de sa nature perpétuelle; le partage ne pourrait être provoqué de la chose commune. La raison en est très-bien indiquée dans cette phrase de M. Demolombe : « Sont en état d'indivision forcée toutes choses communes qui sont destinées, comme accessoires indispensables à l'usage indivis de plusieurs propriétés principales appartenant à des propriétaires différents, et dont l'exploitation serait impossible ou notablement détériorée si elles en étaient privées, des cours, des allées, des chemins ou sentiers, des puits, des abreuvoirs, des pressoirs, des fosses d'aisance, etc.. » (1). Ainsi supposez deux maisons qui ont un vestibule commun, seule issue de l'une et de l'autre; peut-on demander le partage de ce vestibule? Evidemment non. Car on mettrait le propriétaire, qui n'aurait pas obtenu le vestibule tout en entier sur licitation, dans l'impossibilité de se servir de sa propre maison.

Cependant il ne faudrait pas croire que la stipulation d'indivision forcée et l'affectation d'une chose au service de deux fonds pût obliger les contractants, au

(1) *Demol.*, t. XI. n° 444.

cas où un partage pourrait être réellement effectué sans gêner l'exploitation des deux propriétés voisines. Il faut que la convention repose sur une nécessité ou du moins sur une utilité réelle qu'il n'aurait pas été facile ou possible de se procurer autrement : « C'est comme on le voit une question de fait, dit Durantou, subordonnée à la nature de la chose dont le partage serait demandé, à la disposition des lieux et au rôle que joue cette chose par rapport à une autre dont elle ne serait qu'une simple dépendance (1). » Mais s'il s'agissait d'une cour indivise entre deux copropriétaires voisins et que cette cour pût être facilement partagée sans mettre les propriétaires dans des difficultés sérieuses d'exploitation, nous croyons que, malgré toute convention d'indivision, il faudrait donner suite à la demande en partage formée par l'un des communistes et opérer la division.

On se gardera bien, comme le fait remarquer un auteur (2), de confondre l'intérêt de l'héritage avec l'intérêt des personnes. C'est le premier de ces intérêts qu'il faut avoir en vue, conformément au principe développé plus haut que l'indivision forcée ne peut être établie qu'au profit d'un fonds. L'exemple cité dans Pardessus fait bien comprendre la portée de notre observation : Un individu est propriétaire d'une étendue considérable de vignes; il meurt laissant quatre héritiers qui conviennent entre eux d'appliquer le pressoir

(1) Durantou. *Droit Français*, t. V, n° 449.

(2) Pardessus. *Traité des Servitudes*, n° 490, 6<sup>me</sup> édition.

de leur auteur à l'exploitation desdites vignes qu'ils se sont partagées; voilà une indivision stipulée au profit de plusieurs fonds et que le partage ne pourra briser. Supposez que plusieurs personnes s'accordent pour acheter un pressoir et s'en distribuer l'usage par jours ou par heures, sans l'affecter à une étendue déterminée de vignobles; dans ce cas, il n'y aura plus indivision forcée, et chacun peut poursuivre la licitation du pressoir.

Une autre exception à l'article 815 se trouve dans l'article 220 du Code de Commerce, où nous lisons : « La licitation du navire ne peut être accordée que sur la demande des propriétaires, formant ensemble la moitié de l'intérêt total dans le navire, s'il n'y a par écrit convention contraire. » La demande en licitation du navire n'est autre chose que la demande en partage; car on ne conçoit pas ici une demande en partage qui n'aboutisse pas à une licitation. En vertu de cet article, pour obtenir le partage, il faut que les demandeurs réunissent la moitié de l'intérêt total du navire. L'un d'eux ne pourrait faire cesser l'indivision que si sa part dans le navire était au moins égale à la moitié de sa valeur. Cette exception a été édictée dans une idée d'intérêt général, afin de consolider ce précieux élément de la fortune publique qu'on appelle le commerce maritime. Il ne fallait pas que le succès de graves opérations, entreprises sur la foi d'une communauté de longue durée, fût soumis aux caprices de quelques petits actionnaires.

Une troisième exception est celle qui vise la copro-



priété d'une mine; le partage ne peut être fait sans une autorisation du gouvernement (art. 7; loi du 21 avril 1810), donnée dans les mêmes formes que la concession (art. 22-31; loi de 1810). Une pétition sera adressée au préfet; sur cette pétition sera ouverte une enquête, après laquelle le conseil d'État sera appelé à délibérer et à donner son autorisation. Les mines n'ont jamais été, même dans les temps anciens, considérées comme des propriétés exclusivement privées; l'État en a toujours surveillé l'exploitation pour qu'on ne laissât pas en souffrance des richesses d'une telle importance. La même raison qui a amené l'État à se réserver la concession d'une mine devait le conduire à en contrôler les partages; car les partages pouvaient être nuisibles à l'exploitation de la mine, soit par la division d'administration qui en résulterait, soit à cause des personnes mêmes des nouveaux administrateurs dans chacune des parts. Tels sont les motifs de l'article 7 de la loi de 1810.

D'après un arrêt du 20 mars 1813 de la Cour de Colmar, ce ne seraient pas là les seules restrictions qu'il faudrait admettre à l'application de l'article 815. Examinons le contenu de cet arrêt. Un certain nombre d'habitants d'une localité du ressort s'étaient cotisés pour acheter en commun une maison avec jardin; ils avaient affecté ce lieu indivis au logement d'un pasteur. L'un des copropriétaires voulut plus tard provoquer le partage de cet immeuble, dont l'unanimité seule des communistes pouvait changer la destination. La Cour de Colmar, considérant avec juste raison que

les inconvénients de l'indivision n'existaient plus dans une espèce où l'administration de la chose commune se faisait au nom et pour le compte d'un tiers, décida qu'il ne serait donné aucune suite à l'action en partage avant que l'accord unanime des communistes n'eût changé la destination de l'immeuble.

Toutes ces exceptions confirment notre principe général et nous démontrent péremptoirement que l'article 815 est applicable aussi bien au cas où l'indivision porte sur un objet particulier qu'au cas où elle porte sur une hérédité ou un patrimoine quelconque. Tout communiste a donc droit d'intenter l'action en partage en dépit de l'opposition de ses consorts.

### 2° *Effets du Partage.*

L'article 883 du Code Civil dit : « Chaque cohéritier 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. »

Cet article consacre la théorie admise dans notre Droit de l'effet déclaratif du partage. Nous avons développé tout au long les idées romaines sur ce point, et nous avons vu que, suivant en cela la logique des choses, les jurisconsultes de Rome avaient voulu que le partage gardât son caractère réel de translatif de propriété. Ils n'avaient pas reculé devant les complications qui résultaient de l'application de ce principe.

Les rédacteurs du Code Civil se sont prononcés pour l'effet déclaratif, mais ils n'ont énoncé leur théorie qu'en ce qui concerne les successions. Faut-il l'étendre au partage d'un objet particulier? C'est là une question importante et qui mérite bien qu'on la traite avec quelques détails.

Une opinion isolée, dans le Digeste, combattue, comme nous l'avons vu, par Labéon, avait semblé reconnaître au partage un effet déclaratif. Doit-on voir dans cette décision ancienne le point de départ de la théorie française? Nous ne le croyons pas. Trébatius, blâmé par Labéon, n'avait probablement pas entendu formuler une règle générale; il indiquait un moyen extraordinaire que pouvait prendre le juge pour sortir des embarras d'une espèce difficile à résoudre. Il faut donc rechercher dans notre Droit national l'origine d'une théorie dont le Droit romain rejette le principe comme contraire à la nature des choses.

De bonne heure, dans notre Droit, on vit s'établir la doctrine de l'effet déclaratif et à côté d'elle se produire l'opinion que le partage, quoique assimilable en beaucoup de points, à la vente ou à l'échange, serait dispensé du droit de *tods et vente* (1). Et en effet, dans la pratique des choses, on avait soustrait le partage au paiement de ces droits.

Pour expliquer cette exemption on a déclaré qu'elle provenait de ce que le partage était un acte nécessaire et comme tel était dispensé du paiement dudit droit.

(1) Beaumanoir, 52. *Coutume de Beauvaisis*.

Cette opinion a été réfutée, comme par anticipation, dans Beaumanoir lui-même, qui dit que les actes, par le seul fait de leur nécessité, ne se soustrayaient pas au paiement des droits; que si la dispense avait lieu pour quelques actes, c'était toujours du consentement des seigneurs et non pas en raison de la situation des parties.

Restaient donc encore inexplicques l'exemption du droit de lods et vente en notre matière et surtout l'effet déclaratif du partage qui ne pouvait ainsi se rattacher à la théorie de la nécessité. Une explication nouvelle fut proposée par Championnière : il réfute lui aussi le système qui base sur la nécessité d'un acte la dispense des droits à payer. D'après lui, le partage est exempté de droits; mais c'est pour en arriver là que les jurisconsultes ont proclamé que le partage aurait un effet déclaratif. Chacun des copartageants était censé avoir toujours été seul propriétaire de la part tombée en son lot : il n'y a plus matière à aucun droit d'échange ou de vente. L'effet déclaratif du partage était donc une conquête des jurisconsultes ou légistes sur la féodalité et cet événement s'était produit au moment des grandes luttes contre les droits féodaux, c'est-à-dire au seizième siècle.

Un pareil système ne manque pas d'être séduisant, en ce qu'il comprend dans une même explication deux institutions qui semblent n'avoir jamais été séparées : l'effet déclaratif et la dispense des droits de lods et vente. Mais un système qui fait remonter ces deux institutions au seizième siècle seulement, ne peut être

soutenu en présence de textes fort explicites. Au treizième siècle, c'est-à-dire à une époque où l'on ne songeait guère à lutter contre la féodalité, la *Coutume d'Anjou*, le *Livre de Jeustice et de Plaid*, nous montrent le partage dispensé du droit de lods et vente. La coutume de Beauvaisis (20-21) donne une espèce où l'effet déclaratif du partage est appliqué. Il faut donc renoncer à faire dériver l'effet déclaratif de prétendues luttes contre la féodalité. Ceux qui ont embrassé cette erreur, l'ont d'ailleurs admise comme conséquence d'une autre erreur non moins grossière et qui consiste à attribuer à la même cause, l'origine de la saisine héréditaire *in solidum* de notre ancien Droit. Pour eux, ce sont là deux questions inséparables et qui doivent recevoir la même solution.

Mais aujourd'hui, il est démontré que la saisine remonte au Droit germanique et nous croyons que c'est au Droit germanique et en particulier à la saisine *in solidum* (*condominium juris germanici*) qu'il faut rattacher l'effet déclaratif du partage et sa conséquence naturelle qui est la dispense du droit de *lods et vente*. Ainsi s'explique comment les auteurs les plus anciens qui ont écrit sur le Droit coutumier ou germanique ont relaté des décisions conformes à la théorie qui a fini par prévaloir dans notre Code Civil.

La saisine héréditaire, le *condominium juris germanici* est, d'après Zachariae, une propriété appartenant à plusieurs, de telle sorte que chaque propriétaire en particulier est propriétaire absolu, *in solidum* de la chose, quoique la propriété de chacun soit limitée

dans son exercice par le droit de copropriété des autres. — Chacun des cohéritiers étant propriétaire absolu du tout, quand se fait le partage, son droit se fixe d'une manière exclusive sur certains des objets indivis, sans qu'il soit besoin de rien acquérir des autres ni de leur céder rien en échange : son droit est déclaré et le partage a un effet déclaratif. Alors, par une conséquence nécessaire, il n'y aurait plus aucune raison de percevoir le droit de lods et ventes.

Tel était l'état du plus ancien Droit français. Arriva le Droit romain de Justinien, dont l'enseignement se répandit partout avec tant d'enthousiasme, qu'on le préféra même au Droit national. Les deux principes de l'effet déclaratif et de l'effet translatif de propriété se trouvèrent en présence; pour lequel des deux se décider? Il en coûtait d'un côté de se séparer de la doctrine émise dans les textes si formels du Digeste, et d'autre part l'esprit pratique des jurisconsultes de cette époque se révoltait contre les embarras auxquels donnait lieu la solution romaine. De là une grande hésitation qu'il est facile d'apercevoir dans tous les auteurs, autant dans ceux qui paraissaient donner leurs préférences au Droit de Rome que dans ceux qui voulaient à tout prix protéger le Droit national contre cette invasion étrangère. Domat dit que le partage est, ou bien une vente, ou bien un échange; mais comme il veut justifier l'exemption du droit de lods et ventes, il est obligé de faire une distinction entre la vente et l'échange d'un côté, et de l'autre le partage; la vente confère au vendeur des droits tout à fait nouveaux, il

y a pour l'acheteur un transfert de droits qu'il n'avait pas; le partageant, au contraire, avait un droit primitif sur tout ce qu'il prend, le transfert n'est pas pour lui aussi bien caractérisé; c'est là la raison de la différence que le fisc faisait entre les deux contrats. Dumoulin admettait bien le principe de l'effet déclaratif, mais il avait de la peine à abandonner l'assimilation du partage à la vente ou à l'échange, et trouvait un peu dur que l'hypothèque constituée par un cohéritier avant partage ne survécût pas à la division de la chose aussi complète qu'elle avait été primitivement constituée. La doctrine de l'effet déclaratif, à cause de son utilité journalière, fut sauvée du naufrage de beaucoup d'autres institutions de notre Droit.

Jusqu'ici nous n'avons parlé que du partage d'une succession; mais ce que nous en avons dit n'est pas inutile. La saisine germanique s'appliquait aussi bien au cas de copropriété ordinaire qu'à la copropriété d'une hérédité (1). C'est dire que le partage d'un objet spécialement déterminé suivit les mêmes vicissitudes que le partage d'une succession. Ils eurent un sort commun. Ce que nous avons dit de l'un est applicable à l'autre. Domat, dans quelques lignes que nous allons

(1) « Les légataires ou donataires indivis ont comme l'héritier, *totum in tota et in quolibet parte*. Il en résulte que les partages effectués conformément au testament ou à la donation ont le même caractère que ceux qui sont faits entre héritiers; les règles que nous allons tracer, relativement à ces dernières, reçoivent pleinement leur application à ceux qui sont consentis entre les premiers, quelle que soit leur forme ou les moyens employés pour faire cesser l'indivision. Cette assertion n'est pas contestée.... » (Championnière et Rigaud. *Traité des droits d'enregistrement*, n° 2660.)

citer et qui sont le témoignage de la lutte que s'étaient livrées dans l'esprit des jurisconsultes français la fidélité aux vieux principes du Droit germanique et la fidélité non moins grande à la logique du Droit romain, Domat, disons-nous, ne séparait pas les deux partages : « Si un héritage étant commun par indivis entre deux ou plusieurs personnes, comme entre des associés, cohéritiers, ou autres, un d'eux avait obligé à son créancier ou tous ses biens, ou ce qu'il avait dans cet héritage, ce créancier aura son hypothèque sur la portion indivise de son débiteur, tandis que le fonds demeurera commun. Mais après le partage, le droit de ce débiteur étant fixé à la portion qui lui sera échue, l'hypothèque aussi se fixera de même; car encore qu'avant le partage tout l'héritage fût sujet à l'hypothèque pour la portion indivise de ce débiteur, et qu'on ne puisse diminuer un droit qui est acquis, comme le débiteur n'avait pas un droit simple et immuable d'avoir cette moitié toujours indivise, mais que ce droit renfermait la condition de la liberté à tous les propriétaires de venir à un partage pour assigner à chacun une portion qui fût à lui, l'hypothèque, qui n'était qu'un accessoire de ce droit, renfermait aussi cette même condition, et n'affectait que ce qui écherrait à ce débiteur, les portions des autres devant leur être libres. Mais si dans le partage il y avait quelque fraude, le créancier pourrait faire réformer ce qui aurait été fait à son préjudice (1). » Nous voyons comment nos

(1) Domat. *Lois civiles*, liv. 3, t. 4, section 4, n° 45.

anciens jurisconsultes se séparaient ici de la doctrine romaine; pour donner une raison à leur scission, ils avaient imaginé une condition résolutoire tacite à la constitution d'hypothèque sur une portion indivise d'héritage. Domat mettait d'ailleurs sur la même ligne la communauté d'hérédité et la communauté de tout autre objet indivis.

Nous avons vu que le Code Civil n'a traité explicitement la question qui nous occupe que pour les successions. Que faut-il penser de ce silence? Quelques auteurs ont prétendu que le Code, dans l'article 1408, s'était nettement déterminé pour l'effet déclaratif du partage d'une chose particulière. En effet, dit-on, dans l'article 1408 le Code dispose que l'époux marié sous le régime de la communauté légale, qui a sur un immeuble un droit indivis et qui devient ensuite acquéreur du reste du fonds, ne fait pas un conquêt de communauté. L'immeuble devient propre; et il devient propre, ajoute-t-on, parce que l'époux est censé avoir été propriétaire de cet immeuble entier du jour où il en avait acquis sa part indivise, et, cette part se trouvant en dehors de la communauté, il en est de même du fonds tout entier.

Quoique nous soyons partisan de l'effet déclaratif en notre matière, nous ne voulons pas profiter de cet argument qui nous semble suspect, car les rédacteurs du Code n'ont pas eu en vue l'article 883, dans la rédaction de l'article 1408 : cela nous entraînerait à des conséquences que nous répudions. Disons, en passant, que l'article 1408 eût été rédigé même sous le

système de l'effet translatif et qu'il a été écrit, comme d'autres articles du Code, par une sorte de défaveur attachée à l'indivision. Nous avons vu, dans une circonstance où il fallait empêcher de renaître l'indivision éteinte par le partage, les jurisconsultes romains déroger au principe si rigoureusement suivi de l'effet translatif de propriété du partage. La Cour de Cassation, dans un arrêt du 50 janvier 1850 (1), reconnaît à l'article 1408 une tout autre origine que celle qui lui est assignée par quelques auteurs et lui donne pour motif l'intérêt général qui fait préférer l'exercice libre et paisible d'un droit exclusif de propriétaire aux chicanes inévitables qui sont engendrées par la communauté.

On pourrait encore s'autoriser des articles 1476 et 1872, le premier relatif à la communauté entre époux, le second concernant la société, où il est dit que les effets du partage de la communauté ou de la société, sont les mêmes que s'il s'agissait d'hérédité. Ces arguments ne nous semblent pas d'une grande valeur car ils visent deux cas où la *communio* porte sur des patrimoines et non sur des fonds isolés, deux cas, par conséquent, tout à fait analogues à celui des successions.

Quant à l'article 2109 qui met de pair le cohéritier et un copartageant quelconque, il s'occupe du privilège qui leur reste sur les biens non tombés en leur lot et ce privilège, loin de justifier le principe de l'effet dé-

(1) Sir., 50, 1, 279.

claratif, est une conséquence du système romain introduit dans notre Droit, malgré nos efforts pour nous en séparer. Il serait donc plus que téméraire, il serait illogique d'invoquer cet article pour conclure en faveur de l'extension à notre cas de l'effet déclaratif.

Pour nous donc, le Code n'a pas tranché définitivement la question et pour la décider, nous nous adressons à l'ancien Droit, qui reconnaissait l'effet déclaratif, même au partage d'un objet particulier, au sujet duquel existait un quasi-contrat de communauté. Rien n'est plus explicite en ce sens que cette phrase de Pothier : « Pareillement, lorsque plusieurs personnes ont été conjointement légataires d'un héritage ou lorsqu'elles l'ont acheté en commun et que, par la suite, elles le partagent, chacun est censé avoir été seul légataire ou seul acheteur de ce qui est tombé dans son lot et n'avoir été légataire ni acheteur de rien de ce qui est tombé dans les autres lots (1). »

Cette solution est admise par les auteurs modernes : Ce n'est pas seulement au partage entre héritiers ou autres successeurs à un défunt que s'applique le principe de notre article ; il s'applique à tout partage, à tout copropriétaire de choses communes, à tout acte faisant cesser l'indivision, quelle qu'ait été la source de cette indivision (2).

D'ailleurs, cette opinion ne fait plus aucun doute en jurisprudence. La Cour de Cassation, par un arrêt du

(1) Pothier. *Du contrat de vente*, n° 631.

(2) Marcadé, art. 883.

10 août 1824, décide que le partage intervenu entre des individus ayant acheté ensemble un immeuble ne constitue pas un acte translatif de propriété (1). Un arrêt du 26 janvier 1824, rendu par la Cour de Paris, contient des considérants remarquables sur ce point ; nous ne pouvons nous empêcher d'en citer un passage qui résume très bien cette question : « Attendu que ce principe, que le partage ou la vente sur licitation faite à l'un des copartageants est déclaratif et non attributif de droit, est fondé sur la nature de l'indivision et non sur sa cause, que dans l'ancien Droit, ce principe était indistinctement appliqué, soit que le partage ou la vente sur licitation intervint entre les héritiers, soit que les actes intervinsent entre simples copropriétaires indivis même d'un seul immeuble, etc. »

Nous avons indiqué en passant que le principe de l'effet déclaratif s'applique non-seulement au partage mais encore à tout acte faisant cesser l'indivision, par exemple à la licitation, qu'elle s'opère d'ailleurs au profit de l'un des consorts ou au profit d'un étranger. Quelques auteurs ont voulu établir une différence entre ces deux derniers cas, et assimiler à une vente l'adjudication faite à un étranger. Nous ne pouvons admettre cette distinction entre deux opérations qui au fond sont les mêmes. Ce serait aller contre le véritable esprit de la loi que de maintenir sur l'immeuble licité les droits réels concédés par les copropriétaires pendant l'indivision.

(1) Cass., 28 avril 1840 (Sir., 40, 4, 821).

Mais pour que l'effet déclaratif du partage se produise, il faut que l'indivision primitive cesse. Supposé, en effet, que Primus, Secundus et Tertius soient copropriétaires d'un immeuble; Secundus vend à Tertius sa portion indivise; l'indivision a cessé entre eux. Faut-il en conclure que Tertius sera censé avoir eu dès le commencement sa part indivise et celle de Secundus, de sorte que les hypothèques concédées par Secundus sur la part aliénée s'évanouiront par le fait de la vente? Il ne peut en être ainsi, et nous partageons l'avis émis dans ce sens par plusieurs arrêts de la Cour de Cassation (1).

3° *Qui peut exercer l'action en partage? Contre qui?*

Après avoir reconnu le droit de tout communiste au partage et défini le caractère du partage, nous pouvons nous demander qui pourra exercer l'action *commun dividundo* ou y défendre.

Cette question n'a été traitée par le Code que pour les successions; mais les règles qui y sont données sont, pour ainsi dire, indépendantes de cette matière spéciale et doivent, par la force même des choses, s'appliquer à l'indivision d'un objet particulier.

Le partage n'est plus une aliénation : l'action qu'il poursuit est une véritable action pétitoire, une action qui tend à affirmer un droit de propriété sur une portion déterminée d'une chose indivise, une sorte de

(1) 16 janv. 1827. Sir., 27, 1, 242. — 24 août 1829. Sir., 29, 1, 433.

*vindicatio rei incertæ*; voilà, du moins, sa nature telle qu'elle semble découler d'une loi qui a proclamé l'effet déclaratif. Dès-lors, nous pourrions nous attendre à voir sur la même tête les droits à l'action en revendication et à l'action en partage ou du moins l'exercice de ces droits, et cela sous les mêmes conditions ou formalités. Cependant, telles ne paraissent pas avoir été les idées qui ont guidé nos législateurs. Ils ont bien voulu que le partage fût déclaratif; mais ils ont senti, comme les jurisconsultes de notre ancien Droit, qu'une semblable théorie heurtait trop la logique du Droit romain; comme eux, ils n'ont pas reconnu l'origine nationale de l'effet déclaratif et par suite n'ont pu songer à poursuivre jusque dans ses dernières conséquences cette institution qui est la nôtre. Ils adoptèrent un système de transaction pour concilier les deux doctrines. Tout en rejetant l'assimilation du partage à la vente ou à l'échange, ce en quoi ils allaient plus loin que nos vieux juristes, ils s'accordèrent pour conserver au partage quelque chose du caractère d'un acte d'aliénation et cet accord se traduisit au dehors par la création d'une capacité spéciale pour l'exercice de l'action en partage. Cette action fut une action pétitoire *sui generis*, action compliquée d'aliénation, qui semblait devoir être plus protégée qu'une action pétitoire ordinaire.

Suivons le Code dans ses dispositions au sujet du partage auquel un mineur est intéressé; il s'agit de partager un immeuble. Le tuteur ne peut exercer une action immobilière pétitoire sans avoir obtenu l'auto-

risation du conseil de famille (464). Aussitôt après (465) on ajoute que cette autorisation est nécessaire pour provoquer l'action en partage et que le partage n'aura l'effet définitif qu'il a entre majeurs que s'il est fait en justice et avec des formalités spéciales relatées dans l'article 466. Remarquez que ces articles 465 et 466 ne limitent pas leurs dispositions au cas d'immeubles ; ils s'étendent au partage de meubles. Dans l'un comme dans l'autre cas, les mêmes précautions doivent être prises et l'on voit notamment, quand il est question de meubles, combien la loi est exigeante : en thèse générale, le tuteur peut seul et sans autorisation exercer toutes les actions mobilières du mineur, comme simples actes d'administration ; s'il faut partager des meubles, le tuteur devra se soumettre aux articles 465 et 466. Le Code civil s'est cependant montré moins sévère que l'ancien Droit pour l'exercice par le tuteur des actions en partage d'immeubles appartenant au mineur. Lebrun écrit sur ce sujet : « Le mineur ne peut demander partage au majeur (1). » Pothier confirme cette opinion (2).

Ce que nous venons de dire pour le mineur s'applique à l'interdit.

Le Code civil a-t-il adopté une règle différente pour le mineur émancipé ? La réponse à cette question ne se dégage pas très-nettement des termes contradictoires des deux articles 484 et 840. Le premier ne veut pas que le mineur émancipé aliène un immeuble sans rem-

(1) Lebrun. *Des successions*, liv. 4, ch. 1, n° 24.

(2) *Successions*, ch. 4, art. 8, § 2.

plir les formalités requises du mineur non émancipé ; tandis que l'article 840 déclare valables et définitifs les partages faits par les mineurs émancipés assistés de leur curateur.

Cette antinomie disparaîtra si, au lieu de rapprocher l'article 840 de l'article 484, on le rapproche de l'article 482 qui paraît être celui auquel s'est rapporté le législateur quand il a écrit l'article 840. Si dans notre Code il existait une disposition comme celle-ci : Le partage est une vente, le partage est un échange ; nous ne devrions pas hésiter à corriger l'article 840 par l'article 484 ; nous consentirions même à cette correction en présence de la seule rigueur que met le Code à entraver entre les mains du tuteur l'exercice de cette action, si nous n'avions pas le texte formel de l'article 840. Cet article est spécial à notre matière et c'est lui qu'il faut suivre, quelque inconséquence qu'il paraisse présenter. Il ne faut pas s'étonner des hésitations que nous trouvons dans cette théorie ; pouvait-il en être autrement dans des dispositions où le législateur n'était guidé par aucun principe fixe ? L'article 840 n'établissant aucune différence entre les partages mobiliers et les partages immobiliers, ses dispositions s'appliquent à tous les deux.

Le prodigue qui aura subi l'application de l'article 515 et qui par suite n'est pas autorisé à plaider sans l'assistance d'un conseil ne pourra intenter l'action en partage sans cette assistance.

La femme mariée, copropriétaire d'un objet, peut-elle seule intenter l'action en partage ? Elle ne peut es-

ter en justice sans autorisation de son mari; par suite, elle ne peut seule introduire une demande en partage. Mais le mari aura-t-il la faculté, dans certains cas, de réclamer le partage des objets dont la femme est copropriétaire? Il ne saurait être donné de solution générale à cette question. Si le mari a sur la portion indivise de la femme un droit de jouissance, il pourra être demandeur au partage provisionnel de l'objet indivis; s'il a acquis un droit de propriété sur la chose, en vertu du régime matrimonial adopté par les époux, il intentera seul l'action en partage définitif; quand le mari n'a ni jouissance ni propriété dans le bien indivis, il ne saurait s'arroger, sans le concours de sa femme, la faculté de faire cesser l'indivision.

Nous devons ici aborder une question que tous les auteurs discutent et à laquelle des solutions contraires ont été données par des jurisconsultes également recommandables. Le mari seul peut-il intenter l'action en partage d'un immeuble dont une portion indivise a été constituée en dot à la femme? Si le droit de demander le partage avait été classé dans la série de ceux qui compètent à un administrateur, l'article 1549 ne laisserait aucun doute sur l'affirmative, mais nous avons vu que le partage contenait au fond une aliénation, et par cela même sortait de la catégorie des actes d'administrateur. Faut-il conclure de là que le mari doit faire concourir sa femme à la demande en partage? Nous croyons que ce serait conclure trop tôt et se contenter de prémisses trop douteuses. Il est vrai que le mari est administrateur de la dot, mais ce n'est pas là une ad-

ministration pure et simple; et sans pouvoir exercer l'action en partage de l'immeuble dotal comme administrateur ordinaire, le mari pourra peut-être l'exercer comme administrateur spécial muni de pouvoirs particuliers plus étendus.

On a prétendu que la loi avait en effet consacré ces pouvoirs spéciaux du mari en lui permettant (art. 1549) de poursuivre seul les détenteurs des biens dotaux. Raisonant de là, on nous dit : Le mari peut seul intenter toutes les actions pétitoires au sujet des biens dotaux; pourquoi lui refuseriez-vous l'exercice de l'action en partage qui, en réalité, n'est dans notre Droit qu'une action réelle pétitoire?

A cela nous répondons : 1° La capacité pour l'action en partage ne se confond pas avec la capacité d'exercer toute autre action pétitoire; 2° l'article 818 décide d'ailleurs la question contrairement à l'opinion que nous venons d'énoncer.

1° Quant au premier point, nous avons déjà démontré la vérité de la proposition que nous y établissons. Rappelons seulement que le tuteur, pour le partage des meubles de son pupille, est soumis à des conditions plus rigoureuses que pour l'exercice de toute autre action pétitoire relative aux meubles. Quoi d'étonnant que dans notre cas on refuse au mari seul l'exercice de l'action en partage?

2° L'article 818 porte : « Le mari peut, sans le concours de sa femme, provoquer le partage des objets, meubles ou immeubles à elle échus, qui tombent dans la communauté : à l'égard des objets qui ne tombent

pas en communauté, le mari ne peut en provoquer le partage sans le concours de sa femme; il peut seulement, s'il a le droit de jouir de ses biens, demander un partage provisionnel. » Vous le voyez donc, le mari n'a le droit de demander seul le partage des biens échus à sa femme que lorsque ces biens tombent en communauté. Hors ce cas, le mari ne peut agir sans le concours de sa femme; ce concours sera donc nécessaire pour arriver au partage du bien dotal. On objecte que l'article 818 a été pris dans Pothier et qu'il a été inséré au Code à une époque où on prétendait en bannir le régime dotal, comme régime réglementé en détail : dès lors, ajoute-t-on, les rédacteurs du Code n'ont pu avoir en vue dans l'article 818 que la communauté et non le régime dotal. Appelés à rédiger l'article en question après les réclamations venues des pays de Droit écrit qui amenèrent nos législateurs à faire un chapitre particulier sur le régime dotal, assurément ils en auraient changé la forme; c'est l'article 1549 qui est la seule règle de la matière. Cette objection est captieuse : il est vrai que, dans le Code Civil, on ne voulait pas faire au régime dotal une place aussi large qu'à celui de la communauté, mais on n'avait pas la prétention de l'exclure; il s'agissait tout simplement de le considérer comme une clause modificative du régime de droit commun. S'il en est ainsi, l'article 818 a donc visé le régime dotal tout aussi bien que les autres conventions par lesquelles on peut modifier la communauté, et il n'y a aucune raison pour soustraire le régime dotal à l'application de cet article. Les termes de la loi mili-

tent d'ailleurs en faveur de notre interprétation : c'est seulement pour les choses qui tombent en communauté, c'est-à-dire pour les choses dont le mari devient propriétaire, quel que soit le contrat de mariage, que le mari peut seul intenter l'action en partage. Les fonds dotaux dont la femme reste propriétaire ne peuvent donc être divisés sans son concours effectif dans l'acte. Quand le législateur a écrit l'article 1549, il n'a fait aucune mention spéciale de l'action en partage, ce point étant réglé par l'article 818.

Contre qui pourra-t-on exercer l'action en partage? — Tout communiste devra évidemment répondre à cette action; c'est là une obligation corrélative de son droit de l'intenter lui-même.

Le tuteur pourra défendre à cette action tant pour le partage des meubles que pour celui des immeubles, sans autorisation du conseil de famille. A quoi bon demander cette autorisation? Le conseil de famille interrogé sur l'opportunité de la défense, ne pourra empêcher l'action de se produire contre le mineur, la minorité n'étant pas un obstacle à ce que les autres communistes sortent de l'indivision.

Le mineur émancipé aura-t-il besoin de l'assistance de son curateur pour être valablement défendeur à l'action en partage d'un immeuble? Cette assistance, comme nous l'avons prouvé, suffit pour la demande à l'action; dès-lors il est bien certain qu'on ne lui imposera pas pour y défendre plus que cette assistance. Mais ne pourra-t-il répondre sans être assisté? La loi devrait se montrer, en général, plus facile pour la défense que

pour la demande. Mais nous nous trouvons ici en présence d'un texte formel, l'article 482; nous avons fait rentrer, par l'application de l'article 840, au cas de la demande en partage, l'action en partage dans la catégorie des actions prévues par l'article 482, nous devons subir les conséquences de cette doctrine : le mineur émancipé ne pourra intenter une action immobilière ou y défendre sans l'assistance de son curateur. Cette rigueur de la loi nous donnerait à réfléchir sur la portée que nous avons attribuée à l'article 482, si nous ne pouvions donner à cette sévère disposition des motifs sérieux. Que la loi eût été plus facile quand elle fixait les conditions auxquelles un mineur peut défendre à une action en partage, nous l'aurions compris, car enfin le tuteur, qu'il était impossible d'éliminer, était toujours là pour sauvegarder les intérêts du pupille. Mais nous ne comprendrions pas une simplification de formalités pour le mineur émancipé, simplification qui consisterait à exclure le curateur et à placer un jeune homme inexpérimenté des affaires seul et sans défense en présence des prétentions souvent exorbitantes des copartageants. La loi a pris, en exigeant pour les opérations compliquées du partage l'assistance du curateur, une mesure de protection dont le mineur émancipé aurait mauvaise grâce à se plaindre.

La solution que nous venons d'admettre pour le partage d'un immeuble devra être étendue sans restriction à la défense au partage des choses mobilières. Nous en donnons pour raison le silence de l'article 840 sur la distinction entre les meubles et les

immeubles et si cela ne suffisait pas, l'impossibilité de classer le partage parmi les actes de pure administration, seuls actes permis au pupille en vertu de l'article 484.

L'absent sera représenté à la défense à l'action en partage par un notaire, ou s'il y a eu envoi en possession, par l'envoyé (115 et 150 du Code Civil).

Le mari peut-il défendre à l'action en partage? Oui, quand il aura acquis un droit de propriété sur les biens à partager. Non, dans tous les autres cas : Il lui faudra le concours de la femme. Si donc il est question de répondre à une demande en partage de l'immeuble dotal, ils devront tous deux se présenter à la défense, l'un à raison de son droit à la jouissance, l'autre à cause de son droit de propriété ; c'est ainsi seulement que le partage pourra être définitif. Si la loi a jugé que le mari ne pourrait seul réclamer le partage des biens dotaux immobiliers, c'est pour empêcher le mari de compromettre la dot ; les mêmes inconvénients se présenteraient si on décidait que le mari peut y défendre seul. Il ne faut pas ici se laisser influencer par la décision contraire qui se trouve dans le Droit romain (1) : « *Mariti qui fundum communem cum aliis in dotem inestimatum acceperunt ad communi dividundo judicium provocare non possunt, licet ipsi provocari possunt.* » Cette loi s'explique facilement si l'on se rappelle qu'à Rome le mari était propriétaire de la dot.

(1) L. 2, Code 5, 23. *De fundo dotali.*

Les créanciers des copropriétaires, en vertu de l'article 1166 qui leur permet l'exercice des droits et actions de leur débiteur, auront la faculté de provoquer le partage, sans que leur demande puisse être paralysée par une convention d'indivision intervenue pour cinq années entre les communistes; cette convention est pour les créanciers *res inter alios acta*. Ceux qui n'ont en commun que la nue-propiété sont libres de sortir de l'indivision, même avant que l'usufruit ait cessé par la mort de l'usufruitier.

Comme le partage de succession le partage d'un objet particulier peut être fait à l'amiable entre majeurs, capables et présents. Si parmi les contractants quelques-uns ne sont pas présents ou s'il y a des mineurs ou interdits il sera fait en justice (article 838. C. C.)

La capacité du mari de faire un partage amiable des biens échus à la femme se réglera sur celle d'intenter l'action en partage; si cependant la femme était séparée de biens, elle pourrait seule faire un partage amiable de meubles (1449). Nous étendons la même solution à des biens meubles paraphernaux quoique la rédaction de l'article 1576 paraisse différente de celle de l'article 1449.

Il est bien entendu d'ailleurs que les partages faits en violation des règles établies par le Code au sujet de la capacité d'y procéder seront ou provisionnels ou nuls: provisionnels dans les cas prévus par l'article 840, nuls dans les autres cas.

Nous ne nous occuperons spécialement dans cette étude que de la copropriété, mais, comme nous l'avons

déjà fait remarquer, le quasi-contrat de communauté peut s'ouvrir, en Droit français comme en Droit romain, entre d'autres communistes que des copropriétaires. La distinction n'a pas chez nous l'importance théorique qu'elle avait à Rome ; les règles à suivre sont les mêmes dans les deux cas.

S'il est permis à tout copropriétaire de sortir de l'indivision par un partage il ne saurait invoquer cette faculté contre l'un ou l'autre de ses consorts ; il faut que le partage s'étende à tous, que l'indivision cesse d'une manière complète. On ne donnerait aucune suite à la demande qui serait formée par Primus l'un d'eux contre Secundus l'un des autres consorts. Tout au plus admettrait-on que les copropriétaires séparés en deux camps et décidés dans chaque camp à maintenir l'indivision pourront obtenir le partage du fonds en deux portions dont la première sera commune entre les propriétaires de l'un des groupes et la seconde entre les propriétaires de l'autre.

Cette dernière hypothèse nous rappelle le cas où il existe des biens indivis entre plusieurs communes ou sections de communes, les communes jouissant de ces biens comme personnes morales. Cette indivision rentre dans le programme que nous nous sommes tracé, car nous avons à traiter des biens particuliers indivis entre plusieurs copropriétaires.

Ou bien les communes copropriétaires seront d'accord pour faire le partage ou bien l'une d'elles ou quelques unes s'y refuseront.

1° Si les communes ou sections de commune croient

le partage opportun, les délibérations prises dans ce sens par les conseils municipaux seront soumises à l'approbation du préfet et une fois l'approbation donnée le partage s'effectuera. S'il s'élevait des contestations sur la propriété, sur le mode de jouissance actuel et autres points semblables, les tribunaux civils seraient compétents pour en connaître; le partage sera fait non par tête mais par feux, c'est-à-dire par chefs de famille ayant domicile. (Avis du Conseil d'Etat de 12 avril 1808 qui a été suivi dans cette voie par l'article 105 du Code forestier en matière d'affouage.) Le tirage au sort des lots serait souvent vexatoire pour les communes qui recevraient ainsi des parts dont la position éloignée serait un obstacle à la jouissance de ses habitants. Il est naturel que chaque commune devienne maîtresse des portions de l'immeuble indivis les plus voisines de son territoire.

2° Il y a désaccord entre les communes ou sections de communes.

« Les sections et les communes peuvent, lorsqu'elles le jugent convenable, demander le partage de leurs biens indivis et la demande d'un seul des copropriétaires suffit pour rendre le partage nécessaire. L'article 92 du Code forestier a rappelé et consacré cette règle à l'égard des bois communaux. » Telle est l'opinion de M. Aucoc et tels sont les termes par lesquels il l'exprime dans son livre des sections de communes (1). Il applique, comme on le voit, l'article 815 à

(1) *Sections de commune*, p. 304.

notre matière. Que va-t-il donc arriver si l'un des copropriétaires adresse au tribunal une demande en partage? Le tribunal civil devra y faire droit et ordonner le partage. Des contradicteurs s'élèvent à ce système et font l'objection suivante : Vous ne voulez sans doute pas que le partage s'accomplisse sans l'approbation de l'autorité administrative ; mais alors vous donnez au préfet un droit de contrôle sur le jugement rendu au civil et même le pouvoir de faire échec à l'autorité judiciaire en s'opposant au partage. L'objection paraît sérieuse au premier abord, mais il ne nous semble pas qu'elle soit concluante contre l'opinion émise par M. Aucoc. Nous avons devant nous des copropriétaires qui se refusent au partage ; il faut briser cette résistance qui s'appuie sur l'affirmation d'un droit purement civil, un droit de propriété indivise qui s'étend à toutes les parties de la chose commune. Cette opération nous paraît bien plus de la compétence des tribunaux civils que du ressort de l'administration ; voilà pourquoi l'intervention des tribunaux civils est nécessaire. Si maintenant le préfet juge que le partage serait préjudiciable aux communes, il pourra l'arrêter ; car s'il s'agit dans notre espèce de régler des droits civils par leur nature, il n'en est pas moins vrai que ces droits sont entre les mains de personnalités morales soumises à une tutelle administrative. Nous nous trouvons en présence d'une espèce mixte dans laquelle on doit s'attendre à trouver un certain mélange de Droit civil et de Droit administratif.

Quant aux biens communaux si mal définis par l'ar-

ticle 542 du Code Civil, ces biens ne sont pas indivis entre les habitants de la commune, mais appartiennent à la commune, personnalité morale. Pour eux donc il n'est pas question de savoir si l'un des habitants, invoquant l'article 815, peut en demander le partage. Mais le partage des biens communaux peut-il être fait entre les habitants de la commune? Cette question a été diversement résolue selon les époques auxquelles on l'étudie. Dans notre ancien droit, la législation fut très hésitante, mais à mesure qu'on s'approche de la fin du dix-huitième siècle, il se manifeste une tendance à permettre le partage des biens communaux. La Révolution tout d'abord renchérit naturellement sur ces dispositions qui morcelaient les terrains et augmentaient le nombre des propriétaires. La loi du 14 août 1792 ordonna le partage de ces biens, mais elle fut bientôt suivie d'une autre loi (10 juin 1795) qui rendit le partage facultatif et seulement obligatoire quand un tiers des habitants, hommes ou femmes, de la commune en auraient fait la demande. Mais ces deux dernières lois furent abrogées par celle du 9 ventôse an XII qui consacra la prohibition du partage et qui est encore la loi de la matière, quoi qu'on en ait pu dire. On a essayé de tourner la prohibition en opérant ce qu'on appela des partages à titre onéreux; chaque habitant était tenu de payer, en échange de son lot, soit une redevance perpétuelle, soit plutôt un capital divisé par annuités (1); mais des avis du conseil d'État ont condamné ces par-

(1) Aucoc. *Sections de commune*, p. 443.

tages. (Assemblée générale du 21 février 1858. — Avis du comité de l'intérieur du 16 mars 1858.)

4° Comment finit l'action en partage entre les communistes ?

Elle finit évidemment par le partage et par l'extinction de la chose commune.

La prescription peut-elle éteindre l'action en partage ?

Pothier, dans son *Quasi-contrat de la communauté* (1), nous dit : « Tant que les quasi-associés possèdent en commun les biens qui leur sont échus en commun, y eût-il cent ans, la prescription ne court pas contre la demande en partage. » Pothier confirmait ainsi l'opinion reçue généralement dans notre ancien Droit, que l'action en partage était imprescriptible. Peut-il en être autrement sous notre législation qui repousse toute convention d'indivision pendant un temps indéfini et même pour une durée supérieure à cinq années ?

En effet, si la prescription acquisitive est la présomption d'une juste cause d'acquisition, la prescription extinctive est aussi la présomption d'une juste cause d'extinction. Celui donc qui prétendrait invoquer la prescription comme libératoire de l'action en partage, devrait au moins pouvoir nommer une juste cause d'extinction servant d'appui à cette prescription ; et de quelle juste cause pourrait-il parler ? — Du partage ? Certainement non, puisque dans notre hypothèse

(1) Pothier, n° 197 *in fine*.

il n'a pas été fait. — De la renonciation de son copropriétaire à user de l'action? Mais cette renonciation est nulle. S'il en est ainsi, la prescription de l'action en partage n'aura pas lieu.

M. Demolombe donne une autre raison de l'imprescriptibilité de l'action en partage : « La faculté de demander à sortir de l'indivision est essentiellement inhérente au caractère de l'indivision elle-même, c'est-à-dire qu'elle constitue une demande de pure faculté qui ne saurait s'éteindre par prescription (1). »

L'action en partage est donc imprescriptible; on ne saurait imaginer une prescription directe de l'action en partage. Cependant il existe une prescription qui atteint l'action en partage, mais elle l'atteint en frappant aussi l'indivision au lieu de la consolider, comme l'aurait fait la prescription dont nous venons de parler si elle eût été admise. Nous avons vu dans l'ancien Droit les copropriétaires *saisis in solidum* de l'objet indivis; se basant sur cette saisine, on avait décidé d'abord que chacun des consorts était censé posséder pour tous les autres, et que par suite d'une sorte de précarité il eût été impossible à l'un d'eux de fonder sur la possession séparée de tout ou partie de la chose une prescription acquisitive, prescription qui eût évidemment fait cesser l'indivision pour le tout ou pour partie. Le Droit romain fit fléchir cette règle, et en s'appuyant sur la loi 4 au Code *communi dividundo*, on reconnut au copropriétaire qui aurait possédé seul

(2) Demol. *Successions*, III, p. 510.

*animo domini*, le pouvoir de prescrire l'objet de sa possession.

Mais remarquons bien qu'il s'agit ici d'une possession qui fonde la prescription. Il faut donc qu'elle réunisse les conditions exigées pour que la prescription s'effectue. Si les conjoints possédaient simplement chacun une portion du fonds indivis, sans contredire l'état d'indivision, c'est-à-dire sans se comporter comme seuls véritables *domini* sur la partie qu'ils occupent, il y aurait là une possession entachée de précarité à laquelle il faudrait appliquer la solution admise dans l'ancien Droit, qui présumant toujours cette précarité, rejetait la prescription. On a discuté, au sujet d'une hérédité, pour savoir quel était le caractère qu'il fallait attribuer à cette prescription, s'il convenait de la qualifier acquisitive ou extinctive; les hésitations étaient permises dans ce cas, parce que l'hérédité est un patrimoine qui a son actif et son passif; mais quand nous considérons la copropriété indivise d'une chose, aucun doute n'est possible : la possession s'adresse à des choses corporelles, elle est franchement acquisitive.

Quelle est la durée de cette prescription? Elle sera de trente ans. On ne concevrait pas qu'une possession de dix ou vingt ans fût suffisante. Cette dernière possession peut, en effet, suffire quand il y a bonne foi et juste titre; mais où pourrait-on, l'indivision n'étant pas contestée, trouver ici un juste titre à la possession?

Supposons maintenant que la copropriété porte sur des effets mobiliers? Quelle sera la durée de la possession qui servira de base à la prescription? La solution

de cette question est différente selon le système que l'on adopte pour expliquer l'article 2279. Pour nous, qui admettons que la règle : *En fait de meubles la possession vaut titre* repose sur une prescription instantanée de l'objet mobilier, nous croyons que cet article 2279 n'est applicable que si le possesseur est de bonne foi et a juste titre. Or, comme nous ne pouvons prétendre que notre possesseur d'une portion déterminée de la chose commune ait un juste titre, nous ferons retour à la règle générale en matière de prescription édictée par l'article 2262. Il sera nécessaire d'avoir possédé trente ans l'objet mobilier pour l'avoir distrait de l'indivision.

Nous nous sommes longuement occupés du droit au partage ; ce droit est essentiel dans notre matière ; et, comme nous le verrons, cette étude nous sera d'un grand secours dans la suite. Prenons maintenant les droits relatifs à l'aliénation de tout ou partie de la chose indivise.

§ 2. — *Droits relatifs à l'aliénation directe ou indirecte de tout ou partie de l'objet commun.*

Les droits dont nous allons parler se classent en deux catégories : les uns n'ont trait qu'à la part que chaque copropriétaire a dans la chose commune et leur exercice ne heurte pas les droits égaux des con-sorts ; les autres établissent une espèce de conflit entre les communistes et nous devons rechercher à leur égard les modifications que ce conflit leur fait subir.

La première catégorie de ces droits découle tout entière du droit fondamental de propriété qu'a chaque copropriétaire sur sa part dans l'indivision. Il s'agit d'une part idéale, nulle part réalisée. Tous les actes d'aliénation qui ne nécessitent pas cette réalisation le consort pourra les faire sans que les autres communistes aient un moyen légitime d'entraver sa conduite, car ni la copropriété ni les pouvoirs individuels de chaque communiste sur l'indivis ne sont en aucune façon diminués ni altérés. Le copropriétaire qui exerce des droits ainsi abstraitement définis s'est mû dans une sphère à lui propre.

Le communiste pourra aliéner sa part irrévocablement, mettre un étranger à ses lieu et place. A cette occasion, on s'est demandé s'il ne fallait pas par analogie étendre l'article 841 édicté en matière de successions au cas qui nous occupe, c'est-à-dire au cas de vente d'une portion indivise dans un objet particulier. Si l'article 841 entrait dans la théorie générale de la communauté comme une règle reposant sur des motifs indépendants de la matière des successions, nous lui ouvririons volontiers les portes du quasi-contrat que nous étudions. Mais cet article est spécial à la communauté d'hérédité et par là il sort du droit commun pour se placer dans le domaine des exceptions. Nous n'oublions pas d'ailleurs les griefs soulevés par cet article même appliqué à la matière qu'il régit et alors nous le laisserons dans les limites étroites que lui trace la lettre de la loi. Cette voie nous a d'ailleurs été indiquée par des auteurs éminents qui ont même refusé

l'extension de l'article 841 à un cas qui se rapprochait autant qu'il est possible de celui qui est visé par cet article au cas de communauté entre époux (1). Ainsi donc un conjoint pourra céder à un tiers sa part dans la communauté, sans que le tiers soit exposé à subir un retrait. A plus forte raison, devons-nous adopter cette décision au cas de communauté d'une chose particulière, là où les relations des communistes n'ont pas cette intimité dans laquelle le Code semble craindre de faire entrer les tiers ; si l'on en juge du moins par l'article 841.

Que dirons-nous de l'article 2205 ? Cet article est ainsi conçu : « Néanmoins, la partie indivise d'un cohéritier dans les immeubles d'une succession ne peut être mise en vente par ses créanciers personnels, avant le partage ou la licitation qu'ils peuvent provoquer s'ils le jugent convenable, ou dans lesquels ils ont le droit d'intervenir conformément à l'article 882 au titre des successions. » Le communiste sera-t-il assimilé à un cohéritier et ses créanciers ne pourront-ils pas faire vendre sa part indivise dans un immeuble ? Ce serait, croyons-nous, aller trop loin que d'admettre cette assimilation. La teneur de l'article précité ne se légitime que par des raisons inhérentes aux successions. Voyez donc ce qui pourrait arriver si, pour les successions, on n'avait pas écrit l'article 2205. L'hérédité constitue un patrimoine avec ses meubles et ses immeubles, son actif et son passif ; si l'on permet aux

(1) Rodière et Pont. *Contrat de mariage*, I, 844.

créanciers de l'un des héritiers de faire mettre en vente la part indivise de ce dernier dans les immeubles de la succession, cette part sera licitée et un tiers en deviendra acquéreur, tout cela avant partage. Mais le partage intervient, les immeubles passent à l'un des copartageants ou sont licités; actif et passif balancés, la part nette de l'héritier saisi est sans importance et ne peut couvrir le montant de la première vente : quelques garanties qu'aura prises le premier acquéreur pour ne rien perdre dans cette affaire, il est clair au moins que toujours la licitation de la part indivise aura été inutile puisqu'elle aura exposé des frais sans résultat. On a voulu éviter cette situation par l'article 2205 qui prohibe l'expropriation d'une part indivise dans un immeuble héréditaire. Les mêmes craintes n'existent pas quand il y a simplement communauté d'immeuble; la part indivise licitée est adjudgée en pleine connaissance des charges qui la grèvent, nous n'avons pas ici cet inconnu qui plane toujours sur le passif d'une succession non liquidée; si l'immeuble n'est pas franc et quitte de toute obligation il sera facile d'obtenir à cet égard des renseignements positifs. Et puis quand, par suite du partage, une licitation de l'immeuble deviendra nécessaire, nous n'avons plus aucune issue par laquelle cet immeuble ou son prix puissent échapper à celui qui s'est rendu acquéreur de la portion indivise. L'application de l'article 2205 n'a donc plus sa raison d'être dans notre hypothèse et nous la rejetons comme celle de l'article 841 (1).

(1) Duranton, 24, n° 43.

L'expropriation d'une part indivise dans un immeuble isolé étant possible, nous ne voyons pas ce qui pourrait s'opposer à l'hypothèque consentie par le communiste sur cette part (1).

Ce que nous venons de dire nous confirme dans l'opinion qu'en fait d'aliénation le communiste pourra accomplir seul tout ce que pourrait un propriétaire, pourvu qu'il reste dans les limites abstraites de son droit indivis et qu'il n'aggrave pas la situation de ses consorts. Il existe en effet des concessions qui sont permises au copropriétaire mais dont il faut régler l'étendue par la considération des droits égaux des autres communistes, par exemple, la concession d'une servitude par l'un des copropriétaires sur le fonds commun.

Nous avons longuement étudié ce cas en Droit romain, rappelant les nombreuses controverses auxquelles il avait donné lieu et dans lesquelles était intervenue pour les terminer la puissante autorité de Dumoulin. La grande question qui avait été soulevée était celle de savoir si l'acte par lequel un des copropriétaires avait concédé une servitude sans la ratification immédiate des autres était nul. Dumoulin décida que le bon sens et l'équité s'opposaient à l'admission d'une pareille opinion. Le concédant a un droit de copropriété sur la chose et, quoique la servitude soit indivisible, il est sûr que l'acte par lequel il a fait sa concession a, pour ce qui le concerne, une consistance qu'on ne saurait mé-

(1) Cass., 6 décembre 1826 (Sir., 27, 4, 474).

connaître; il a cédé tout ce qu'il aurait cédé dans une constitution de servitude où seraient intervenus tous les communistes et logiquement son consentement ne pouvait sa force qu'en lui-même et non dans celui des autres. Pourquoi alors considérer ce consentement comme anéanti par le silence d'autrui?

Conformément à la loi 18 au Digeste (8, 4, *Communia prædiorum*), nous croyons que la concession ainsi faite restera en suspens jusqu'au jour où sera donné le consentement de tous les autres; mais après ce consentement de tous, la servitude pourra valablement être exercée par le concessionnaire.

Pour bien se rendre compte de ce résultat dans notre Droit, examinons quel est le caractère de cette constitution isolée de servitude. Entre le concédant et le concessionnaire est intervenu un contrat aussi complet qu'il pouvait l'être duquel aucune des parties ne peut à elle seule se dédire; chacune d'elles est liée, obligée personnellement à l'accomplissement de ce contrat et dans l'espèce, cette obligation personnelle de la part du constituant se réduit à ne porter aucun obstacle à la jouissance du concessionnaire; mais, à côté de l'engagement personnel en quelque sorte négatif du copropriétaire concédant, il en existe un autre, c'est, si nous pouvons nous exprimer ainsi, l'obligation de l'immeuble lui-même qui a été grevé d'un droit de servitude pour une portion indivise et on ne peut pas plus contester l'existence de ce droit réel pesant sur l'immeuble que celle de l'obligation personnelle du constituant.

Cela dit, supposons que le copropriétaire concédant

meure avant que les autres aient adhéré à la constitution de servitude, ses héritiers ou ayant-cause à titre universel se substitueront à lui dans la communauté en prenant sur eux les charges comme les avantages de la chose. L'obligation personnelle de leur auteur reste intacte ; quant à l'immeuble, il reste grevé du même droit de servitude ; rien n'est changé dans la situation au point de vue des obligations préexistantes.

Maintenant, prenons l'hypothèse de la vente de sa portion indivise à un tiers, par le propriétaire constituant. Cet ayant-cause à titre particulier n'hériterait pas de l'obligation personnelle de son auteur, mais le droit réel sur l'immeuble subsisterait-il ? Il faudra appliquer ici la loi du 25 mars 1855 : si la concession de la servitude a été transcrite, elle est opposable au tiers et celui-ci doit la respecter ; sinon, la transcription de la vente de la part indivise libérera le fonds de la servitude incomplète qui lui a été imposée et rendra nécessaire le consentement du nouveau copropriétaire. Nous raisonnons évidemment dans le cas où, par une convention expresse, le vendeur n'aurait pas chargé l'acheteur de l'obligation personnelle qui pesait sur lui : cette convention ajouterait l'obligation personnelle au droit réel.

Si celui ou un de ceux qui n'ont pas constitué la servitude vient à mourir ou à céder sa portion indivise les autres constituants devront, en Droit romain, donner un nouveau consentement. Cette disposition n'a aucune raison d'être dans notre Droit : les coproprié-

taires qui ont consenti à la servitude resteront obligés dans la mesure que nous avons indiquée, et la servitude pourra être exercée sur le seul consentement du nouveau copropriétaire, en supposant que son auteur soit le seul des consorts qui se fût refusé à la concession. Nous n'avons pas à distinguer si le nouveau copropriétaire est détenteur à titre universel ou à titre particulier, entre-vifs ou à cause de mort.

Quand nous avons dit que le copropriétaire qui avait établi une servitude sur le fonds commun, contractait l'obligation personnelle de ne pas s'opposer à la jouissance de la servitude, nous avons supposé que le constituant était de bonne foi. Comme le remarque très-bien Pardessus (1) : « Ce n'est pas toujours à cela seul que se bornent les obligations du constituant. S'il n'a pas fait connaître sa copropriété à celui avec qui il traitait ; s'il a purement et simplement accordé tel droit de servitude sur tel fonds, sans ajouter qu'il n'en était propriétaire que par indivis ; s'il a sciemment dissimulé à l'acquéreur l'impossibilité où son défaut de qualité le mettait d'assurer la paisible jouissance de cette servitude, il doit être condamné à des dommages-intérêts. »

Si d'ailleurs le partage du fonds intervient et que le copropriétaire qui a grevé le fonds commun d'une servitude obtienne pour lot une portion du fonds où sera possible l'exercice de la servitude, celui-ci ne serait pas fondé à refuser l'exercice de cette servitude,

(1) *Traité des servitudes*, p. 380.

toujours par suite de l'obligation personnelle qu'il a contractée ou du droit réel qui pèse sur sa portion. S'il voulait contester la justice des réclamations du propriétaire du fonds dominant, celui-ci exposerait avec raison que le partage étant déclaratif, il est censé avoir toujours été seul propriétaire de son lot et, par suite, que la concession de servitude devra toujours au moins s'appliquer à ce lot.

Il est de principe en Droit romain que l'un des copropriétaires ne peut pas plus acquérir à un fonds commun une servitude qu'il ne peut le grever de cette servitude.

Mais pas plus ici que dans le cas que nous venons d'examiner, il n'était venu à l'idée des jurisconsultes de déclarer nulle une semblable constitution au profit du fonds commun. Quelle est dans notre Droit l'étendue véritable qu'il faut reconnaître à cette stipulation de servitude ?

Il faut avoir égard au quasi-contrat de communauté qui existe entre les copropriétaires ; sans doute, ce quasi-contrat n'est pas le résultat d'une convention ; il n'y a pas société véritable entre les copropriétaires, cependant cet état établit entr'eux des rapports spéciaux qui se rapprochent singulièrement de ceux d'associés. C'est ainsi que si l'un d'eux fait sur le fonds certaines dépenses, les autres, comme nous le verrons, seront tenus d'indemniser celui qui les a faites. « La communauté, dit Pardessus, fait à chacun la loi de rendre plus avantageuse et meilleure la chose com-

mune (1). » La servitude stipulée existe donc pour le fonds tout entier, les autres copropriétaires restant libres d'en profiter, d'y renouou de ne pas en user.

Dumoulin (2) affirme que cette stipulation de servitude n'est pas nulle; car le stipulant peut forcer ses adversaires au partage, et le partage une fois fait, obliger celui qui a concédé la servitude à lui en assurer l'exercice au profit de la part du fonds qui lui est échue. Et même si à suite d'adjudication la chose tout entière passait entre ses mains la servitude stipulée pour le fonds s'exercerait valablement pour le fonds tout entier, car il devrait être considéré comme ayant toujours été propriétaire du fonds licité et alors avoir fait pour lui seul la stipulation de servitude. Qui pourrait se plaindre d'une semblable décision? Assurément ce ne serait pas le propriétaire du fonds servant à qui on ne demande rien de plus que ce qu'il doit : lorsqu'il a promis la servitude il n'a pas ignoré la situation particulière de celui avec qui il a traité et il a accepté toutes les conséquences du partage.

Dumoulin veut même que la présomption d'acquisition de la servitude soit pour le fonds tout entier. En d'autres termes, si par une convention expresse le copropriétaire n'a pas attribué à sa part spéciale dans le fonds le bénéfice de la servitude, on réservera ce béné-

(1) « *Et ipso quod socii sunt, cujusque sociorum interest societatem augeri ejusque meliorem conditionem fieri ut vel communis sensus ostendit.* » (Dumoulin. *Extricatio labyrinthi sexdecim legum*, n° 23.)

(2) Dumoulin. *Ibidem*, n° 47.

fice à tous les consorts, c'est-à-dire au fonds lui-même. Peu importe que dans la stipulation ait figuré le seul nom du stipulant : « *etiamsi solum nomen suum in formulâ stipulationis expresserit sive verba obligativa ad suam tantum personam retulerit.* »

Ce que nous venons de dire prouve la possibilité pour l'un des copropriétaires de stipuler la servitude pour sa seule part indivise, pourvu qu'il s'en explique formellement dans le contrat ; quand la stipulation aura été ainsi faite aucun des autres communistes ne saurait prétendre en tirer profit ; la servitude existe et si son exercice est possible immédiatement pour la part indivise elle sera exercée par le copropriétaire ; sinon, l'événement du partage en octroyant une partie limitée du terrain au stipulant décidera de l'effet de la concession.

Si l'on suppose que la servitude ait été spécialement établie dans l'intérêt de l'un des copropriétaires, on ne concevrait pas que le constituant pût obliger le copropriétaire acquéreur de faire le partage pour que la servitude soit aussitôt fixée. Il est de règle que le créancier de l'un des communistes peut provoquer le partage mais non le débiteur. Il en serait autrement au cas de promesse de servitude par l'un des consorts, car ici le tiers est créancier et il aura qualité pour exercer les droits de son débiteur et demander le partage.

La doctrine qui découle des développements qui précèdent est la suivante : Quand l'un des copropriétaires grève la chose commune d'une charge qui la

frappe en bloc, comme la servitude, de sorte qu'il soit possible au bénéficiaire d'en profiter sans heurter les droits des consorts, ce dernier se trouvera nécessairement dans une position d'expectative; mais le jour où le partage interviendra, et ce partage il peut le hâter, ses droits seront définis et le promettant devra se soumettre à leur exercice, quand le partage ne l'aura pas rendu impossible.

Nous ferons sans hésiter l'application de ces principes au cas où l'un des copropriétaires aurait donné hypothèque sur le fonds commun, au lieu de la restreindre à sa part indivise. Cette hypothèque sera subordonnée au partage. Si le partage se termine par une licitation au profit de tout autre que le débiteur hypothécaire, l'hypothèque s'éteindra; si l'immeuble est tout entier adjudgé à ce débiteur, cet immeuble sera grevé de l'hypothèque concédée; si le débiteur n'a obtenu qu'une portion déterminée, ce sera cette portion qui sera frappée seule par l'hypothèque. Ce résultat a été très-bien indiqué dans un passage des Lois civiles de Domat (1) où ce grand jurisconsulte essaie de trouver à l'effet déclaratif une raison qui l'excuse de s'être établi contrairement aux idées romaines.

§ 5. — *Des droits qui ont trait à l'administration ou à la jouissance de la chose commune.*

Les conditions d'administration de la chose commune seront d'ordinaire établies par convention entre les co-

(1) Domat. *Lois civiles*, liv. 3, tit. 4, section 4, n° 45.

propriétaires; dans ce cas ils devront s'y soumettre. S'il n'y a pas convention, celui qui administrera la communauté sera tenu de se comporter comme un bon père de famille; c'est la responsabilité la plus élevée du Droit romain, mais c'est la seule qu'admette notre Droit. Les déboursés qu'il aurait été obligé de faire ou les fruits, soit naturels, soit civils, qu'il aurait recueillis seront mis en compte pour être répartis comme nous l'indiquerons au chapitre des charges qui incombent à chaque communiste. Chacun doit avoir dans les revenus de la chose qui sont partageables une portion proportionnelle à sa part de copropriété; quant aux avantages de la chose dont on ne conçoit pas la division ou la jouissance pour partie, chacun des sorts en profitera pour le tout, à condition cependant que cette jouissance n'épuise pas celle des autres communistes qui y ont des droits égaux. La destination de la chose indivise indiquera d'ailleurs les modes divers de jouissance et en marquera les limites.

Il se présentera quelquefois à ce sujet des questions délicates qui ont occupé la sagacité des jurisconsultes et qui ont été diversement résolues par la jurisprudence. Deux fonds appartenant à deux propriétaires différents sont séparés par un autre fonds dont ces deux individus sont copropriétaires par indivis. L'un de ces derniers fait construire sur son terrain une maison dont l'un des murs est situé sur la ligne divisoire de ce terrain et du fonds indivis. Peut-il, dans ce mur, établir des vues droites ou fenêtres d'aspect, des balcons ou autres semblables saillies dont parle l'article 678? La

question n'est pas discutée au cas où le fonds commun est une langue de terre dont la largeur en ce point est inférieure à dix-neuf décimètres. Alors l'article 678 qui prohibe cet établissement reçoit son application intégrale à cause de la proximité trop grande du fonds appartenant exclusivement à l'autre copropriétaire. Mais supposez que le sol commun ait plus de dix-neuf décimètres de large, l'article 678 sera-t-il encore appliqué à cause de la copropriété qu'a le voisin dans ce sol? Les dix-neuf décimètres seront-ils comptés à partir de la ligne divisoire ou à partir d'une ligne médiane tracée sur le fonds indivis? Ici commencent les controverses.

Le principe général en matière de jouissance des communistes est écrit dans l'article 1859-2° du Code Civil, ainsi conçu : « Chaque associé peut se servir des choses appartenant à la société, pourvu qu'il les emploie à leur destination fixée par l'usage, et qu'il ne s'en serve pas contre l'intérêt de la société ou de manière à empêcher ses associés d'en user selon leur droit. » On est généralement d'accord pour reconnaître que cet article régit la simple communauté aussi bien que la société.

Donc, pour savoir si les uns ou les autres n'ont pas outrepassé leurs droits, il faut considérer la destination de la chose. Si le fonds commun est un fonds ordinaire que l'on exploite, cette exploitation et ses conséquences sont sa destination finale, à laquelle personne ne peut contrevenir. Or, l'exploitation peut avoir pour conséquence le partage; il est en effet dans l'esprit de notre Code que l'administration d'un fonds indivis a de

moins bons résultats que celle d'un fonds possédé individuellement. Il ne sera par suite permis à aucun des communistes d'user de la chose de manière à en empêcher le partage ou même à le rendre plus difficile. Voyez maintenant ce qui peut arriver si vous accordez à notre constructeur le pouvoir de se soustraire, vis à vis du fonds commun, à l'application de l'article 678. La condition du fonds indivis sera plus onéreuse, car si l'on en vient à une adjudication du fonds, l'adjudicataire devra subir la servitude de vue ainsi imposée au fonds licité; on comprend combien cette perspective est capable de diminuer le nombre des acquéreurs et de nuire aux enchères. Nous pensons donc que l'établissement de vues droites ou fenêtres d'aspect dans le mur longeant la limite de l'un des fonds et de l'héritage commun est attentatoire aux droits de l'autre communiste; la distance légale d'un semblable mur est à dix-neuf décimètres de cette limite. Le copropriétaire qui voudrait construire dans des conditions moins désavantageuses devrait provoquer le partage et faire tracer la ligne séparative des deux lots; ou bien, si le partage n'est pas facile, en venir à une licitation dans laquelle il se porterait adjudicataire. Tant que dure la communauté, aucune autre solution ne doit être admise que celle que nous avons indiquée.

Nous savons que la destination du fonds commun n'est pas toujours le partage, car il est des cas où ce partage ne peut être réclaté; il aggraverait lui-même la situation personnelle des communistes. Ainsi, l'indivis se compose d'un chemin situé entre deux hérita-

ges et ce chemin est le seul passage qui offre quelque commodité pour leur exploitation. A nouvelle destination de l'indivis doivent correspondre de nouveaux pouvoirs et de nouveaux droits pour le voisin constructeur. On ne viendra pas ici prétendre que les vues ou fenêtres d'aspect pratiquées dans le mur qui cotoie le chemin rendront plus onéreuses les conditions d'un partage, que par suite, en les pratiquant, on fait œuvre contraire à la destination de la chose; malgré ces ouvertures, le passage sur le chemin reste libre et l'on peut retirer de l'indivis toute l'utilité qu'il est destiné à produire. D'autre part, empêche-t-on le consort de jouir de la même façon, si bon lui semble, du fonds commun; épuise-t-on sa jouissance et n'a-t-il pas la faculté de construire à son tour en usant du même privilège? Le copropriétaire pourra donc sur son fonds propre construire des bâtiments sans être obligé de se soumettre à l'application de l'article 678, si le fonds commun est grevé de la servitude d'indivision.

M. Demolombe va même plus loin et admet l'opinion que si la propriété commune est frappée d'indivision forcée, on a le droit d'établir les vues droites, même le passage aurait-il moins de 19 décimètres. Mais nous croyons que cette opinion méconnaît les droits du copropriétaire voisin, non pas sur la chose indivise, dont la destination n'est ni changée ni altérée, mais sur la chose de ce copropriétaire. L'auteur que nous citons s'était inspiré des motifs d'un arrêt de la Cour de Caen du 24 août 1842 (1), qui semblent re-

(1) Sir., 43, 2, 78.

connaître que la largeur de six pieds n'est pas nécessaire. Nous trouvons, en effet, dans cet arrêt : « Considérant qu'en l'absence de conventions ou de pactes qui réduisent les cours et passages communs à une affectation exclusivement spéciale, chacun des communiens peut en user dans l'intérêt de fonds provenant du partage ordinaire, pourvu qu'il n'ôte pas aux autres communiens le droit d'en jouir de même ; — considérant que chaque communien est donc fondé à compter comme sienne la chose commune, lorsqu'il s'agit de la distance à observer pour l'élargissement ou l'ouverture des portes et fenêtres des bâtimens anciens ou de ceux qu'il fait construire, du moment qu'il ne met par là aucun obstacle à ce que les autres communiens en retirent semblable utilité ; d'où il suit qu'il n'y a pas lieu ici à l'application de l'article 678 du Code Civil, qui ne prescrit la distance qu'à l'égard du fonds d'autrui, etc..... » La Cour de Cassation a fait justice de cette doctrine dans un arrêt du 31 mars 1851. Dans cet arrêt, la Cour suprême revient sur une opinion qu'elle avait antérieurement adoptée (1) ; elle avait jugé que pour se mettre à l'abri de toute inquiétude, le propriétaire voisin qui voulait construire sur son terrain des murs avec des vues droites, n'avait qu'à placer ce mur à une distance de dix-neuf décimètres au moins de la ligne médiane qui divisait le terrain commun intermédiaire en deux parties équivalentes ; décision arbitraire qui repose sur l'idée d'un partage effec-

(1) 5 mai 1834 (Sir., 33, 4, 836).

tif absolument contraire à la destination de la chose.

On voit donc que dans le cas d'indivision forcée, si les droits des copropriétaires sont limités quant au partage, ils sont sur d'autres points plus étendus que dans celui de copropriété ordinaire. La part qu'ils ont dans la jouissance n'est plus en rapport avec celle qu'il ont dans l'indivision ; la chose tout entière a été affectée à leur usage à la condition de ne pas gêner jouissance pareille de la part des consorts. L'arrêt de la Cour, dont nous rappelions tout à l'heure quelques considérants, exprime cette vérité avec une grande netteté de langage : « Les cours et les passages communs étant par leur nature soumis à un état d'indivis perpétuel, sont aussi bien la copropriété des communiers dans chacune de leurs parcelles que dans le tout, *tota in toto et tota in quâlibet parte* ; d'où résulte une rencontre et une confusion des droits concurrents sur l'ensemble et les parties de la chose qui se résout dans la nécessité que cette chose soit réputée la propriété de chacun, toutes les fois que cela se peut, sans préjudice de la propriété de tous. »

Voyons encore quelques espèces pour bien déterminer les droits des communistes dans les cas relatifs à l'indivision forcée.

Le copropriétaire d'une cour commune, frappée d'indivision forcée, peut pratiquer dans son mur des gouttières ou des entonnoirs donnant sur la cour commune (1), à condition que la cour, par sa nature ou sa

(1) Cass., 6 février 1822.

configuration, ne se refuse pas à cet emploi, à condition aussi que l'écoulement des eaux ne soit pas tel qu'il mette les communistes dans l'impossibilité de jouir de la cour, suivant sa destination (1).

L'un des copropriétaires d'une cour commune ayant une maison située sur cette cour avait établi chez lui une auberge pour le service de laquelle il faisait passer dans la cour piétons, chevaux et voitures qui venaient dans son établissement. Un autre copropriétaire de cette cour se plaignit de cet usage de l'objet indivis et voulut que les tribunaux réduisissent l'emploi de la cour commune aux seuls besoins ordinaires de l'aubergiste et de la famille. Il ne fut fait aucun droit à sa plainte; il fut décidé par la Cour de Metz que le passage des piétons, chevaux ou voitures ne nuisait pas aux droits des co-propriétaires sur le passage commun, mais constituait de la part de l'aubergiste un usage légitime puisqu'il correspondait à l'exercice de sa profession. La Cour suprême confirma cet arrêt.

Cependant si l'aubergiste avait voulu faire stationner, pendant les marchés, les voitures de ses clients sur la cour commune ou sur le passage commun qui y conduisait, on aurait pu voir dans ce fait un empiétement sur les droits des consorts dont la circulation eût été gênée, peut-être même une location de la chose commune sans le consentement des copropriétaires; et alors le tribunal eût-il écouté les plaintes des voisins.

M. Demolombe cite un arrêt de la Cour de Caen qui

(1) Caen, 23 avril 1847 (Sir., 48, 2, 379).

a décidé que le propriétaire d'une maison ayant un droit de copropriété sur une cour commune ne pouvait y exercer la profession de ferblantier, lorsque le bruit qui en résultait était préjudiciable aux propriétaires des autres maisons ayant également droit à la cour (1).

Il faut rapprocher de cet arrêt de la Cour de Caen un autre arrêt de la même Cour (25 novembre 1848) qui juge que, si plusieurs individus sont propriétaires des divers étages d'une maison, le propriétaire du rez-de-chaussée ne peut établir dans le local qui lui appartient une chaudière à vapeur.

Puisque nous étudions les droits des communistes relatifs à l'administration et à la jouissance de la chose, nous ne devons pas abandonner ce sujet sans nous demander si l'un des communistes peut donner la chose commune à bail sans le consentement des autres co-propriétaires. Nous avons déjà énoncé la règle générale en matière d'innovations sur la chose commune ; aucun des communistes ne peut se livrer à ces innovations sans l'assentiment de ses consorts, sous peine de se voir obligé à remettre les choses dans l'état où elles étaient primitivement ; sans doute, chaque communiste est libre d'user de sa part indivise comme il l'entend, mais à la condition que sa jouissance se rapporte à la nature idéale de cette part ou bien que, s'il veut matériellement jouir, il ne porte aucune atteinte aux droits de ses copropriétaires. Or, que fait le consort qui donne à bail la chose commune ? Il ne peut louer sa part sans

(1) Caen, 4 décembre 1840.

toucher à celle de son co-proprétaire, car leurs droits concourent indivisément sur chacune des parties matérielles de la chose. Il a donc outrepassé ses pouvoirs sur l'objet indivis ; il a innové et par suite doit subir l'application de notre règle. Il pourra être forcé par ses copropriétaires à expulser le locataire. Si d'ailleurs on en venait au partage et qu'une portion de l'immeuble indivis fût attribuée au bailleur, le preneur aura le droit de l'obliger à continuer le bail sur cette portion, sans préjudice des dommages-intérêts s'il y avait eu fraude de la part du bailleur. Quand le partage aura eu pour résultat de faire passer l'immeuble entre les mains d'un tiers ou d'un autre des communistes, le preneur aura toujours une action en recours contre le bailleur.

Le contrat passé par un communiste pour donner à bail la chose commune est donc nul ; cela ne fait pas de doute et Merlin (1) constate qu'il en était ainsi dans l'ancien Droit. Comment expliquer sans cela la procédure de la licitation de loyers qui était pratiquée, d'après Bourjon, devant le Châtelet de Paris et est encore le seul moyen de mettre d'accord des communistes qui ne réussissent pas à s'entendre sur le prix de location de la chose indivise ? Ce contrat ne saurait d'ailleurs être opposé au communiste qui n'y a pas pris part ; on a trafiqué sans lui de sa propre chose ; il pourra donc par une action dirigée contre le locataire lui-même lui faire vider les lieux.

(1) *Questions de droit*. V<sup>o</sup> Location.

Nous croyons qu'il faut cependant apporter un tempérament à cette doctrine. Quand la chose commune est par sa nature destinée à être louée, il est d'un bon administrateur de ne pas la laisser improductive. Si donc, l'un des communistes mettant de la négligence à l'administration de la chose, son copropriétaire donnait à bail la chose commune en son nom et au nom du premier, nous pensons qu'il faudrait respecter ce bail et qu'il y aurait lieu seulement à un règlement de comptes entre eux deux.

Après avoir examiné les divers droits des communistes sur la chose indivise, nous devons rechercher comment ces droits seront protégés contre les empiètements du dehors ou contre les anticipations qui pourraient provenir du fait des communistes eux-mêmes.

Et d'abord si l'on conteste à l'un des communiens son droit de copropriété, il intentera valablement une action en revendication pour faire reconnaître son droit. (Cass. 28 avril 1851).

Si l'un des communistes vient à être troublé dans l'exercice de son droit, par exemple dans la jouissance d'une servitude due au fonds commun par un tiers, il pourra intenter seul l'action quasi-possessoire. Les lois romaines proclament cette solution (1) ; elles accordent à chacun des communiens le droit de faire respecter pour le tout, *in solidum*, soit la servitude due au fonds commun, soit l'intégrité de la chose commune menacée de toute autre manière : Si l'eau de

(1) L. 6, § 4, Dig., 8. 5. *Si servitus vindicetur.*

pluie (1) envahit par la faute du voisin le fonds commun, si un arbre menace par sa chute la maison indivise, chacun des propriétaires peut protéger la possession et la protéger pour le tout.

Inversement, l'action possessoire pourra être intentée contre l'un des communistes, celui qui en sa qualité de copropriétaire troublerait de quelque façon la possession du fonds d'autrui, qui par exemple s'opposerait à l'exercice d'une servitude due par le fonds commun.

Une question s'est soulevée au cas où le communiste demandeur ou défendeur au possessoire, aurait subi une condamnation. Cette condamnation est-elle opposable aux autres copropriétaires? Si nous consultons le Droit romain, nous y trouvons le fragment suivant : « *Si de communi servitute quis bene quidem deberi intendit, sed aliquo modo litem perdidit culpá suá, non est æquum hoc cæteris damno esse* (2). » Il ressort de cette décision que la sentence rendue contrairement aux intérêts des autres communistes ne saurait leur être dommageable. C'est là une opinion que nous adoptons dans notre Droit et nous allons même jusqu'à dire que le jugement passé en force de chose jugée ne pourrait être opposé aux autres communistes; ces derniers n'ont pas été légalement représentés, car liés au premier par un simple quasi-contrat de communauté, ils n'ont pas entre eux tous, mission

(1) L. 11, § 4, Dig., 39, 3. *De aquá et aquæ pluvi.*

(2) L. 49, Dig., 8, 5. *Si servitus vindicetur.*

réciproque d'administrer la chose et surtout de faire des actes préjudiciables à la chose commune.

Mais ici surgit une difficulté : les autres communistes insuffisamment représentés dans l'action, font tierce-opposition au jugement et si l'on suppose que le tiers, après avoir gagné le premier procès, succombe dans cette nouvelle instance, comment va-t-on régler sa position dans l'action pétitoire qui va suivre et dont l'action possessoire n'est que le prélude. Le tiers sera obligé de jouer à l'égard des uns le rôle de demandeur à l'égard de l'autre le rôle de défendeur ; c'est là une situation singulière de laquelle il faut le tirer. Nous croyons donc que si le tiers a triomphé en premier lieu contre l'un des copropriétaires et a perdu son procès contre les autres, le propriétaire vaincu dans l'action possessoire sera relevé de sa déchéance par le jugement rendu sur tierce-opposition au profit de ses consorts ; et dès-lors le tiers sera demandeur à l'action pétitoire, si elle vient à être intentée. La solution que nous présentons ici n'est pas donnée pour le besoin de la cause ; elle résulte des principes connus en matière de tierce-opposition et de l'intime liaison, liaison en quelque sorte indivisible qui existe entre les droits sur un fonds des divers propriétaires de ce fonds. On pourrait nous objecter que cette liaison intime des propriétaires d'un même fonds devrait avoir pour effet de rendre le premier jugement au possessoire opposable à tous ; nous répondrons que si on peut imaginer dans le quasi-contrat de communauté une représentation réciproque, ce ne peut être que pour l'amélioration de

la chose, que d'ailleurs le tiers a toujours à se reprocher de n'avoir pas appelé en cause tous ceux qui étaient réellement intéressés dans l'instance ouverte au possesseur.

Quand l'un des communistes éprouvera dans sa jouissance des obstacles qui viennent de l'un des consorts, il sera fondé à agir contre lui au possesseur. S'il est permis en effet au copropriétaire de garantir sa possession par une action possessoire contre les tiers qui viennent la troubler, pourquoi n'aurait-il pas le même avantage quand le trouble vient de plus près, de son copropriétaire lui-même; mais dans notre cas quelle devra être la nature du trouble? Il faut évidemment que le communiste envahisse illégitimement les droits de son consort: ce ne sera pas une jouissance au nom de tous qui constituera le trouble; il est nécessaire que dans les actes auxquels s'est livré celui dont on se plaint il y ait usurpation des droits de l'autre. Ainsi deux individus sont copropriétaires depuis fort longtemps d'un fonds qu'ils ont destiné au pacage de leurs bestiaux respectifs; l'un d'eux un jour entoure d'une haie une partie du fonds et l'incorpore à son propre domaine; l'action possessoire sera dans ce cas valablement intentée contre l'envahisseur. Il en serait de même si le terrain commun produisait des fruits et que l'un des communistes élevât la prétention de les percevoir seul et pour son compte. Le tout sera de voir si dans le trouble il y a anticipation sur le droit de l'un ou l'autre des communistes.

Cette action possessoire n'aura pas seulement lieu

au cas de copropriété ordinaire, mais encore au cas d'indivision forcée, quand cette indivision sera bien établie. J'ai en commun avec vous un chemin destiné à l'exploitation de nos fonds respectifs; il vous plaît de vous emparer de tout ou portion de ce chemin et de le cultiver, réduisant ainsi ce chemin où doivent circuler les voitures à un simple sentier ou l'anéantissant tout à fait. L'action possessoire est ouverte au copropriétaire privé du passage. Nous allons même plus loin et, nous autorisant d'un arrêt de la Cour de Cassation, nous disons que le communiste aura le droit de s'opposer sur le chemin à tout changement de l'état des lieux sans sa participation. C'est là l'expression d'une règle générale en matière de copropriété, et la Cour de Cassation a jugé avec raison qu'il fallait s'y conformer. Les jurisconsultes romains avaient dit : *In re communi neminem dominorum jure facere quicquam invito altero posse, in re enim pari potiore causam esse prohibentis constat* (2). » C'est en marchant sur leurs traces et faisant application de ces principes généraux que les rédacteurs du Code Civil ont écrit l'article 1859 4° qui semble fait pour notre matière, quoiqu'il n'ait été édicté que pour la société.

Art. 1859 4°. L'un des associés ne peut faire d'innovations sur les immeubles dépendants de la société, même quand il les soutiendrait avantageuses à cette société si les autres associés n'y consentent.

(1) Cass., 17 novembre 1860 (Sir., 61, 4, 150).

(2) L. 28, Dig., 40, 3. *Communi dividundo*

L'arrêt de la Cour de Cassation que nous venons de rappeler a trait aux circonstances suivantes. Primus et Secundus passent depuis fort longtemps sur un chemin attenant à leur propriété privée; Primus change un jour la disposition d'une porte qui fermait le chemin et ajoute une barrière qui ne s'y trouvait pas auparavant. L'affaire est portée devant le tribunal de la Seine qui décida que le copropriétaire du passage Secundus était fondé à se plaindre de l'atteinte ainsi portée à ses droits. Si donc Secundus eût pris la voie de l'action possessoire il eût même sans titre obtenu le rétablissement de l'état primitif des lieux. Mais si au lieu de se prétendre copropriétaire et d'exercer son droit de passage à ce titre, Secundus eût soutenu qu'il était investi d'une servitude de passage à lui concédée par Primus ou ses auteurs, il n'eût pas triomphé dans l'action possessoire qu'il eût intentée, parce que l'innovation de Primus sur le passage était de celles qu'il pouvait faire en vertu de l'article 701 comme n'aggravant pas la situation du fonds dominant, et puis parce que l'action possessoire qui tend à maintenir intact un droit de servitude de passage ne saurait s'appuyer que sur un titre et ce titre faisait défaut à Secundus.

Il n'est pas toujours aisé de savoir si celui qui jouit d'une chose en jouit à titre de copropriété ou à titre de servitude; nous avons signalé divers intérêts de cette question; en voici un autre qui a son importance: Pour en revenir à l'hypothèse d'un chemin sur lequel passent plusieurs individus; si ce chemin est la propriété de l'un et est grevé d'une servitude au profit des

autres, le propriétaire du fonds servant, pourra en usant de la faculté qui lui est concédée par l'article 701 offrir aux autres un nouveau passage aussi commode pour l'exercice de leur servitude; si au contraire ce chemin est la copropriété de tous l'article 701 est inapplicable.

Arrêtons-nous donc un instant sur cette question qui se soulève à propos de quelques servitudes discontinues et tâchons de donner des règles qui permettent de discerner les cas de copropriété de ceux de servitude au point de vue de l'action possessoire.

Il est bien certain que s'il y a des titres établissant soit la copropriété soit la servitude, l'action possessoire ou l'action quasi-possessoire pourra toujours être intentée par celui qui peut invoquer ces titres.

Mais supposons que ni la copropriété ni la servitude ne résultent de titres formels. Les deux parties en litige sur la possession possèdent depuis un temps indéfini. Y a-t-il copropriété, y a-t-il servitude? si vous décidez qu'il y a copropriété, l'un des copropriétaires troublés demandant l'application des principes du droit en matière de possession d'immeubles fondera l'exercice de l'action possessoire sur la possession annale et triomphera dans la complainte. Si vous admettez la servitude, le propriétaire du fonds dominant se trouve dépourvu de moyens pour maintenir l'exercice de la servitude, car il n'a pas de titre et la possession d'une servitude discontinue ne peut pas plus se soutenir sans titre que son acquisition ne peut se faire par le seul effet de la prescription. La question est dans ce

cas une question de fait à résoudre et dont la solution laissée à l'appréciation des tribunaux ne saurait fournir matière à cassation. Le plus souvent le demandeur à l'action possessoire prétextera une copropriété, car la qualité de copropriétaire lui donne une position plus avantageuse, mais il pourra résulter de certains faits extérieurs que c'est là une usurpation de qualité; par exemple si dans l'entretien qui a été fait de l'endroit où s'exerce la prétendue copropriété, l'autre communiste a seul contribué, agissant ainsi comme s'il avait été seul propriétaire de la chose. En ce cas la plainte exercée contre lui serait repoussée; et le demandeur serait déclaré n'avoir usé de la chose du défendeur que par simple tolérance.

Si l'une des parties a un titre qui atteste un droit de propriété en sa faveur sur le terrain où s'accomplit la jouissance commune et que l'autre partie ne puisse lui opposer de titre confirmant sa copropriété, ou établissant son droit à une servitude, il faudra encore ici conclure à une pure tolérance de la part du premier. Cependant si la jouissance de l'autre partie s'était révélée par des actes contradictoires au droit de propriété exclusive, cette jouissance pourrait constituer une possession assez caractérisée pour fonder une action possessoire. Une semblable possession prolongée pendant le temps voulu donnerait naissance à la prescription.

Il résulte de ce que nous venons de dire que l'action possessoire et la prescription peuvent avoir lieu en matière de copropriété. La possession devra dans les deux cas avoir des caractères analogues. Pour prescrire

comme pour avoir droit à l'action possessoire, il faudra, dans notre matière, une possession continue et non interrompue, paisible, publique non équivoque et à titre de copropriétaire ; nous insistons sur les mots *non équivoque*, car, ainsi que nous l'avons vu, ce vice sera plus fréquent au cas de copropriété qu'au cas de propriété.

Quand la chose dont jouissent simultanément les propriétaires de deux héritages voisins est un chemin destiné à l'exploitation de leur fonds, si d'ailleurs aucun titre n'existe, la présomption est que les deux voisins en sont copropriétaires. Cette présomption a une origine respectable puisqu'elle existait déjà dans certaines coutumes de l'ancien Droit. En vue de l'utilité que présentent ces chemins, les riverains qui en usent sont censés, par eux-mêmes ou leurs auteurs, avoir fait abandon d'une partie de leur propriété pour en constituer la propriété commune. Lalaure dans son *Traité des servitudes*, Garnier dans son ouvrage : *Des chemins de toute espèce* (1), constatent l'existence de cette présomption, d'ailleurs généralement admise en jurisprudence (2). Partout on reconnaît à celui qui de temps immémorial passe sur un de ces chemins son droit de copropriété sur le chemin, si son consort n'apporte pas la preuve de la servitude. Aussi les actions possessoires, intentées par l'un des riverains pour se garantir de tout trouble de la part des autres, seront-

(1) Garnier. *Des chemins de toute espèce*, p. 477.

(2) Cass, 29 novembre 1814 (Sir., 46, 4, 255). — Cass., 49 novembre 1828 (Sir., 29, 4, 410). — 29 mars 1841 (Sir., 44, 4, 356).

elles favorablement écoutées, sans aucun titre à l'appui. Il faut donc rejeter la décision de la cour de Lyon (1), qui règle la situation des copropriétaires riverains en les considérant comme propriétaires chacun de la partie du chemin attenant à son champ, cette partie étant grevée d'un droit de servitude de passage au profit des autres riverains. Cet arrêt tend à substituer la servitude à la copropriété et nous savons quelles seraient les conséquences de cette conclusion (art. 701). Peut-être pourrait-on légitimer l'arrêt de la cour de Lyon en disant qu'il ne s'agit pas ici d'un véritable chemin commun d'exploitation, mais d'un de ces chemins, qui, tout en servant à l'exploitation, sont devenus les chemins de tous, car tous y passent, et qui établissent le plus souvent la communication entre des chemins ou routes classés; en effet, le chemin visé par l'arrêt est un chemin de desserte entre deux chemins vicinaux. Mais en admettant même que la Cour de Lyon ait eu en vue ces chemins dits *ruraux*, nous protestons contre la doctrine émise par cette Cour, qui tend à les faire considérer comme propriétés particulières. Pour nous, les chemins ruraux appartiennent à la commune, la décision contraire mettrait l'intérêt public, fondé sur un usage immémorial à la merci des caprices de l'intérêt privé.

(1) Lyon, 5 janvier 1849 (Sir., 50, 2, 166).

### CHAPITRE III.

#### DES CHARGES DE LA COMMUNAUTÉ

Les obligations que fait naître le quasi-contrat de communauté sont, en général, les mêmes que dans le Droit romain. Nous les rappellerons donc sans entrer dans de longs détails.

Chacun des communistes pourra se faire indemniser des dépenses utiles ou nécessaires faites sur la chose, il n'y a aucune raison de se séparer ici de la disposition relative aux dépenses de l'article 1575, qui traite de la gestion d'affaires : « Les dépenses nécessaires, dit Domat, à propos du quasi-contrat de communauté qui porte sur une hérédité, sont celles qu'on est obligé de faire pour conserver les biens et pour empêcher, ou qu'ils ne périssent ou qu'ils ne soient endommagés; telles que sont les réparations ordinaires dans les bâtiments, celles qui en préviennent la ruine, ce qui serait employé pour un plant d'arbres au lieu d'arbres morts ou abattus, et les autres semblables dépenses dont le défaut causerait quelque perte dans l'hérédité. » — « Les dépenses utiles, continue le même jurisconsulte, sont celles qui, quoique faites sans nécessité, augmen-

tent les biens, comme un plant de verger, ou quelque bâtiment dans une maison pour en avoir un plus grand loyer (1). » Nous n'ajouterons rien à ces définitions, qui sont d'ailleurs tirées des textes du Droit romain (2).

Si l'un des communistes a perçu des fruits de la chose il en devra compte à ses consorts ; chacun répondra d'ailleurs du dommage qu'il aura pu causer à la chose commune, à *fortiori* de tout dol ou fraude. Il devra aussi, dans les actes d'administration auxquels il se livrera, apporter les soins d'un bon père de famille ; on n'admet pas dans notre Droit les distinctions admises par les jurisconsultes romains en matière de fautes contractuelles.

Tout communiste, qu'il s'agisse de communauté ordinaire ou d'indivision forcée, devra contribuer aux réparations ou entretien de la chose commune, il pourra toujours y être obligé par ses consorts. L'extension à notre cas de l'article 1859 5°, relatif à la société, est tout à fait rationnelle. C'est là une des raisons pour lesquelles il importe de ne pas confondre l'indivision forcée avec la servitude ; le propriétaire du fonds servant ne doit à celui du fonds dominant que la *patientia servitutis*, obligation négative, si on peut l'appeler ainsi, tandis que les relations entre les communistes se traduisent au dehors par des prestations personnelles positives et réciproques au sujet de la chose commune.

(1) Domat. *Lois civiles*, liv. 4, tit. 4, section 2, §§ 41 et 42.

(2) L. 4, § 4, Dig., 21, 2. *De evictionibus*. — L. 4, § 3, Dig., 21, 2. *De evictionibus*. — L. 79, Dig., 50, 16. *De verb. significat.* — L. 5, § 3, Dig., 24, 2. *De evictionibus*. — L. 7, Dig., 24, 2. *De evictionibus*.

Le copropriétaire d'un sentier contribuera à tous les travaux destinés à entretenir le passage; celui qui n'aurait que la servitude de passage sur le fonds d'autrui supporterait seul les frais de réparation nécessaires à son exercice. Le copropriétaire d'un puits aura sa part contributive des dépenses à faire pour tenir ce puits en bon état; le titulaire d'une servitude de puisage devra, s'il veut en user, réparer les dégradations provenant de cas fortuit ou de force majeure qui rendraient l'accès de l'eau difficile ou impossible.

Pour les obligations dont sont tenus les communistes et qui ont leur unique origine dans la détention d'une part indivise dans la chose commune, il faut décider qu'on pourra s'en débarrasser par l'abandon de la chose, en admettant ici cependant la distinction qu'adopte très juridiquement Toullier (1). Si parmi ces obligations il en est dont l'exécution ait déjà été rendue nécessaire par l'effet de l'un des communistes, il ne pourra prétendre en être libéré par l'abandon de sa portion indivise. Cet abandon ne saurait délier le copropriétaire que des obligations auxquelles donnent lieu la vétusté et l'usage simple et légitime de la chose.

(1) Toullier, tome III., p. 341.

## APPENDICE

### *Explication de l'article 664 du Code Civil.*

Art. 664. « Lorsque les différents étages d'une maison appartiennent à divers propriétaires, si les titres de propriété ne règlent pas les modes de réparations et reconstructions, elles doivent être faites ainsi qu'il suit :

« Les gros murs et le toit sont à la charge de tous les propriétaires, chacun en proportion de la valeur de l'étage qui lui appartient. Le propriétaire de chaque étage fait le plancher sur lequel il marche. Le propriétaire du premier étage fait l'escalier qui y conduit ; le propriétaire du second étage fait, à partir du premier, l'escalier qui conduit chez lui, et ainsi de suite. »

L'article 664 vise un cas d'indivision que nous devons étudier ; nous avons pensé qu'en le séparant du reste de notre étude il nous serait plus facile de lui donner les développements qu'il comporte.

Jusqu'ici nous avons pu seulement nous guider par analogies ou par l'application des principes généraux du droit ; nous nous trouvons maintenant en présence d'un article du Code et nous allons exposer quels sont

les droits et les obligations des copropriétaires d'une maison.

L'article 664, où la loi s'occupe des rapports des propriétaires des divers étages d'une maison, en raison de sa position dans un chapitre où l'on traite des servitudes légales est un de ceux qui ont donné lieu à l'opinion qui confond l'indivision forcée avec les servitudes. Si les cas d'indivision de l'article 664 n'étaient pas de véritables servitudes, pourquoi les rédacteurs du Code les auraient-ils placés au milieu des servitudes légales? Les propriétaires des divers étages d'une maison auraient donc sur certaines parties de cette maison des servitudes bien plus qu'un droit de copropriété forcément indivise. C'est sur cette doctrine que se basent plusieurs arrêts de la jurisprudence. Nous croyons cette doctrine erronée. On pourrait peut-être invoquer pour la soutenir certaines conséquences qui en sont déduites par la jurisprudence, mais ces conséquences peuvent aussi bien être tirées de l'opinion que nous allons émettre sur cette question.

Le fait d'être propriétaires des divers étages d'une maison constitue sur certaines parties de la maison une communauté et non une servitude. La raison tirée de la place de l'article 664, tout importante qu'elle puisse paraître à certains esprits, ne résiste pas à l'analyse et l'article 664 lui-même nous donne un argument péremptoire en faveur de notre système. L'un des caractères des servitudes est de grever le fonds servant sans que le propriétaire de ce fonds soit obligé de rien faire pour faciliter l'exercice de la servitude; cela est

écrit en toutes lettres dans les articles 697 et 698 du Code Civil. Or, si nous nous reportons à l'article 664, nous y voyons que le propriétaire du premier étage est obligé de faire et d'entretenir l'escalier qui y conduit, escalier qui lui appartiendrait et qui, dans la doctrine que nous combattons, se trouverait grevé d'une servitude au profit des propriétaires des étages supérieurs; l'article 664 qui assujettit le propriétaire du fonds servant à construire ou réparer ce fonds se place donc par cela même en dehors de la théorie générale des servitudes. On pourra nous objecter que les principes de la communauté demanderaient une autre répartition des dépenses faites pour la réparation et reconstruction de l'escalier; mais nous répondrons que les principes en matière de communauté sont, si nous pouvons nous exprimer ainsi, beaucoup plus élastiques qu'en matière de servitude, matière par excellence d'exception et de droit étroit.

Quelle a été l'intention des rédacteurs du Code en écrivant l'article 664? Ils ont reconnu aux parties le pouvoir de se répartir comme elles l'entendront les droits ou les charges de cette copropriété. Pour savoir quelle est la loi qui règle cette répartition on s'attachera d'abord aux titres, et ce sera seulement au cas où ces titres n'existeront pas que l'article 664 sera applicable. Cet article n'est donc pas une disposition en quelque sorte pénale qui punit les copropriétaires de n'avoir pas songé à éviter par un règlement à eux spécial les difficultés de la communauté qui s'impose à eux par la force des choses; il est l'interprétation de la volonté

non exprimée des parties. La jurisprudence a reconnu la vérité de cette opinion ; la preuve en est dans un arrêt de la Cour de Cassation (9 mars 1859), rendu au sujet d'un partage fait sous une coutume antérieure au Code. Conformément aux idées qui avaient dirigé nos législateurs, la coutume fut considérée comme suppléant à la volonté des copropriétaires ; cette coutume soumettait le propriétaire de l'étage le plus élevé à la réparation du toit ; on refusa de lui accorder le bénéfice de l'article 664 qui fait de cette réparation une charge commune, car le copropriétaire s'était tacitement soumis aux dispositions de la coutume.

C'est donc surtout aux principes de la communauté que nous devons nous rapporter pour résoudre les questions qui se posent dans le courant de cette partie de notre étude ? Remarquons cependant que cette communauté se distingue de la communauté ordinaire en ce qu'elle est une espèce de mélange de propriété et de copropriété. Chaque communiste dans la même maison a une portion qui lui appartient individuellement, son étage et une portion indivise dont nous déterminerons l'étendue. Nous trouverons donc en contact les principes absolus du droit de propriété et les principes de la communauté. C'est la conciliation de ces principes qu'il faudra chercher dans la solution des divers cas que nous aurons à examiner. La propriété des différents étages d'une maison a été et est encore en usage dans quelques pays de la France, à Grenoble, à Reims et dans la Normandie ; cet usage avait été introduit pour faciliter aux membres d'une même famille l'habi-

tation sous le même toit. Quand donc cette copropriété s'établissait, soit à la suite d'un testament, soit à la suite d'un partage, l'idée qui prédominait était beaucoup plus celle d'une communauté que celle d'une servitude, et ceci n'est pas à dédaigner dans une matière où tout est interprétation de la volonté des parties.

Chaque communiste est propriétaire absolu de son étage. D'après l'article 664, il est copropriétaire par indivis des murs et du toit. Cet article est-il limitatif? Nous ne le croyons pas; il faut regarder comme indivises d'abord toutes les choses qui sont nécessaires à l'exercice de la propriété exclusive des étages et encore toutes celles qui ont une utilité commune et qui, dans les conditions ordinaires, seraient frappées d'indivision forcée à raison de cette utilité : le sol, la porte cochère, les voûtes ou digues qui soutiennent l'édifice ou le protègent, les cours, les puits, les pompes, les fosses d'aisance. Il résulte de là que la copropriété indivise de ces choses sera régie par l'article 664 et la part de chacun dans les charges de cette copropriété ne sera pas proportionnelle au nombre des personnes mais se calculera en raison de la valeur des étages. A côté de cette copropriété l'article 664 organise encore un autre régime de copropriété en ce qui concerne les escaliers.

Le propriétaire de chaque étage a le droit de faire chez lui tout ce qu'il veut; il n'est arrêté, comme tout propriétaire, que par le devoir de respecter la propriété d'autrui. Sur les objets qui sont indivis, la règle serait qu'il ne pût faire aucun changement sans le consentement des consorts, c'est ce qui résulte des principes

énoncés dans la loi 28 au Digeste, *Communi dividundo*; mais il faut se rappeler que notre communauté doit se concilier avec le droit de propriété exclusive sur chacun des étages; il faut que le propriétaire de l'étage puisse jouir de cet étage dans le sens large du mot; si donc l'innovation qu'il veut faire dans la portion du mur commun appartenant à son étage ne porte aucun préjudice à la jouissance de ses consorts et à l'intégrité du mur, on lui permettra cette innovation et les autres copropriétaires ne seraient pas fondés à écarter ce trouble par une action possessoire.

La Cour de Grenoble, par un arrêt du 15 juin 1852 permet au propriétaire d'un rez-de-chaussée de transformer ses fenêtres en arcs de boutique; cela est conforme au droit qu'a ce propriétaire de jouir du rez-de-chaussée. Cette Cour a cru devoir invoquer la servitude d'indivision sur le mur pour relever qu'il n'y avait dans l'innovation aucune aggravation de la situation du fonds dominant. Sans admettre la servitude, nous sommes conduit au même résultat.

La Cour de Nîmes, 3 décembre 1859, reconnaît aussi au propriétaire d'un rez de chaussée le droit d'appuyer un auvent contre la portion du mur appartenant à sa propriété, pourvu qu'il n'y ait aucun dommage occasionné aux autres copropriétaires.

Le point de savoir s'il est permis au propriétaire de l'étage le plus élevé de construire au-dessus et par suite d'accroître à son profit le nombre des étages a soulevé des controverses. L'arrêt de la Cour de Grenoble que nous venons de citer, toujours en prétendant qu'il s'a-

gissait d'une servitude, voyait dans la surélévation des murs une aggravation de la condition du fonds, prohibée par les articles 701 et 702 du Code Civil. La Cour de Paris saisie d'une semblable question, octroie cette surélévation, mais en cherchant la raison de décider dans une application de l'article 552 au sol de l'étage le plus élevé; étant propriétaire de ce sol, on est aussi propriétaire du dessus (1). Nous ne saurions davantage nous prêter à une pareille explication; c'est au sol lui-même et non au sol de l'étage qu'a voulu se rapporter le législateur de l'article 552 et si l'on veut dans notre espèce invoquer cet article, il faut dire que pour tout ce qui n'a été réglé ni par la convention ni par la loi, les copropriétaires de la maison en leur qualité de copropriétaires du sol ont sur le dessus et le dessous des droits identiques à ceux qu'ils ont sur le sol.

La question qui se pose est donc la suivante : la surélévation d'un étage de la part du propriétaire le plus élevé constitue-t-il une jouissance licite du droit de propriété sur cet étage? S'il y a seulement une innovation est-elle de celles que l'on peut permettre à ce propriétaire; en d'autres termes cette innovation est-elle préjudiciable aux consorts? Nous pourrions soutenir en nous basant sur la copropriété du sol que cette élévation est un empiètement sur le droit d'autrui (Art. 552), mais admettons qu'il y ait seulement innovation dans la chose commune. Il est incontes-

(1) 17 mars 1838.

table que le nouvel étage va surcharger de tout son poids les murs communs de l'édifice, ce qui peut nuire à leur solidité et les mettre en danger d'éroulement ; si, en fait, ce péril était constaté, il est bien évident que les consorts auraient le droit de s'en plaindre. Mais supposons que ces craintes ne paraissent pas fondées : nous croyons que les autres propriétaires repousseront avec raison la surélévation. Dans l'étage qui va se construire, le propriétaire pourra mettre des locataires nombreux qui seront une menace pour la tranquillité de la maison ; ces locataires obligés de descendre par le même escalier vont en rendre l'entretien plus coûteux et puis, comme le fait remarquer M. Demolombe, tout le monde sait qu'une maison diminue d'agrément et par suite de valeur locative ou vénale quand le nombre des étages en est augmenté. Toutes ces raisons nous font admettre avec cet auteur que, dans l'espèce considérée, les droits de propriétaire de l'étage ne sont pas assez forts pour triompher des principes de la communauté ou du moins pour les modifier.

Le propriétaire supérieur ne pourra donc élever sa maison d'un étage ; il ne pourrait d'ailleurs invoquer pour soutenir ce droit l'article 658 qui reconnaît au copropriétaire d'un mur mitoyen la faculté d'exhausser ce mur, et faire subir, même moyennant indemnité, cet exhaussement aux autres copropriétaires. L'article 658 est spécial à la matière de la mitoyenneté ; il est de droit étroit et doit être classé parmi les exceptions *quæ sunt strictissimæ interpretationis*.

Nous avons dit que les propriétaires des différents étages d'une maison sont copropriétaires du sol ; et nous concluons de là que tous les avantages qui sont attachés au sol seront partagés entre les communistes dans la même proportion que le sol lui-même. L'article 53 de la loi du 16 septembre 1807 et l'article 2 du décret du 26 mars 1852, donnent au propriétaire de la maison voisine d'un délaissé, à suite d'expropriation, le droit de préemption sur ce délaissé, et même si ce délaissé n'était pas suffisant pour établir une habitation salubre, l'administration municipale poursuivrait valablement l'expropriation de la maison voisine. Tous les copropriétaires pourront donc exercer le droit de préemption et profiter ainsi du délaissé en prolongeant horizontalement et jusqu'à l'alignement les étages dont ils sont propriétaires. Si l'un des conjoints, par exemple celui qui occupe le rez-de-chaussée veut seul se rendre acquéreur du délaissé, il a été jugé que les tribunaux, sauvegardant les intérêts des communistes, pourraient s'opposer à ce qu'il élevât sur le délaissé un bâtiment qui dépassât le sol du premier étage (1). Mais il faudrait se garder de reconnaître ce pouvoir aux tribunaux, s'il s'agissait pour le propriétaire du rez-de-chaussée de construire sur un terrain qui lui appartient en propre ; car il n'existe aucune servitude légale *non altius tollendi* et nous rentrons ici sous l'empire du droit commun.

Si l'expropriation pour le percement d'une voie pu-

(1) Cass., 22 août 1860 (Sir., 61, 1, 81).

blique enlevait une partie de la maison, l'indemnité accordée en pareil cas se diviserait entre tous les copropriétaires proportionnellement à la valeur de leurs étages.

La voie publique nouvelle peut être construite sur des chaussées assez élevées pour enterrer en quelque sorte le rez-de-chaussée de la maison ; le propriétaire du rez-de-chaussée aurait-il le droit d'obtenir l'élévation de son plancher de manière à se mettre au niveau de la chaussée ? Nous ne le pensons pas ; sur quoi en effet basera-t-il son droit à obliger ainsi ses consorts d'élever chacun son étage ? Si la voie publique lui occasionne des dommages particuliers, ce n'est pas aux autres communistes qu'il doit s'en prendre mais à l'administration qui a fait faire la route (1).

Supposons maintenant que la maison ait été détruite par force majeure ou par cas fortuit. Quelle sera la situation des communistes ? Le simple bon sens décide qu'il ne peut plus être question de leurs droits sur une maison qui n'existe plus ; ils étaient copropriétaires de la maison sans être le moins du monde engagés personnellement à la maintenir en bon état de construction. La chute de la maison arrive ; ils sont tous mis dans la position du propriétaire d'une maison écroulée ; ils sont copropriétaires des matériaux et du sol, c'est-à-dire que leur indivision forcée se transforme en communauté ordinaire, et chacun des copropriétaires a le droit d'en sortir par le partage ou la licitation. M. De-

(1) Caen, 23 novembre 1848.

molombe (1) défend cette opinion, et c'est en vain qu'on essaie de la critiquer. Quelques jurisconsultes, suivant la doctrine de Duranton (2), ont affirmé que si tous les copropriétaires n'étaient pas d'accord pour liciter le sol et les matériaux, la majorité pouvait faire la loi à la minorité ou la forcer à abandonner ses droits; c'est bien là qu'il faut en venir si l'on prétend que les copropriétaires peuvent imposer l'option à l'un des leurs. Mais de quelle majorité s'agit-il ici? Majorité de nombre ou d'intérêts? Où a-t-on trouvé ce droit exorbitant qui est une véritable expropriation pour cause d'utilité privée? Par la destruction de l'édifice, chacun est libéré des liens accidentels qu'avait fait naître la copropriété de la maison, et les règles ordinaires sont remises en vigueur. On nous objecterait inutilement l'article 655 qui d'abord est spécial à la mitoyenneté et qui ensuite a dans la nécessité du mur mitoyen des raisons que l'on ne trouve pas pour un édifice privé. La construction d'un édifice privé n'est nullement nécessaire, et, même le serait-elle, la licitation du sol et des matériaux, au lieu de l'empêcher, ne ferait que dissiper les embarras ordinaires de la communauté et faciliter l'entreprise.

Aucune difficulté ne se présenterait évidemment si tous consentaient à la licitation ou à la reconstruction. Alors le produit de la vente ou les dépenses de réédification se répartiraient en raison de la valeur respective des étages de la maison démolie.

(1) Demolombe, XI, 440. — Aubry et Rau, II, p. 417.

(2) Duranton, V, 347.

Examinons maintenant plus spécialement quelles sont les charges qui incombent aux propriétaires des différents étages d'une maison.

Pour les obligations comme pour les droits des copropriétaires, l'article 664 interprète la volonté des parties; si dans la répartition qu'il fait des diverses charges, il ne suit pas les règles que semble imposer une théorie rigoureusement équitable, c'est à cause des difficultés pratiques que présente toute autre détermination

Les gros murs et le toit, ainsi que toutes les parties du bâtiment qui servent à l'usage commun de tous les copropriétaires, sont mis à leurs frais communs par l'article 664 convenablement étendu en dehors des cas prévus. Chaque communiste devra contribuer à leurs réparations et reconstructions, en proportion de la valeur de son étage. On a pensé qu'il serait moins difficile d'établir ainsi la participation de chacun aux dépenses qu'en ayant égard au nombre des personnes habitant la maison, ou bien au plus ou moins d'usage que chaque copropriétaire peut faire de la chose commune : on conçoit en effet tout l'arbitraire qui aurait pu résulter de ces modes d'appréciation.

Si, parmi les choses qui sont considérées comme indivises entre tous les comuniers, il en était qui ne fussent utiles qu'à quelques-uns d'entre eux, il faudrait ne les mettre qu'à leur charge. Ainsi il a été jugé qu'un toit servant d'abri à un escalier extérieur qui conduit seulement à quelques-uns des étages ne serait

réparé ou reconstruit que par les copropriétaires qui en profitent (1).

L'escalier de la cave ne sera entretenu que par les communistes qui s'en servent; le plancher du galetas par ceux qui ont le droit d'y déposer des objets à eux appartenant. Par la même raison, il faut décider que si la maison est sans galetas, c'est-à-dire que le toit soit placé immédiatement au-dessus du plancher du dernier étage, ce plancher n'offrant d'utilité que pour le propriétaire de cet étage, restera à ses frais. Dans un autre système, qui est celui de Pardessus, il faudrait dire que ce plancher fait partie du toit et est ainsi à la charge de tous. Nous voulons bien que la charpente soit une portion du toit, mais il nous semble difficile d'étendre cette solution au plancher du dernier étage.

Des discussions se sont élevées au sujet des voûtes de caves. Les uns les considèrent comme le plancher du rez-de-chaussée et en imposent la réparation au propriétaire qui marche sur ce plancher. D'autres, comme Pardessus, Delvincourt, Toullier, demandent qu'elles soient établies à frais communs. D'autres, enfin, comme M. Demolombe, veulent que ceux-là seuls contribuent à les entretenir qui se serviront de la cave. Ces deux dernières opinions se confondent pratiquement l'une dans l'autre, car il arrive le plus souvent que la cave est divisée entre tous les copropriétaires. Quand la voûte de la cave assurera la solidité de l'édi-

(1) Toullier, tome III, p. 224.

fi ce nous sommes d'avis, et peu de jurisconsultes nous contrediront là-dessus, que tous les communistes en aient la charge ; mais s'il s'agit d'une voûte qui n'a pas ce but, dans le silence de la loi nous voudrions que l'on considérât l'utilité que chacun en retire. Nous ne pouvons pas admettre avec Duranton qu'il faille voir ici simplement le plancher du rez-de-chaussée ; le législateur ne nous paraît pas avoir voulu renfermer ce cas dans les termes de l'article 664 ; d'autre part nous croyons injuste d'admettre que le propriétaire du rez-de-chaussée qui n'aurait pas sa part de la cave fut dispensé de toute contribution, ou bien que ce même propriétaire qui aurait comme tout autre une portion de cave, ne fût pas plus fortement tenu que tout autre aux charges de la voûte, car il se sert de cette voûte comme voûte et comme plancher. Il y aura, selon nous, à faire entrer ces considérations dans la ventilation qui sera faite pour la répartition des frais.

Le propriétaire de chaque étage fait donc le plancher sur lequel il marche ; le propriétaire du premier étage fait l'escalier qui y conduit ; le propriétaire du second étage fait, à partir du premier, l'escalier qui conduit chez lui, et ainsi de suite.

Quant au plancher que doit faire le propriétaire de chaque étage, on n'est pas tenu de mettre ce plancher dans l'état où il était auparavant, avec le plafond et les ornements qui pouvaient se trouver au-dessous ; tout cela est un accessoire du plancher qui reste à la charge du propriétaire de l'étage inférieur. Cependant il ne faudrait pas croire qu'il fût permis à l'un des con-

sorts de reconstruire son plancher quand il le voudrait sans aucun égard pour les plafonds des communistes qui sont au-dessous de lui; pour qu'il n'ait à répondre à aucune demande en indemnité, la réparation aura dû être rendue nécessaire par le mauvais état du plancher.

Les impôts qui frappent la maison se répartiront aisément d'après les principes qui ont été exposés. Ceux qui se rapportent aux choses communes sont communs. La fraction de l'impôt qui frappe la maison considérée comme immeuble, se partagera entre copropriétaires dans la proportion indiquée par l'article 664; il en est de même de la porte cochère, des fenêtres qui serviront à l'usage de tous. Pour les fenêtres correspondant à chaque étage, comme pour le mobilier qui s'y trouve, le propriétaire de cet étage en est responsable devant le fisc.

Pour opérer cette distribution des frais, on fera une ventilation de la maison, de manière à fixer la valeur relative des différents étages; il va sans dire que cette estimation devra se faire en considérant les appartements comme nus, indépendamment de leur valeur locative, qui ne regarde que les copropriétaires de chaque étage particulier.

Encore ici il faut admettre qu'on pourra se dégager des obligations qu'entraîne la communauté par l'abandon de l'étage, sauf cependant les restrictions qu'avec Toullier nous avons apportées à cette doctrine.

— 130 —

DROIT CIVIL

## POSITIONS

---

### DROIT ROMAIN

- 1° L'accession n'était pas classée, en Droit romain, parmi les modes d'acquisition de la propriété.
- 2° La tradition translatrice de propriété peut être faite à l'esclave au profit du maître, *etiam invito et ignorante domino*, mais non la tradition translatrice de la possession *ad usucapionem* ou *ad interdicta*.
- 3° Le mandataire, à l'époque classique, est tenu de la *culpa lata* seule ; sous les constitutions impériales, il est tenu de la *culpa levis in abstracto*.
- 4° L'erreur de droit, comme l'erreur de fait, peut servir de fondement à la répétition de l'indu.
- 5° Celui qui intente l'action confessoire doit prouver son droit à la servitude, sans qu'on doive distinguer entre le cas où il possède et celui où il ne possède pas.

### ANCIEN DROIT FRANÇAIS

- 1° La puissance maritale, telle qu'elle est réglementée par le Code Civil, a son origine dans le *Mundium* germanique.
- 2° La loi des Francs Ripuaires avait déjà été rédigée avant le règne de Dagobert ; la première rédaction en avait eu lieu en Gaule.
- 3° C'est le Droit germanique qui prédomine dans les coutumiers français.

## DROIT CIVIL

- 1° Les juges français peuvent refuser l'exécution parée aux jugements rendus en pays étranger, mais ils n'ont pas le droit de les réviser.
- 2° La loi donne faussement le nom de *privilege* au bénéfice de la séparation des patrimoines.
- 3° La femme, mariée sous le régime dotal, peut renoncer, au profit des tiers, à l'hypothèque légale qu'elle a contre son mari pour garantir la restitution de sa dot mobilière.
- 4° L'exercice du droit de rétention n'est pas limité aux cas spécialement énoncés dans le Code.
- 5° L'article 2203 du Code Civil ne s'applique pas à la copropriété d'un immeuble particulier.

## PROCÉDURE CIVILE

- 1° On peut devant le juge de paix, et sous forme de demande reconventionnelle, opposer en compensation, comme moyen de défense, une créance non contestée, quel que soit le montant de cette créance.
- 2° Le riverain qui absorbe toute l'eau d'un ruisseau et qui en a joui pendant un an ne peut intenter l'action possessoire contre un autre riverain qui réclame sa part de jouissance.
- 3° La possession annale n'est pas nécessaire pour qu'on puisse intenter la réintégration.

## DROIT CRIMINEL

- 1° La contrainte par corps, telle qu'elle existe actuellement dans notre droit, n'est d'une manière absolue ni une simple voie d'exécution ni une peine, elle tient de l'une et de l'autre.

- 2° L'individu traduit en cour d'assises pour crime de bigamie, et qui oppose la nullité ou l'annulabilité de son premier mariage, pourra demander son renvoi devant le tribunal civil pour qu'il soit statué sur ce premier mariage.
- 3° Le décime et le double décime, qui s'ajoutent à l'amende en vertu des lois fiscales, doivent être regardés comme faisant partie de l'amende elle-même.

### **DROIT COMMERCIAL**

- 1° Quand une affaire se traite par correspondance, il n'est pas nécessaire, comme en Droit civil, que la partie qui fait les offres ait connu l'acceptation de l'autre pour que le contrat soit formé; il suffit que l'acceptation ait eu lieu avant la rétractation des offres.
- 2° Les indemnités dues pour fait volontaire ou pour imprudence par un individu à un autre avec lequel il est en compte-courant n'entrent pas dans ce compte-courant.
- 3° Les règles admises par le Droit civil en matière de cession des créances ne sont pas applicables en général à la négociation d'une lettre de change.

### **DROIT ADMINISTRATIF**

- 1° Pour qu'une chose cesse d'être affectée au domaine public, il suffit d'une simple déclaration du pouvoir exécutif.
- 2° Si le maire refuse d'exécuter la délibération prise par le conseil municipal, le préfet peut y procéder d'office par lui-même ou par un délégué spécial.
- 3° Le maire peut légalement fixer les jours d'ouverture des vendanges, mais non ceux de la moisson, de la fauchaison, etc.

### **DROIT DES GENS**

- 1° L'extradé ne peut jamais être jugé pour un autre crime que celui pour lequel il a subi l'extradition.

- 2° La navigation maritime est libre, et tout navire, en pleine mer, n'est soumis qu'à sa loi nationale.
- 3° Le bombardement d'une ville fortifiée ne doit être dirigé que sur les ouvrages de défense.

### ÉCONOMIE POLITIQUE

- 4° L'impôt progressif soumis à une loi mathématique et continue de progression amène à des résultats absurdes : l'établissement d'un maximum conduit à l'arbitraire.
- 2° La compagnie concessionnaire d'un chemin de fer ne peut concéder hypothèque sur son droit de concession.
- 3° La déclaration d'utilité publique d'un chemin de fer d'intérêt local faite par un conseil général ne s'impose pas à l'Etat qui reste maître de l'approuver ou de l'improver.

---

Cette thèse sera soutenue en séance publique, le 7 avril 1876, dans une des salles de la Faculté de droit de Toulouse.

Vu par le président de la Thèse,  
**Gustave BRESSOLLES.**

Vu par le Doyen de la Faculté de Droit,  
Toulouse, le 14 mars 1876.

**DUFOUR.**

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Toulouse, le 14 mars 1876.

Le Recteur,

**Ch. DREYSS.**

## TABLE DES MATIERES

---

	Pages
INTRODUCTION.....	5

### DROIT ROMAIN

Division du sujet.....	9
CHAPITRE I. — DU QUASI-CONTRAT DE COMMUNAUTÉ : SES ORIGINES. 11	11
Distinction d'avec la société. — Diverses origines; de la confusion comme origine de la communauté.	
CHAPITRE II. — OBLIGATIONS QUI RÉSULTENT DU QUASI-CONTRAT DE COMMUNAUTÉ ET CONDITIONS DANS LESQUELLES ELLES SE PRODUISENT. 15	15
Analogie du quasi-contrat de communauté avec celui de gestion d'affaires. — Obligations de payer les dépenses, de restituer les fruits, etc. — Quand ces obligations existeront-elles? — Responsabilité du communiste.	
CHAPITRE III. — DES DROITS DES COMMUNISTES..... 25	25
Droit au partage; effet translatif de propriété du partage; restrictions à la faculté de le demander. — Indivision forcée. — Constitution de servitude sur le fonds commun ou au profit de ce fonds.	
CHAPITRE IV. — ACTION COMMUNI DIVIDUNDO..... 37	37
Nature de cette action; sa forme. — Pouvoirs du juge. — <i>Adjudicatio</i> . — Par qui et contre qui cette action peut être intentée. Action <i>directe</i> ; action <i>utile</i> .	
CHAPITRE V. — DE L'ESCLAVE COMMUN..... 64	64
Esclave indivis entre plusieurs maîtres. — Stipulations, acquisitions de propriété ou de possession faites par l'esclave indivis. — Obligations contractées.	

Du *servus publicus* : Comment on devenait *servus publicus*.  
— Il est dans certains cas considéré comme indivis entre les  
citoyens.

**DROIT FRANÇAIS**

INTRODUCTION ET DIVISION DU SUJET.....	79
CHAPITRE I. — ORIGINE ET NATURE DU QUASI-CONTRAT DE COMMUNAUTÉ.....	82
Copropriété romaine, copropriété germanique. — <i>Indivision forcée</i> ou <i>servitude d'indivision</i> : examen de ces deux dénominations.	
CHAPITRE II. — DES DROITS DES COMMUNISTES.....	87
§ 1. — Droits qui concernent le partage : — Droit au partage ; conventions ou prohibitions restrictives de ce droit. — Effet du partage. — Qui peut exercer l'action en partage ? Contre qui ? — Biens indivis entre plusieurs communes. — Imprescriptibilité de l'action en partage.	
§ 2. — Droits relatifs à l'aliénation directe ou indirecte de tout ou partie de l'objet commun : — Aliénation, hypothèque. — Constitution de servitude sur le fonds indivis ou au profit de ce fonds.....	430
§ 3. — Droits qui ont trait à l'administration et à la jouissance de la chose commune : De quelques distinctions à établir entre l'indivision ordinaire et l'indivision forcée; — Location de la chose commune. — Troubles apportés à la jouissance commune. Chemins communs servant à l'exploitation.....	441
CHAPITRE III. — DES CHARGES DE LA COMMUNAUTÉ.....	461
Restitution des fruits ; dépenses d'entretien ; comment on peut se dégager des charges de la communauté.	
APPENDICE.....	464
Explication de l'article 664 du Code Civil relatif au cas où plusieurs individus sont propriétaires des divers étages d'une maison.	

