Traité du droit de succession, par J.-B.-A. Hureaux,...

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

Hureaux, Jean-Baptiste-Auguste. Traité du droit de succession, par J.-B.-A. Hureaux,.... 1868.

1/ Les contenus accessibles sur le site Gallica sont pour la plupart des reproductions numériques d'oeuvres tombées dans le domaine public provenant des collections de la BnF.Leur réutilisation s'inscrit dans le cadre de la loi n°78-753 du 17 juillet 1978 :
 *La réutilisation non commerciale de ces contenus est libre et gratuite dans le respect de la législation en vigueur et notamment du maintien de la mention de source.
 *La réutilisation commerciale de ces contenus est payante et fait l'objet d'une licence. Est entendue par réutilisation commerciale la revente de contenus sous forme de produits élaborés ou de fourniture de service.

Cliquer ici pour accéder aux tarifs et à la licence

2/ Les contenus de Gallica sont la propriété de la BnF au sens de l'article L.2112-1 du code général de la propriété des personnes publiques.

3/ Quelques contenus sont soumis à un régime de réutilisation particulier. Il s'agit :

 *des reproductions de documents protégés par un droit d'auteur appartenant à un tiers. Ces documents ne peuvent être réutilisés, sauf dans le cadre de la copie privée, sans l'autorisation préalable du titulaire des droits.
 *des reproductions de documents conservés dans les bibliothèques ou autres institutions partenaires. Ceux-ci sont signalés par la mention Source gallica.BnF.fr / Bibliothèque municipale de ... (ou autre partenaire). L'utilisateur est invité à s'informer auprès de ces bibliothèques de leurs conditions de réutilisation.

4/ Gallica constitue une base de données, dont la BnF est le producteur, protégée au sens des articles L341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle.

5/ Les présentes conditions d'utilisation des contenus de Gallica sont régies par la loi française. En cas de réutilisation prévue dans un autre pays, il appartient à chaque utilisateur de vérifier la conformité de son projet avec le droit de ce pays.

6/ L'utilisateur s'engage à respecter les présentes conditions d'utilisation ainsi que la législation en vigueur, notamment en matière de propriété intellectuelle. En cas de non respect de ces dispositions, il est notamment passible d'une amende prévue par la loi du 17 juillet 1978.

7/ Pour obtenir un document de Gallica en haute définition, contacter reutilisation@bnf.fr.

Source gallica.bnf.fr / Bibliothèque nationale de France

36616

BIBLIOTHÈQUE IMPÉRIALE

TRAITÉ

DU

DROIT DE SUCCESSION

CHARLEVILLE, TYP. ET LITH. DE A. POUILLARD.

C.

BIBLIOTHÈQUE IMPÉRIALE

TRAITÉ

DU

DROIT DE SUCCESSION

PAR

J.-B.-A. HUREAUX

VICE-PRÉSIDENT AU TRIBUNAL CIVIL
de Charleville.

TOME III

PARIS
A. MARESCQ AINÉ, Libraire Editeur,
rue Soufflot, n° 17.

CHARLEVILLE
GUSTAVE LETELLIER, Libraire,
rue Napoléon, n° 12.

1868

1867

ÉTUDE V

DES EFFETS DE L'ACQUISITION DE L'HÉRÉDITÉ.

1. — Méthode. — Nous avons vu précédemment ce que c'est que la saisine des héritiers légitimes, quels sont ceux qui en profitent et quels sont ceux qui ne peuvent en revendiquer les bénéfices. Nous nous sommes ensuite occupé de la fixation et des effets des différents régimes successifs... ; nous avons maintenant à rechercher quels sont les effets de *l'hérédité acquise* activement et passivement par la saisine et par l'acceptation réunies, et quels sont les moyens sanctionnateurs qui appartiennent aux héritiers pour poursuivre et faire respecter les droits attachés à leur qualité de représentants du défunt.

Nous diviserons cette étude en deux chapitres. Dans

le premier, nous traiterons des avantages et des inconvénients attachés à l'acquisition de l'hérédité, et dans *le second*, des moyens légaux mis à la disposition de l'héritier pour qu'il puisse poursuivre et faire respecter son droit de succession.

CHAPITRE Ier

L'héritier profite de tous les avantages de l'universalité juridique, et il en subit tous les inconvénients.

1 *bis*. — Méthode. — Ce chapitre sera divisé en deux sections.

Dans *la première*, nous traiterons des avantages que l'hérédité présente, et dans *la seconde*, des inconvénients qui en sont la suite.

SECTION Ire.

L'héritier profite de tous les avantages que présente l'hérédité.

SOMMAIRE.

2. — Trois catégories d'avantages.

3. — A. *Première catégorie*. Elle se compose de tout ce que le défunt laisse à son décès.

4. — Exceptions relatives aux droits spécialement attachés à la personne.

5. — B. *Deuxième catégorie*. Des augmentations survenues depuis le décès jusqu'au partage.

6. — Du compte à rendre par le gérant de la succession depuis son ouverture.

7. — C. *Troisième catégorie*. De l'accroissement entre cohéritiers dont les uns acceptent, tandis que les autres renoncent.

---

2. — Les avantages que l'hérédité présente peuvent se diviser en trois catégories :

3. — A. — La *première catégorie* comprend tout ce que le défunt a eu pendant sa vie et qu'il a laissé à son décès.

A cette catégorie appartiennent :

1° La *propriété* de tous et de chacun des biens formant le patrimoine du *de cujus* au moment de sa mort : ce qui comprend les successions dont il s'est trouvé légalement saisi, *même sans le savoir* (1).

Il est évident que l'héritier succède aux choses héréditaires. D'après les principes particuliers à la loi française, son droit n'est soumis à aucune appréhension de fait. Il en est donc investi, activement *de plano* par

(1) Cod. Nap., art. 724. En droit romain, il n'en était pas de même si ce n'est dans les cas *de transmission du droit d'adition*. Voy. MACKELDEY, § 691.

l'art. 724 du Code Napoléon. Lorsqu'il vient ensuite exercer ce droit et se mettre en possession réelle des biens qui lui sont transmis, il n'acquiert rien de nouveau, puisqu'il a déjà acquis, même sans le savoir, par l'effet de la saisine légale; mais il confirme la saisine active et il rend *irrévocable* l'état de choses préexistant;

2° *Les droits sur la chose d'autrui* que les Romains appelaient *jura in re aliená*...

En effet, les droits distraits de la propriété intégrale sont régis *au fond* par les mêmes principes que la propriété elle-même. Si cette distraction existait au profit du défunt et si elle existe encore au profit de *l'universum jus* ou des biens qui le composent, le fonds d'autrui assujéti est l'esclave, le sujet passif de l'hérédité ou du fonds héréditaire. Par conséquent cet état de choses constitue *une valeur,* c'est-à-dire *un avantage* pour la succession et par suite pour l'héritier qui s'en trouve investi.

Les servitudes actives, les hypothèques simples et privilégiées, la possession, la rétention et tous les autres démembrements de la propriété transmis avec la chose, comme qualités ou accessoires de cette chose et qui ne s'éteignent pas avec le *de cujus,* passent donc à l'héritier comme étant le sujet actif qui les exerce à la place du défunt et de la même manière que lui (art. 723-724);

3° Les actions réelles et personnelles pures, les per-

sonnelles *ob rem*, les actions mixtes, les exceptions que le défunt aurait pu faire valoir de son vivant, pour repousser des prétentions étrangères et même les actions *pénales* qui lui appartenaient activement, sauf toutefois celles fondées sur *le jus ultionis* qui doivent être considérées comme s'étant éteintes avec lui, au moins sous certains rapports (1).

Les Romains résumaient toute cette théorie avec la profondeur qui les caractérisait, en disant : *hæreditas nihil aliud est quàm successio in universum jus quod defunctus habuit.*

4. — Il ne faut cependant pas conclure de là que tous les droits quelconques que le défunt a pu avoir, passent indistinctement à l'héritier et composent l'actif héréditaire. Il est *certains droits* qui périssent avec

(1) En droit romain une action pénale ne se donnait pas contre l'héritier de celui qui en aurait été passible, si ce n'est pourtant jusqu'à concurrence de ce dont le maléfice de son auteur l'avait enrichi : *hæc actio in hæredem et cæteros successores datur, duntaxat de eo quod ad eos pervenit.* (L. 17, § 1, ff. *De dolo malo.* GAÏUS, com. IV, § 112. *Instit. Just. de perpet. et tempor., act.* IV-12, § 1). L'action *damni injuriâ dati* de la loi *Aquilia* ne pouvait s'intenter utilement contre les héritiers du délinquant même à titre de dommages et intérêts. Dans notre droit, il n'en est pas de même et nous pensons qu'une action en dommages et intérêts pourrait être exercée contre les héritiers du délinquant en réparation du préjudice qui aurait pu être causé : nous n'avons pas de texte qui limite sous ce rapport la disposition générale de l'art. 1382. La question de savoir si une diffamation envers une personne décédée donne lieu à une action au profit des héritiers du défunt est très-controversée dans notre jurisprudence. Voy. Cass., 24 mai 1860. (DEVILL., 1860, I-657 et la note de l'arrêtiste). Mais voy. la dissertation de M. GELLE, dans le *Journal du Palais*, 1860, pag. 596, et M. FAUSTIN HÉLIE, *de l'Instruction criminelle*, tom. II, § 115, pag. 309 et suiv.

nous. Ce sont ceux que la loi considère comme essentiellemement liés à l'existence de la personne et qui par conséquent s'évanouissent avec elle.

Dans cette classe viennent se grouper notamment *les servitudes personnelles*, c'est-à-dire l'usufruit, l'usage et l'habitation. La propriété n'était démembrée qu'au profit de telle personne déterminée. Si le subjectif vient à disparaître, l'objectif disparaît nécessairement, en ce qui touche le profit qu'en aurait pu tirer l'hérédité. Mais ce profit n'est pas pour cela perdu pour tout le monde ; car le maître de la chose rentre dans sa propriété intégrale qui se trouve, à l'extinction de ces sortes de servitudes, n'avoir été qu'accidentellement démembrée.

Les droits moraux ne font pas non plus partie du patrimoine héréditaire. Le pouvoir marital, la puissance paternelle, le droit d'émancipation et autres semblables périssent avec nous. Ce sont des droits inséparables de la *qualité et de la personne*.

Enfin, *l'action d'injure* s'éteint aussi, en général, avec la personne offensée. En principe, le *jus ultionis* n'est pas transmissible. Celui qui, de son vivant, ne s'est pas adressé à la justice compétente pour obtenir une réparation est censé avoir pardonné. Ce principe admis autrefois (1), existe encore aujourd'hui d'après

(1) Inst. Just. *De peren. et temporal act.* tit. XII. *De injur*, § 12, et à cet

notre manière de voir, quoique d'une manière moins absolue que dans le droit romain.

Il est vrai qu'on objecte que les héritiers du donateur ont sous le Code Napoléon, dans certaines limites, l'action en révocation pour cause d'ingratitude (article 957) et qu'ils peuvent aussi demander la révocation d'un legs pour injure grave faite à la mémoire du testateur (art. 1047).

Mais cette objection ne porte pas sérieusement atteinte au principe ci-dessus posé. Car, au cas de l'art. 957, ce n'est pas le droit résultant *du jus ultionis* qui passe à l'héritier, mais simplement celui qui naît du contrat judiciaire qui s'est trouvé lié dans l'hypothèse de cet article et qui engendre *l'obligation judicati*. Il y a au profit de l'héritier du donateur contre celui du donataire une obligation contractée sous la condition, *si l'action réussit* : obligation qu'un désistement pourrait seul éteindre. La disposition finale de cet art. 957 est une exception à la règle dans un cas tout spécial. Il ne faut pas en conclure que dans notre droit *le jus ultionis* est en général transmissible par succession.

Dans l'hypothèse de l'art. 1047, le fait qui en-

égard, L. 17, § 1, ff. *De dolo malo*. La condamnation est différente, suivant qu'elle est poursuivie contre l'auteur du méfait ou contre ses héritiers. Voy. la restriction de la loi 157, § 2, ff. *De regulis juris* en matière de dol, dans l'exécution de l'obligation contractée par le débiteur.

gendre le droit des héritiers de poursuivre la réparation du délit dans l'année du jour où il a été commis étant *postérieur au décès*, il n'y a pas eu transmission *du jus ultionis*. Nous croyons donc que dans *notre droit* tout aussi bien qu'à Rome, quoique peut-être d'une manière *moins absolue, le jus ultionis* n'est pas en général transmissible. Cette décision nous semble commandée par l'esprit du christianisme qui prescrit le pardon des offenses (1).

5. — B. — *La seconde catégorie* des avantages de l'hérédité se compose de tout ce qui est venu augmenter la succession depuis le décès jusqu'au partage. Nous savons, en effet, que l'hérédité est susceptible d'augmentation et de diminution (2). Or, l'augmentation dont il est ici question peut provenir des trois causes suivantes :

1° De l'accession *(lato sensu)*: ce qui comprend l'alluvion, les produits des biens héréditaires non encore détachés du sol et généralement tout ce qui est immobilisé par nature ou par incorporation (3). Bien que les restrictions que souffre parfois la règle ancienne *fructus augent hæreditatem* dans nos lois actuelles modifient dans certains cas les conséquences de la théorie

(1) Voy. loi du 26 mai 1819, art. 5.

(2) *Suprà*, tom. I, n° 44. Voy. pourtant DUTRUC, *du Partage*, n° 429 *bis*.

(3) Cod. Nap., art. 551-556-520.

romaine, cette règle doit être encore suivie aujourd'hui en ce qui touche les fruits perçus depuis le décès jusqu'au partage, lorsqu'il s'agit de composer la masse partageable entre les co-héritiers (1);

2° L'usucapion commencée utilement par le défunt et qui se consomme dans le temps intermédiaire au profit de la succession, sans même que les héritiers le sachent...;

3° Et l'action que les héritiers acceptants peuvent exercer contre celui qui a administré l'universalité juridique *medio tempore*, soit qu'il ait géré les affaires de la succession spontanément pour rendre service aux héritiers connus ou inconnus, soit qu'il ait agi en qualité de gardien, de séquestre ou d'administrateur institué par la justice, soit enfin que l'un des habiles à hériter se soit chargé tant dans son intérêt que dans celui de ses co-successibles, de veiller à la conservation et à l'administration provisoire des biens héréditaires.

6. — Dans ces circonstances, un compte vient à faire entre les héritiers ou ceux qui les représentent, *d'une part*, et le gérant, *de l'autre*. Le reliquat actif de ce compte augmente la masse de la succession, si plus tard elle est soumise au régime de séparation collective ou à celui d'administration comptable.

(1) *Infrà*, tom. IV, n° 129.

Nous faisons cette restriction, parce que ce sont les seuls régimes dans lesquels la succession reste debout *(stricto sensu)* comme universalité juridique distincte du patrimoine particulier des héritiers saisis. Mais si l'hérédité est acceptée purement et simplement, la saisine confirmée par l'acceptation pure et simple opère irrévocablement *ipso jure* au moment même du décès la confusion juridique des patrimoines, et par conséquent le reliquat du compte du gérant, comprenant outre les valeurs qui existaient au moment du décès celles qui ont pris naissance à une époque postérieure par suite de son administration, ne vient pas à vrai dire augmenter la succession qui n'existe plus distincte des patrimoines particuliers des héritiers, mais bien la masse intellectuellement confuse du patrimoine du défunt et de ceux de ses représentants, quoi qu'il puisse souvent arriver en fait que les biens ne soient pas encore matériellement confondus.

Ainsi, dans les cas qui nous occupent, le gérant n'est pas, à proprement parler, le débiteur de la succession acceptée purement et simplement, mais plutôt *des héritiers acceptants* (1), et sa dette constitue au profit de chacun d'eux, une créance ordinaire qui se divise de plein droit, suivant leurs parts héréditaires (art. 1220) : de telle sorte que si l'un des héritiers avait reçu sa

(1) *Hæreditas adita jàm non est hæreditas, sed patrimonium hæredis.*

part, l'insolvabilité du gérant survenue ensuite, retomberait sur ses co-héritiers non encore désintéressés et ne serait pas une perte commune (1). Cela serait surtout incontestable *après le partage*. Mais il faut remarquer que le droit de prélèvement qui appartient à chaque co-héritier dans le compte des rapports, fait que, le plus souvent, la question n'a pas d'intérêt en pratique. Cependant si le débiteur insolvable avait absorbé sa part, et si le prélèvement était devenu impossible, il faudrait s'en tenir aux conséquences du principe de la division (art. 1220).

Cette observation a la plus haute importance pour le règlement du sort des créanciers des deux patrimoines. Le lecteur se rappelle que, d'après le système *de confusion restreinte* que nous avons exposé (2), tous les créanciers du défunt et de l'héritier se confondent au cas d'acceptation pure et simple, sauf les priviléges des art. 878, 880, 2111 et 2113 du Code Napoléon accordés à ceux qui ont commencé par être les créanciers du *de cujus*, et que ces derniers n'acquièrent et ne peuvent exercer leurs causes de préférence que sur ce qui forme précisément *l'actif héréditaire* au moment même du décès, comme aussi sur ce qui vient s'y adjoindre en s'immobilisant par nature ou par incorpo-

(1) Arg. des art. 724, 1217, 1197 du Code Napoléon.

(2) *Traité de la séparation des patrimoines*, nos 268, 346, 347.

ration (art. 2133). Mais nous ne pensons pas que les créanciers originaires du défunt puissent exercer leur privilége sur celles des valeurs qui n'ont pris naissance qu'après le décès, par exemple, sur les fruits produits par les immeubles, non plus que sur les intérêts des capitaux de la succession courus depuis son ouverture.

Ces sortes de valeurs ne sont pas *héréditaires* à leur égard, lorsqu'ils se trouvent en conflit avec les créanciers des héritiers. Il en est autrement des fruits pendants par racines, et des intérêts échus au moment du décès, comme aussi du produit des ventes mobilières et immobilières des biens laissés par le défunt.

7. — C. — *La troisième catégorie* des avantages de l'hérédité se compose de ce qui vient s'y réunir après l'acceptation.

C'est ici que se place l'accroissement actif entre cohéritiers. Toutefois, comme cet événement fait aussi partie de l'hérédité passive, et comme il constitue moins une adjonction à la portion de l'hérédité qui en profite qu'un *non-décroissement* de la succession acceptée par l'un des héritiers et considérée comme droit universel indivisible, nous ne le rappelons ici que pour *ordre,* en notant cependant le principe fondamental sur lequel il repose, et qui consiste à dire : « Que le « profit qui résulte de la défaillance de l'un des succes- « sibles est corrélatif à la perte qui serait résultée de sa

« concurrence, et qu'il doit se distribuer suivant la « part héréditaire de chacun des acceptants (1). »

SECTION II.

L'héritier supporte tous les inconvénients de l'hérédité.

SOMMAIRE.

8. — De l'hérédité passive. *Méthode.*
9. — A. Des dettes et charges.
10. — I. Des dettes contractées par le défunt.
11. — Des dettes non transmissibles aux héritiers.
12. — Base sur laquelle repose l'obligation du paiement des dettes à la charge des héritiers.
13. — II. Des dettes contractées par l'hérédité après le décès.
14. — B. *Des legs.* Les héritiers n'en sont pas tenus *ultrà vires.*
15. — Pourquoi.
16. — Raisons tirées de la définition et de la nature du legs.
17. — Cas particuliers dans lesquels les héritiers seraient tenus des legs *ultrà vires.*
18. — C. Des charges de l'accroissement entre co-héritiers.

(1) Quidquid accressit pluribus qui suas partes acquisierint, placet accrescere *pro portionibus hæreditariis, non pro virilibus.* (Voy. DONEAU, Com. liv. VII, cap. 13, n° 26, et ALBAN D'HAUTHUILE, *Essai sur l'accroissement,* chap. IV, I. Voy. *Suprà,* tom. II, n^os^ 37 et 38).

19. — Méthode. Observations critiques sur la méthode suivie par les rédacteurs du Code en ce qui touche *l'obligation* et *la contribution aux dettes*.

20. — A. *De l'obligation aux dettes*. Notion de cet événement juridique.

21. — Dissentiment avec M. Bugnet sur l'interprétation de l'art. 873.

22. — La présence d'un légataire de quotité ou d'un autre successeur aux biens n'empêche pas les créanciers de pouvoir s'adresser à l'héritier légitime pour le tout.

23. — Expédient que M. Demante admet pour parer à l'inconvénient pouvant résulter de l'insolvabilité des légataires *per universitatem*.

24. — Résumé des principes précédemment posés, en ce qui touche *l'obligation* aux dettes.

25. — B. *De la contribution aux dettes*. Différence entre *l'obligation* et *la contribution* aux dettes.

26. — *Première hypothèse*. Du cas où la contribution aux dettes se confond avec l'obligation aux dettes.

27. — *Deuxième hypothèse*. Du cas où il y a concours des successeurs aux biens avec des héritiers légitimes.

28. — *Troisième hypothèse*. Du cas où un héritier a payé au-delà de sa part héréditaire. Moyens que la loi lui donne pour assurer l'efficacité de son recours.

29. — Du fractionnement de l'hypothèque au regard du garanti et de ses garants.

30. — Répartition de la part des contribuables insolvables.

31. — De la contribution applicable aux rentes perpé-

tuelles rachetables. *Première hypothèse* de l'art. 872 du Code Napoléon.

32. — *Deuxième hypothèse*. Moyens de sortir d'embarras quand le remboursement de la rente n'est pas possible.

33. — C. De l'effet envers l'héritier des titres exécutoires contre le défunt.

34. — *Quid*, en ce qui touche la succession aux biens ? Dissentiment avec M. Valette.

35. — 1° Le créancier du défunt peut obtenir un titre exécutoire après le décès ;
2° La contrainte par corps contre le défunt ne passe pas contre l'héritier ;
3° Le jugement obtenu avant le décès ne donne pas une hypothèque judiciaire sur les biens de l'héritier.

---

8. — *De l'hérédité passive. — Méthode.* — L'ensemble des inconvénients inhérents à l'acceptation de la succession, constitue ce qu'on appelle *l'hérédité passive*.

Nous avons vu précédemment que l'héritier n'est soumis aux conséquences de l'acquisition de l'hérédité, en ce qui touche *le passif*, que par un fait de sa volonté exprimée ou interprétée par la loi comme une acceptation pure et simple ; que cependant, il peut être poursuivi provisoirement par les créanciers de la succession et être mis en demeure de prendre un parti (1).

(1) *Suprà*, tom. II, nos 110 et suiv.

Nous avons vu également que s'il renonce valablement sur l'assignation qui lui est donnée, dans tous les cas, avant que la décision judiciaire qui l'a condamné en qualité d'héritier pur et simple, ait acquis l'autorité de la *chose jugée,* le droit du demandeur se borne à faire créer un curateur à la succession vacante, par cela seul qu'elle n'est pas réclamée (1).

Que si au contraire, l'habile à succéder déclare accepter, ou s'il se trouve dans l'un des cas où la loi interprète sa volonté comme une acceptation, il assume ou il est réputé assumer définitivement sur lui, tous les inconvénients attachés à l'hérédité passive en même temps qu'il profite de l'hérédité active (2). Or, l'hérédité passive se compose de trois espèces de charges ou d'inconvénients :

1° *Des dettes* que les Romains nommaient *æs alienum;*

2° *Des legs.*

3° *Et des charges inséparables de l'accroissement.*

Nous allons donc nous occuper de ces trois espèces d'inconvénients.

9. — A. — *Des dettes et charges.* — Le lien de droit qui résulte soit d'une convention, soit de tout autre événement susceptible de produire une obligation à notre profit, constitue ce que nous appelons une *créance.*

(1) *Suprà*, tom. II, n° 428.

(2) *Suprà*, tom. II, n°s 192-193.

La créance *(jus adversùs certam personam ut aliquid præstetur)* est, quant à son objet, ce que les autres nous doivent. Elle a pour corrélatif la dette. La dette *(officium aut vinculum juris personæ in personam)* est, quant à son objet, ce que nous devons aux autres. La dette héréditaire est donc ce que doit l'hérédité, ou l'héritier *en qualité d'héritier*.

Or, la dette héréditaire peut venir de deux sources, suivant qu'elle a été contractée par le défunt, ou que, ayant pris naissance après le décès, elle semble avoir été contractée par l'hérédité.

10. — I. *Des dettes contractées par le défunt.* — L'hérédité se diminue des dettes contractées par le défunt et des charges qui en sont inséparables. Toutes les fois que l'hérédité est *l'objectif* par rapport à un droit actif quelconque appartenant à autrui, il y a *passif* pour elle.

Si le passif est supérieur à l'actif laissé par le défunt, elle est dite *onéreuse (damnosa)*; si l'actif est supérieur au passif, elle est dite avantageuse *(lucrosa)*. L'héritier qui acquiert l'hérédité la prend telle qu'elle se trouve. Il contracte donc par son acquisition l'obligation d'acquitter le passif, alors même qu'il excèderait l'actif. C'est ce qu'on exprime en disant que l'héritier *continuant la personne du défunt* est tenu des dettes *etiam ultrà vires bonorum*.

Ainsi, l'héritier est *obligé* aux dettes contractées par

le défunt de la même manière que ce dernier l'aurait été s'il eut continué de vivre. Il peut être poursuivi au moyen de l'action personnelle par les créanciers du *de cujus*, et il doit répondre à la poursuite, puisque en acquérant l'hérédité, il assume sur lui toutes les conséquences de cette acquisition (1).

11. — Il est cependant certaines dettes du défunt qui s'éteignent avec lui, et qui par conséquent ne passent pas à l'héritier : par exemple, l'obligation qu'aurait prise le défunt de faire un tableau *par lui-même* et autres engagements de cette nature. Mais en général toutes les obligations qui concernent les biens, sont héréditairement *transmissibles*. Il n'y a qu'un très-petit nombre d'actions qui, spécialement attachées à la personne, ne se donnent pas contre les représentants du défunt. Les actions pénales appartiennent à cette catégorie en ce sens que les héritiers ne sont pas soumis à l'action pénale proprement dite, mais ils n'en sont pas moins tenus jusqu'à concurrence de ce dont le délit de leur auteur les a enrichis (2). Chez nous, la plupart des actions dont s'occupe le titre XII, § 1 du livre IV des Institutes de Justinien se donnent contre les héritiers : par exemple, l'action de dommage causé

(1) Cod. Nap., art. 724, 777, 797, 800. L. 20, § 4, ff. *De acquir. vel omitt. hæred.*, et L. 2 au Cod. *De hæredit. vel act. venditâ.*

(2) *Duntaxat de eo quod ad eum pervenit.* (L. 17, § 1, ff. *De dolo malo*, L. 26, *ib.* L. 52, ff. *De rei vindicat*).

à tort, *damni injuriâ dati legis Aquiliæ* et autres semblables. Chaque héritier est tenu pour sa part du dol du défunt (1).

12. — Nous disons donc que l'héritier ou les héritiers sont astreints *etiam ultrà vires* à payer celles des dettes contractées par leur auteur qui sont héréditairement transmissibles et qu'il importe peu, au point de vue du lien qui existe par suite de la fusion de la personne du *de cujus* dans celles de ses représentants légitimes, que l'hérédité soit ou non *solvable*.

Ce principe est fondé en équité et en raison, bien qu'on l'ait souvent attaqué comme injuste.

1° *En équité;* car succédant aux avantages, l'héritier doit succéder aux charges. La loi ne serait contraire à l'équité que si l'héritier pouvait profiter de l'hérédité active sans supporter les charges de l'hérédité passive, et réciproquement supporter les charges de l'hérédité passive sans profiter des avantages de l'hérédité active.

Nous savons que de pareils résultats *possibles* dans l'interprétation que la plupart de nos jurisconsultes donnent à l'art. 789 avec leur système de saisine absolue, ne le sont point dans notre théorie, puisque l'héritier saisi dans son intérêt, même sans le savoir, doit réclamer les bénéfices de la saisine active pour être

(2) Voy. sur ces principes LEBRUN, *Success.*, liv. II, chap. II, sect. 2, n° 42. COCHIN, *Plaidoyer* 65, tom. III, pag. 232, et à cette occasion LL. 15 et 42. *De rei vindicat*, et M. PELLAT, *ad hanc legem*, pag. 164 et 287.

chargé de l'hérédité passive, et que, s'il s'est abstenu utilement pendant trente ans sans que aucun des événements juridiques susceptibles de le faire considérer comme acceptant se soit produit, il devient *étranger à la succession* (1).

2° *En raison*, car il est nécessaire que le défunt ait autant que possible, un représentant physique qui continue sa personne *ergà omnes*.

Il n'est qu'un cas dans la matière qui nous occupe où le législateur s'est relâché de la règle; c'est celui où la succession est acceptée *sous bénéfice d'inventaire:* lequel bénéfice ne s'accorde qu'à certaines conditions et sous la protection de garanties destinées à sauvegarder tout à la fois les intérêts de l'héritier et ceux des créanciers du défunt. Nous nous sommes occupé de cette institution dans le chapitre III de notre quatrième étude; nous ne la rappelons ici que pour *ordre* (2).

13. — II. *Des dettes contractées par l'hérédité.* — Outre les dettes contractées par le défunt pendant sa vie et qu'il a laissées à son décès, il en est d'autres comme les frais funéraires, les frais de scellé et d'inventaire qui ne prennent naissance qu'à une époque postérieure et que l'on doit cependant considérer

(1) *Suprà*, tom. I, n° 102 et les arrêts qui y sont cités.

(2) *Suprà*, tom. II, n°s 242 et suiv.

comme faisant partie de l'hérédité passive, ou plutôt *du passif de l'hérédité*. Ce sont les obligations *quæ ab hærede cæperunt ex hæreditariâ causâ* (1).

En principe et comme conséquence de la saisine confirmée par l'acceptation, la confusion des patrimoines s'opère en droit, au moment même de l'ouverture de la succession, sauf un bénéfice accordé aux créanciers héréditaires dans le but de les protéger contre les suites de la transmission du patrimoine du défunt désormais confondu avec celui de l'héritier (Cod. Nap., art. 878, 880, 2111 et 2113). Il semble dès lors que l'hérédité ne devrait recevoir ou subir aucune augmentation ou diminution à raison de faits postérieurs au décès, puisque à partir de cette époque les héritiers sont, par les effets de la saisine et de l'acceptation, censés avoir succédé immédiatement aux droits actifs et aux charges passives du défunt chacun pour sa part héréditaire : d'où la conséquence qu'il n'a pas existé, à proprement parler, de *jacens hæreditas* dans le temps intermédiaire. Mais quelques fictions que l'on se fasse, il faut toujours compter en définitive avec le fait matériel. Or, du décès à l'acceptation et de l'acceptation au partage, il y a un trait de temps pendant lequel l'hérédité non encore appréhendée réellement ou divisément demande un administrateur quelconque.

(1) L. 40, ff. *De oblig. et act.*

Ordinairement ce sont les habiles à succéder eux-mêmes ou quelques-uns d'entre eux qui se chargent de cette administration provisoire. Il peut se faire aussi que les successibles ne se présentent pas, qu'ils soient inconnus ou que, étant connus, ils gardent le silence en prétendant s'abstenir tant qu'on ne viendra pas les forclôre judiciairement de leur droit d'abstension. L'hérédité reste alors *jacente de fait* pendant un temps plus ou moins long, quoique en droit elle ait toujours *un maître* d'après la loi française, sinon comme successeur à la personne du défunt au moins comme successeur à ses biens, puisque à défaut de successibles réguliers et d'autres successeurs irréguliers la succession est acquise à l'État (Cod. Nap., art. 768).

Dans ces hypothèses, celui qui a géré les biens héréditaires soit de son propre mouvement, soit avec l'autorisation ou avec une commission de la justice, soit avec une qualité que la loi lui reconnaît, et qui par suite a cultivé et ensemencé les terres, engrangé les récoltes, fait des réparations urgentes, acquiert une action contre la succession si elle est soumise plus tard au bénéfice d'inventaire ou à la vacance pour obtenir le remboursement de ses dépenses, comme la succession en acquiert une contre lui pour obtenir le reliquat dont il peut être débiteur. Il acquiert également cette action si la succession est acceptée purement et sim-

plement, mais alors ce n'est pas contre l'être moral qui n'existe plus par suite de la confusion des patrimoines *(hæreditas adita jàm non est hæreditas)*, c'est *contre les héritiers*. Sa créance est garantie par le droit de rétention et par les différents priviléges que la loi lui donne suivant les cas (art. 2101). Les créanciers des héritiers, même ceux antérieurs au décès et qui ont commencé par être les créanciers du défunt, ne sauraient se plaindre de ce résultat, puisque les frais et dépenses du gérant ont été faits tout aussi bien dans leur intérêt que dans celui des successibles. D'ailleurs, les fruits ne se conçoivent que déduction faite des dépenses que leur perception a nécessitées (1).

14. — B. — *Des legs*. — La deuxième catégorie des inconvénients de l'hérédité se compose des *legs*.

Les *legs* sont une charge *des biens* composant l'hérédité; mais il faut remarquer qu'ils ne commencent à exister qu'au moment même du décès, par conséquent dans la personne de l'héritier en qualité de détenteur des valeurs qui en sont grevées. Il est donc tenu de les acquitter. Son obligation à cet égard a un caractère particulier, elle ne prend pas sa base dans la transmis-

(1) *Hoc fructuum nomine continetur quod justis sumptibus deductis superest.* (L. 1, au Cod. *De fruct.) Nullus casus intervenire potest qui hoc genus deductionis impediat.* (L. 51, ff. *Famil. ercisand.)* Voy. aussi L. 36, ff. § *ult. De hæred. petit.* L. 4, ff. *De op. serv.* L. 38, § 14, *De usuris* et L. 7, ff. *Solut. matrimonio.* Et comp. Cod. Nap., art. 548.

sion qui lui est faite par le défunt, puisque du vivant du testateur le legs n'existait pas encore si ce n'est à l'état de projet. Mais comme le testateur a reçu de la loi le pouvoir d'imposer cette charge à ses biens, le légataire est assimilé sous certains rapports à un créancier héréditaire et l'héritier est tenu de lui donner satisfaction jusqu'à concurrence de son émolument, *propter rem* (Cod. Nap., art. 874, 926, 927, 1009), et comme soumis à une obligation *personnelle imparfaite* qui donne lieu à une action que nos anciens appelaient *personalis actio in rem scripta vel ob rem*.

Comme on le voit, il existe une différence entre la base et le principe de l'obligation contractée par l'héritier envers les créanciers, et celle dont il est tenu par son acceptation envers les légataires, en qualité de détenteur des biens héréditaires grevés de legs par le défunt. Sous ce rapport, il est très-important de distinguer la dette d'un legs. Si l'héritier est tenu des dettes *ultrà vires bonorum*, il n'est tenu des legs que *intrà vires* seulement, c'est-à-dire *à cause des biens qui en sont chargés* (1).

15. — Quelle est la raison de cette différence? On peut s'étonner de voir des jurisconsultes aussi judicieux que MM. Duranton, Toullier, Chabot, Vazeille,

(1) Voy. sur cette matière une dissertation de M. VILLEQUEZ, *Revue de droit français et étranger*, tom. VII, pag. 227.

Grenier, Aubry et Rau, sauf quelques restrictions, et Demolombe professer que l'héritier est tenu des legs *ultrà vires*. En effet, la saisine confirmée par l'acceptation fait de l'héritier le représentant juridique du défunt. Les deux personnes se confondent en une seule. Le représentant occupe exactement la place du représenté, d'où il suit qu'il prend à son compte et qu'il supporte en définitive toutes les charges personnelles qui pesaient sur celui qu'il représente. Or, le défunt était obligé pour le tout envers ses créanciers, bien qu'il n'eut pas de quoi les payer. L'héritier qui continue sa personne doit donc aussi être tenu pour le tout envers ces mêmes créanciers, quoiqu'il ne trouve pas dans l'hérédité de quoi les payer. Mais ces raisons n'existent plus, lorsqu'il s'agit du paiement *des legs*. Le legs n'est pas une dette du défunt ; c'est une *prestation* dont le testateur a chargé l'héritier *ob rem*. C'est donc, d'après la volonté présumée du défunt que doit se fixer la nature et s'apprécier l'étendue de l'obligation imposée à l'héritier sous ce rapport.

Il est évident que ce dernier ne doit pas le legs comme continuant la personne du *de cujus*, puisque s'il le devait en cette qualité, il en serait affranchi : le testateur n'ayant jamais été tenu envers le légataire au paiement des legs. Or si l'héritier ne doit pas et ne peut pas devoir le legs en qualité de successeur *à la personne* du défunt, en quelle qualité pourrait-il le

devoir, si ce n'est en qualité *de successeur à ses biens*, sur lesquels il doit se prendre ! Nous savons en effet que l'héritier succède tout à la fois à la personne et aux biens. Il n'y a donc rien que de très-rationnel à diviser cette double qualité et à décider qu'il peut tout à la fois être obligé au paiement des dettes *ultrà vires*, et au paiement des legs *intrà vires bonorum* seulement. Le lien aboutira sans doute au même résultat, si l'hérédité est solvable, mais il aura à l'égard des uns une étendue qu'il n'aura pas à l'égard des autres. Il n'est pas possible que la charge excède l'émolument transmis, quand il ne s'agit que d'une obligation qui pèse sur les biens seulement. *In legatis quod minimum sequimur*, disaient fort équitablement nos anciens.

16. — Il nous paraît évident que cette théorie doit être admise sans réplique possible (1). Le défunt n'a pu vouloir raisonnablement (et il l'aurait voulu, que la loi ne saurait sanctionner sa volonté) être *libéral* au-delà de ce qu'il possédait. On ne donne pas ce qu'on n'a pas.

Ce principe très-important n'est pas particulier à l'héritier saisi, il s'applique également à tous les successeurs d'universités susceptibles de contribuer au

(1) L'argument de texte que M. DEMOLOMBE tire du mot *charges* de l'art. 724 n'est qu'une subtilité scholastique. Ce mot s'applique aux charges *transmises* de la personne du défunt à celle de son héritier et non aux legs qui ne commencent que dans la personne de l'héritier.

paiement des dettes et des legs. Les Romains définissaient le legs, *une délibation de l'hérédité par laquelle le testateur a voulu conférer au légataire, quelque chose qui ferait partie du patrimoine que l'héritier acquerrait* (1). Or si le legs doit être considéré comme une délibation de l'hérédité, il est évident qu'il est *nul, qu'il n'existe pas*, en tant qu'il outrepasse l'importance de l'hérédité. Dans cette hypothèse, il tombe faute d'objet sur lequel il puisse s'exercer. C'est incontestable.

Cette théorie qui s'appuie sur les textes les plus précis des jurisconsultes classiques du bel âge de la jurisprudence romaine, qui a été acceptée comme un article de foi par nos anciens auteurs français : lesquels la formulaient par le brocard *legatum nunquàm damnosum* et qui n'est contredite par rien de sérieux sous l'empire du Code Napoléon, nous régit encore aujourd'hui, malgré les dissentiments que l'on signale dans les ouvrages de quelques-uns de nos meilleurs interprètes (2). Il n'y a pas en droit de thèse si bien établie

(1) L. 116, ff. *De legat.*, 1°.

(2) Voy. notamment M. DURANTON, tom. VI, 460-462. Mais voy. Cod. Nap. art. 1002-1017. DEMANTE, tom. III, nos 24 *bis*, V, 103 *bis*, III, 124 *bis*, II, tom. IV, n° 162 *bis*, II. TAMBOUR, *Du bénéfice d'inventaire*, pag. 281 et suiv. BOURJON, *Droit commun de la France*, IVe partie, chap. II, sect. 2. POTHIER, *Success.*, chap. III, sect. 3, art. 3, § 1er, 3°. FERRIÈRE, sur Paris, art. 334, gl. 1, § 4, nos 89 et suiv., et la dissertation précitée de M. VILLEQUEZ sur *l'étendue des obligations de l'héritier pur et simple vis-à-vis du légataire*. Voy. aussi ULPIEN, loi 1, § 18, ff. *Ad se trebell.* Instit. *De lege falcidiâ*, § 3.

qui n'ait des contradicteurs. Mais cela ne doit pas nous arrêter, surtout quand il s'agit d'une question *de bon sens*.

17. — Toutefois, nous ne voulons pas dire, par ce qui précède, qu'il ne peut pas se rencontrer telles circonstances particulières dans lesquelles l'héritier ne serait pas tenu d'acquitter les legs *ultrà vires*. Les effets de la *confusion réelle* peuvent, au contraire, amener parfois ce résultat ; mais c'est une autre question que celle que nous venons d'examiner, et qui se résout en fait, à la différence de celle-là qui se résout *en droit*.

18. — C. — *De la troisième catégorie des inconvénients de l'hérédité*. — Cette troisième catégorie se compose des charges inséparables *de l'accroissement*. Nous ne la mentionnons ici que *pour ordre*, en rappelant cependant au lecteur que toute cette matière obéit au principe suivant : à savoir, que *la perte, à raison des charges plus considérables, qui résulte de la défaillance de l'un des ayant-droits primitifs, est corrélative, sauf les legs mis à la charge d'un seul institué et les dettes réparties inégalement, au profit que cette défaillance procure à chacun des appelés à en recueillir le bénéfice* pro parte hæreditariâ.

19. — *Méthode*. — Bien que les rédacteurs de la loi aient cru devoir traiter, dans la section III du chapitre des partages, *de l'obligation* et *de la contribution* aux dettes, nous allons nous en occuper en cet endroit.

Il est évident en effet que le Code laisse, sous ce rapport, quelque chose à désirer. Les art. 870 à 876 posent les règles de la répartition des charges entre les successeurs *per universitatem :* ce qui ne se rattache que de loin à la matière des partages. *D'un autre côté,* les art. 877 à 881 ne s'occupent que des droits appartenant aux créanciers du défunt : ce qui est complétement étranger à la même matière. Enfin, l'art. 882 ne concerne que les créanciers des héritiers : ce qui n'a aucun rapport soit avec l'obligation, soit avec la contribution aux dettes dont il est question dans les articles précédents.

Pour corriger ce défaut de méthode, nous traiterons ici, *sous la rubrique de l'hérédité passive,* de l'obligation et de la contribution aux dettes, en intervertissant l'ordre suivi par les rédacteurs.

20. — A. — *De l'obligation aux dettes* (1). — Nous avons déjà vu souvent que les héritiers légitimes sont obligés *personnellement, par la pure action personnelle,* au paiement des dettes comme *continuateurs du défunt.*

Cette obligation ne pèse sur eux que proportionnellement aux parts pour lesquelles ils viennent à la succession du *de cujus* et pour lesquelles ils représentent sa personne (art. 1220), c'est-à-dire pour *leurs parts*

(1) Voy. DEMANTE, tom. III, n^os^ 204 et suiv.

héréditaires (1). L'héritier pour un quart ne doit que le quart des dettes, parce qu'il ne représente le défunt que pour cette quotité. D'après le principe de la division, il se forme au moment même du décès, et cela *ipso jure,* autant de dettes distinctes qu'il y a d'héritiers, sauf les cas très-rares où les obligations du défunt qui leur sont transmises, sont *indivisibles par nature* ou d'une prestation partielle impossible : de sorte que dans le système de la loi, les insolvabilités qui peuvent survenir parmi les co-héritiers, ne sauraient constituer une perte *commune,* et qu'elles retombent, au contraire, sur les créanciers en définitive. *Il n'y a pas de solidarité* entre les héritiers qui sont appelés à l'hérédité.

Cela posé, il est facile de comprendre que les mots : *portion virile* qu'on lit dans l'art. 873, sont un vestige parfois inexact de l'ancien droit sous lequel les créanciers héréditaires poursuivaient les héritiers, chacun *pour leurs parts et portions viriles,* sans avoir égard à celles qu'ils prenaient réellement à raison de leurs vocations, sauf à tous les contribuables à se régler entre eux sur ce que chacun devait supporter en définitive (2).

(1) En droit romain, les légataires et donataires n'étaient pas soumis à l'action des créanciers du défunt (L. 7, Cod. *De hæred., act.* L. 15. Cod. *De donat.*) Voy. M. TROPLONG, *De la vente*, tom. I, nos 449 et suiv.

(2) POTHIER, *Success.*, chap. V, art. 3-4. LEBRUN, liv. IV, chap. II, sect. 1, n° 5.

Il est évident aujourd'hui que les créanciers ne peuvent poursuivre les héritiers que jusqu'à concurrence de leurs parts et portions dans la succession (1).

21. — Cependant, quelques auteurs et notamment M. Bugnet font encore application de l'ancienne règle aux cas des art. 351, 747 et 766 du Code Napoléon, sauf à ceux qui auraient payé au-delà de leurs parts, à exercer un recours utile contre ceux qui auraient payé moins que la portion contributive réellement à leur charge. Mais, il nous semble que la loi étant conçue en termes généraux, la distinction de M. Bugnet doit être rejetée. Si les créanciers agissent avant le partage, rien ne s'oppose à ce qu'ils s'adressent à tous les co-héritiers qui, *réunis,* représentent la totalité de la personne du défunt, pour leur demander tout ce qui leur est dû, sauf à ces derniers à s'entendre entre eux pour fixer leurs contributions respectives. Ce n'est pas ainsi que procède M. Bugnet. Ces mots *portions viriles,* se traduisent dans sa théorie, tantôt par *les portions héréditaires* qui peuvent n'être pas *les portions viriles,* et

(1) Voy. DOMAT, liv. I, tit. 1, sect. 9, n° 10, *des Héritiers en général.* M. DEMOLOMBE, tom. V, n° 22, et les autorités qui y sont citées.

Pour obvier autant que possible aux inconvénients de la division des créances et des dettes, le juge romain chargeait l'un des co-partageants d'acquitter la dette entière (L. 3, ff. *Familiæ erciscundæ).* La séparation des patrimoines était aussi un moyen énergique employé contre les dangers du principe de la division, puisque, par ce bénéfice, les créanciers *recedebant à personis hæredum* (L. 5, ff. *De séparat.)*

tantôt strictement, par *les portions viriles*. Il nous paraît que cette manière de procéder est impossible, et qu'il faut, ou accepter les termes de la loi tels qu'ils existent *à tort* dans l'art. 873, ou les changer, suivant la vérité des choses, en ces mots, *part et portion héréditaire* et que c'est *l'un ou l'autre* et non pas *l'un et l'autre* (1).

22. — Que décider dans l'espèce suivante? L'héritier est unique ; mais il recueille la succession avec un légataire de quotité, par exemple pour moitié : les créanciers du défunt peuvent-ils poursuivre cet héritier pour le tout, ou bien sont-ils obligés de diviser leur action pour moitié contre lui et pour l'autre moitié contre le légataire à titre universel?...

Si la demande est formée avant la délivrance du legs, il n'est pas douteux que les créanciers ne doivent s'adresser qu'à l'héritier, puisque le légataire est encore inconnu (2). Si leur action se met en mouvement après la délivrance, il semble que l'équité voudrait qu'ils la divisassent entre les deux débiteurs. Toutefois, tel

(1) Voy. BUGNET sur POTHIER, tom. VIII, pag, 112. Mais voy. *contrà*, DE CAQUERAY, *Revue pratique*, tom. XII, pag. 60. MOURLON, *Rép. écrit.*, tom. II, pag. 180-181, § 3. DEMANTE, tom. III, n° 209, III. MARCADÉ, art. 873, II. DEMOLOMBE, *loc. cit.*, nos 17, 19, 24. BOILEUX, art. 873, not. 1. L. 1 au Cod. *Si cert. petat.*, Cod. Nap., art. 875, 1220, 1475. Les portions héréditaires ayant été fixées par la loi, il est impossible que les héritiers soient poursuivis pour *leurs parts viriles*. Il y a là un vice de rédaction.

(2) Jusqu'à la saisine résultant de la délivrance, le légataire n'est investi que du droit de la demander. Ce n'est qu'un créancier de la chose léguée, sous le rapport dont il est ici question.

n'est pas le système de la loi qui n'a fait que confirmer à cet égard ce qui se pratiquait dans l'ancienne jurisprudence ; et c'est avec raison. Car l'héritier est le seul qui continue la personne du défunt, le légataire n'est qu'un *successeur aux biens*. La qualité d'héritier soumet le représentant du *de cujus* à toutes les obligations de son auteur, même lorsqu'il n'aurait plus les biens qui en proviennent : l'hérédité étant un être de raison qui existe indépendamment des valeurs qui la composent. Si donc l'héritier de notre espèce est poursuivi en paiement de toute la dette héréditaire, il n'a d'autre moyen d'échapper à l'action *in solidum*, que d'appeler le légataire dans l'instance, afin de le faire contribuer au paiement de la dette héréditaire jusqu'à concurrence de son émolument (1).

Dans la théorie des auteurs du Code, les risques de l'insolvabilité possible du légataire restent à sa charge.

23. — Pour obvier à cet inconvénient qui se présente quelquefois, M. Demante autorise l'héritier à

(1) Cod. Nap., art. 873, 871. M. DEMOLOMBE qui confond *les successeurs aux biens* avec les héritiers du sang, et qui fait disparaître d'un trait de plume, l'antique distinction entre *l'obligation et la contribution* aux dettes, prétend que ces mots de l'art. 871 *au prorata de son émolument*, doivent se traduire par ceux-ci : *pour une part proportionnelle à l'émolument recueilli* suivant la quotité *héréditaire* du légataire *per universitatem* qu'il assimile complétement à un héritier légitime (*loc. cit.*, n° 33). C'est aussi l'opinion de M. NICIAS GAILLARD (*Revue critique*, 1852, pag. 345). Mais c'est là, à notre sens, une grave erreur. Ces mots de l'art. 871, *au prorata de son émolument*, ne sont rien autre chose que la traduction *du pro modo emolumenti* de nos anciens coutumiers.

exiger du légataire, au moment de la délivrance, des sûretés suffisantes pour lui garantir l'acquittement intégral de la part contributoire que le successeur aux biens doit, en définitive, payer dans la dette (1). Cette mesure de précaution serait en effet très-équitable, mais en vertu de quel texte l'héritier pourrait-il exiger ces sûretés du légataire ? L'action en garantie ne peut s'exercer que quand l'éviction est consommée ou qu'elle est devenue tout au moins menaçante : *putà* dans le cas de déconfiture ou de faillite du légataire. Hors de là, l'expédient de M. Demante est impossible (2).

24. — *En résumé,* les principes qui dominent cette matière, consistent à dire que l'obligation des héritiers purs et simples n'a pas de limites, en ce sens qu'ils sont tenus *etiam ultrà vires bonorum,* envers les créanciers du défunt, mais que les fractions de dettes mises à leur charge, correspondent toujours aux quotités idéales de biens qui leurs sont échues, distraction faite des parts afférentes soit à leurs co-héritiers purs et simples, soit à leurs co-héritiers bénéficiaires, puisque le bénéfice d'inventaire n'est pas un obstacle au principe de la division (3) ;

(1) *Cours anolytique,* tom. III, n° 209 *bis*, I, *in fine*. Voy. aussi L. 25, § 10, ff. *Familiæ erciscundæ*, et surtout Gaïus, II, § 254 sur la stipulation *pro parte*.

(2) Voy. pourtant M. Demante, tom. III, n° 209 *bis*, II.

(3) *Suprà*, tom. II, n° 277.

Ajoutons que l'obligation des héritiers purs et simples n'est diminuée en rien par le concours des successeurs aux biens, sauf le droit incontestable qu'ils ont de les faire contribuer à l'acquittement du passif de la succession *pro modo emolumenti* seulement (art. 871) et non pas *pro parte hæreditariâ*, comme le veulent à tort les novateurs parmi lesquels nous regrettons de voir figurer M. Demolombe en cette matière importante (1).

25. — B. — *De la contribution aux dettes* (2). — L'obligation et la contribution aux dettes que nos contradicteurs *confondent dans leur système*, sont deux choses corrélatives qu'il faut distinguer avec soin comme l'ont fait les rédacteurs du Code Napoléon (3).

L'obligation aux dettes est l'événement juridique par lequel chacun des héritiers est soumis au droit de poursuite des créanciers du défunt.

La contribution aux dettes ne touche que indirectement les créanciers, et ils n'ont à s'en préoccuper que pour connaître les parts individuelles de chacun des héritiers soumis à leurs actions. Son objet est de régler

(1) Mais voy. POTHIER, *Success.*, chap. v, art. 3, § 1.

(2) Voy. sur cette matière un bon travail de M. DE CAQUERAY, professeur à Rennes. *Revue pratique*, 1861, tom. XII, pag. 49 et suivantes et 242 à 281.

(3) Cette distinction qui existe dans les art. 870 à 876 *d'une part*, et dans les art. 877 à 881 *d'autre part*, est, suivant nous, une très-grave objection au système présenté par M. DEMOLOMBE sur les successeurs aux biens qu'il assimile aux héritiers légitimes.

ce que les co-héritiers doivent supporter en définitive de la dette héréditaire, dans leurs rapports particuliers.

La règle générale peut se formuler de la manière suivante : *Quiconque prend tout l'actif, doit payer tout le passif. Quiconque prend une quote-part de l'actif, doit payer une quote-part du passif.* Les successeurs *per universitatem* contribuent entre eux au passif, proportionnellement à leurs parts dans l'actif, *sivè pro parte hæreditariâ, sivè pro modo emolumenti,* d'après leurs qualités respectives (Cod. Nap., art. 870, 871, 873 2°, 874, 1009 et 1012 (1).

Cela posé, parcourons les hypothèses qui peuvent se présenter.

26. — *Première hypothèse. — Du cas où l'obligation et la contribution aux dettes sont égales entre elles.* — Supposons que le défunt n'a laissé que trois enfants qui se partagent la succession *par tiers*.

Dans ce cas qui est du reste le plus fréquent, il n'y a pas d'intérêt à distinguer l'obligation de la contribution aux dettes. Chacun des enfants se trouvant soumis à l'action des créanciers *pour un tiers,* doit également contribuer *pour un tiers* au paiement de la dette héréditaire, sans que l'on ait à se préoccuper du point de savoir si l'actif est ou n'est pas supérieur au passif. En effet, les héritiers dont il s'agit dans l'espèce

(1) Voy. DE CAQUERAY, *Revue pratique,* tom. XII, pag. 280.

continuent la personne du défunt pour des parts égales, et ils sont tenus de ses obligations par suite de la transmission résultant de la saisine, tout aussi complétement que s'ils les avaient personnellement contractées chacun *séparément*.

C'est un principe constant que « tout co-héritier « est tenu sur son propre patrimoine et *ultrà vires* « *hæreditarias* de sa part héréditaire des dettes et « charges de l'hérédité, à moins qu'il n'ait accepté « celle-ci sous bénéfice d'inventaire (1). »

27. — *Deuxième hypothèse. — Un légataire per universitatem, ou tout autre successeur aux biens, vient à la succession avec des héritiers légitimes, et il prend le quart des biens héréditaires.*

Nous avons vu précédemment que les successeurs autres que les héritiers du sang, ne représentent pas *la personne du de cujus*, qu'ils ne sont tenus personnellement, c'est-à-dire directement des dettes, que par l'action personnelle imparfaite que nos anciens maîtres appelaient *l'actio personalis in rem scripta vel ob rem*, et que, par conséquent, leur obligation au paiement des dettes ne se détermine qu'en vertu de la règle : *Bona non intelliguntur, nisi deducto ære alieno*, d'où il suit que la portion de patrimoine qui leur est dévolue, se trouve grevée et doit se diminuer de plein droit

(1) Voy. ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, § 636, *in fine*, 3e éd. tom. V, pag. 359.

d'une part correspondante dans les dettes (1). Quelle sera la part contributoire du successeur dont il s'agit, en concours avec les trois enfants du défunt? Elle sera évidemment *d'un quart,* puisque nous le supposons succédant pour cette quotité. Si le quart des biens dépasse le quart des dettes, il n'y aura pas encore grand intérêt à distinguer l'obligation des héritiers légitimes de la contribution du successeur aux biens. Mais, si l'hypothèse contraire vient à se produire, il devient très-important de faire cette distinction, puisque, suivant nous, le légataire n'est tenu que *pro modo emolumenti,* tandis que les héritiers sont obligés *in infinitum, pro partibus hæreditariis.*

28. — *Troisième hypothèse.* — Il arrive souvent qu'un héritier paye des dettes de la succession au-delà de sa part héréditaire.

Exemples : 1° Un créancier, sans s'inquiéter du concours d'un successeur aux biens, a actionné l'héritier légitime *pour le tout,* en sa qualité de représentant de la personne du *de cujus.* Dans cette hypothèse, il est clair que l'héritier qui a été contraint de payer au-delà de sa part, a une action en recours contre le successeur aux biens, jusqu'à concurrence de ce que ce dernier doit supporter en définitive, à raison de son émolument (Cod. Nap., art. 871)...;

(1) Voy. L. 39, § 1, ff. *De verb. signif.*

2° Tous les héritiers saisis, et à leur défaut, chacun de ceux qui en tiennent lieu, peuvent être directement poursuivis, *in solidum,* lorsque la dette est indivisible par nature, dans son objet, ou même simplement indivisible *solutione* (Code Napoléon, art. 1217, 1218 et 1221)...;

3° Le créancier hypothécaire de la succession qui a stipulé une hypothèque du vivant du défunt, et qui l'a inscrite, peut s'adresser à l'héritier détenteur et le contraindre au paiement de tout ce qui lui est dû, à moins que ce dernier *ne délaisse* pour se débarrasser des poursuites, en payant la portion de la dette dont il est tenu par la pure action personnelle, à raison de ses droits et de sa part héréditaire (Code Napoléon, art. 2114-2172-873)...;

4° On voit souvent dans les partages, les co-héritiers convenir entre eux que la dette héréditaire sera payée pour le tout par l'un des co-partageants, comme charge de tel ou tel lot (1).

Ces sortes de conventions particulières qui dérogent au droit commun, n'altèrent en rien le pouvoir et la faculté accordés aux créanciers de poursuivre les autres héritiers du défunt. Ils peuvent toujours s'adresser à chacun d'eux *pro partibus hæreditariis,* comme si elles n'existaient pas.

(1) L. 3, ff. *Familiæ erciscundæ.*

S'ils agissent contre d'autres co-héritiers que ceux qui sont spécialement chargés de les désintéresser, ceux qui se trouvent dans la nécessité de payer la dette d'autrui, exercent un recours contre celui ou contre ceux qui devaient procurer la libération convenue.

5° Le légataire particulier d'un immeuble hypothéqué est sommé de délaisser s'il n'aime mieux payer. Il est clair que, soit qu'il délaisse, soit qu'il paye pour conserver l'immeuble grevé d'hypothèque, il acquitte la dette d'autrui, puisque la loi l'a affranchi de la contribution aux dettes (Cod. Nap., art. 871). Il peut donc recourir contre ceux qui étaient tenus en définitive de dégrever son immeuble (Code Napoléon, art. 1372-1375).

Il est même subrogé *de plano* aux droits du créancier qu'il a désintéressé, suivant les art. 1251 et 874 du Code Napoléon, et il a incontestablement la faculté de les exercer sur *tous les immeubles* affectés originairement à la dette hypothécaire qu'il a remboursée à la décharge des héritiers : sans préjudice de l'hypothèque légale que lui confère l'art. 1017, pour mieux assurer encore l'exécution des volontés du testateur, en ce qui le concerne (1).

Dans ces hypothèses, et généralement dans toutes

(1) Les auteurs du Code ont oublié de rappeler l'hypothèque de l'art. 1017 au titre hypothécaire.

celles où l'un des successeurs universels s'est trouvé, par l'effet d'une hypothèque, dans la nécessité d'acquitter soit la dette d'autrui, soit une portion de dette qui ne lui était pas personnelle, il y a lieu à un recours à son profit, et ce recours s'exerce, tantôt par l'action personnelle de la gestion d'affaires (art. 1372-1375), tantôt par l'hypothèque légale de l'art. 1017, tantôt par la subrogation de l'art. 1251, tantôt enfin, au besoin, par le privilége des art. 2111 et 2113 qu'il peut inscrire à son profit, comme étant aux droits du créancier héréditaire qu'il a désintéressé.

Mais ce recours (ceci est fondamental dans le système du Code qui a voulu éviter des circuits d'actions) ne peut s'exercer contre ses co-héritiers que *pour les parts que chacun d'eux doit personnellement en supporter*, même dans le cas où l'héritier qui a payé la dette d'autrui, se trouve, soit par l'effet de la loi, soit par l'effet d'une convention, subrogé dans les droits hypothécaires du créancier qu'il a désintéressé. *On ne peut pas évincer ceux auxquels on doit garantie.*

Cette disposition, très-remarquable de l'art. 875 du Code Napoléon vient de Pothier (1).

« *Quand même*, disait-il, l'un des co-héritiers serait « *de son chef* créancier hypothécaire du défunt, il ne « pourrait agir solidairement, sa part seulement con-

(1) *Cout. d'Orléans*, art. 358, note 2.

« fuse, contre chacun de ses co-héritiers détenteurs « des immeubles hypothéqués. La garantie réciproque « que se doivent les co-héritiers exclut cette solidarité. « Il ne peut demander à chacun de ses co-héritiers « que *la part dont ce co-héritier en est tenu personnelle-* « *ment* et la répartition des portions dont sont tenus « les héritiers insolvables entre lui et ceux qui sont « solvables (1). »

29. — Ce fractionnement de la créance du garanti et par suite de l'hypothèque contre les garants n'est pas spécial aux cas que nous avons indiqués précédemment, on doit aussi appliquer les mêmes principes toutes les fois qu'un héritier se trouve garant des évictions que souffriraient ses co-héritiers, s'ils étaient contraints de payer au-delà de leurs parts contributoires dans la dette héréditaire. Il n'y a que l'héritier bénéficiaire créancier hypothécaire de la succession qui, par suite du système de séparation collective inhérent à sa qualité, puisse réclamer le paiement de sa créance pour le tout contre ses co-héritiers détenteurs des immeubles hypothéqués comme s'il était un *étranger* (art. 875, *in fine*).

(1) Voy. cependant ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, tom. V, § 637, pag. 361. TOULLIER, tom. IV, n° 558, note 1. Comme il n'y a ni société ni garantie entre le légataire particulier et les successeurs universels, il nous semble qu'il peut recourir *in solidum* contre les détenteurs, sans diviser l'hypothèque dans laquelle il se trouve avoir été subrogé *de plano* (art. 874).

30. — Le Code Napoléon dans l'art. 876, a de plus érigé en loi la répartition des insolvabilités telle que l'entendait Pothier. Cette sage disposition fondée sur l'équité, trouve aussi sa raison d'être dans la garantie que les co-héritiers se doivent réciproquement à l'occasion du partage.

Ces matières exigeraient sans doute un examen plus approfondi : mais, comme elles appartiennent plutôt à un traité des hypothèques qu'à des études sur le droit de succession, nous n'en dirons pas davantage sur l'art. 875 (1).

31. — *D'un mode particulier de contribution applicable aux rentes perpétuelles rachetables* (Cod. Nap., art. 872).—L'art. 872 du Code Napoléon règle un cas particulier de contribution aux dettes, en ce qui concerne les rentes perpétuelles rachetables. Il ne s'applique ni aux rentes viagères ni aux dettes de capitaux exigibles parce que les difficultés et la crainte des procès que le législateur a voulu prévenir par cette disposition, ne sont à redouter réellement que quand il s'agit de la contribution des rentes perpétuelles *hypothéquées* sur des immeubles de la succession (2).

(1) Voy. MOURLON, *Traité des subrogations*, pag. 81 à 103 et 413 à 432.

(2) Le principe de la division appliqué sans limite aux rentes perpétuelles finirait par en réduire les fractions à presque rien. J'ai vu une rente perpétuelle qui d'âge en âge avait fini par se réduire à des arrérages de 8 fr. Ces arrérages se trouvaient garantis par un luxe considérable d'hypothèques.

Cela posé, voyons comment la loi a résolu le problème qu'elle avait à étudier au sujet des rentes perpétuelles. Pour le bien comprendre, il faut nous placer dans les deux hypothèses prévues par l'art. 872 précité.

La première partie de l'article suppose que les immeubles provenant du défunt sont grevés d'une rente perpétuelle, dit la loi, par *hypothèque spéciale :* ajoutons, *ou par hypothèque générale* (1). Le législateur qui veut éviter les recours à n'en pas finir, autorise tout d'abord les co-partageants à exiger le remboursement de la rente perpétuelle avant la formation des lots. C'est le moyen le plus radical qui se présente à l'esprit pour couper court à toutes les difficultés.

32. — Mais ce remboursement n'est pas toujours possible (art. 530-1911). Pour y parvenir, il faut du numéraire en caisse et la caisse des co-héritiers peut être vide. *Dans cette seconde hypothèse*, quel moyen emploieront-ils pour s'affranchir des embarras qu'ils cherchent à éviter et qui vont inévitablement se pro-

(1) Les mots *par hypothèque spéciale* de l'art. 872 sont *inexacts*, en ce qui touche la première hypothèse réglée par cet article. Ils ont été maintenus *par inadvertance*, lors de la rédaction définitive que l'article a subie à la suite de la discussion qui a eu lieu au Conseil d'État, le 23 nivôse an XI, sur l'art. 160 du projet. Il faut noter que la première phrase de l'art. 872 qui ne se trouvait pas dans le projet, n'a été insérée dans la rédaction définitive que pour remédier au cas d'une hypothèque établie sur *plusieurs immeubles*. (Voy. MARCADÉ, art. 872. ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, tom. V, § 636, note 19).

duire, si la rente est garantie par *une hypothèque spéciale* sur l'un des immeubles laissés par le défunt?...

Voici : en procédant au partage, les co-héritiers sont autorisés à modifier par un accord entre eux le mode ordinaire de la contribution aux dettes, et à charger exclusivement du service de la rente l'héritier abandonnataire de l'immeuble hypothéqué, en lui imposant l'obligation de garantir ses autres co-héritiers contre les suites de l'action du crédi-rentier. Pour arriver à ce but on commence par le désintéresser *à l'avance*, en déduisant de l'estimation pour laquelle l'immeuble hypothéqué est compris dans son lot, *le capital de la rente* qu'il est tenu de servir à la décharge de ses co-partageants, et de cette manière on réussit à éviter le plus souvent les actions en recours qui sont l'effroi des familles. Nous disons *toutefois le plus souvent*, car il pourrait se faire que le lot chargé de la rente ne la payât pas exactement et, dans ce cas, malgré la convention insérée dans le partage à cet égard, le crédi-rentier n'en conserverait pas moins le droit de s'adresser à tous les représentants du défunt pour obtenir ses arrérages non acquittés par le délégué *solutionis gratiâ*. Il faut bien remarquer que l'art. 875 ne s'occupe que de la contribution aux dettes qu'il est permis de modifier dans l'intérêt de la paix des familles, mais que son intention n'a jamais été de porter atteinte aux droits des créanciers non plus que de permettre le

remboursement d'une rente qui ne se trouverait pas dans les conditions exigées pour le rachat forcé (1).

33. — C. — *De l'effet envers l'héritier, des titres exécutoires contre le défunt* (art. 877) (2).

Les titres exécutoires contre le défunt le deviennent sans difficulté contre l'héritier qui continue sa personne. Toutefois, l'équité exigeant que les poursuites ne puissent avoir lieu que après que le représentant du *de cujus* en a pris connaissance, l'art. 877 du Code Napoléon veut qu'ils lui soient notifiés au moins huit jours avant la saisie. Cette signification peut très-bien se faire dans les délais d'inventaire et de délibération, sauf à ne les mettre réellement à exécution qu'à l'expiration des délais.

34. — *Quid juris*, en ce qui touche les successeurs aux biens?...

Il semble que les successeurs aux biens ne continuant pas la personne du défunt, les titres exécutoires contre lui ne sauraient le devenir contre eux que par autorité de justice. C'est en effet ce que M. Valette enseigne à l'école, et son opinion est suivie par M. Mourlon (3). Nous ne croyons pas que telle ait été

(1) Voy. sur l'art. 875, MARCADÉ, *loc. cit.* MOURLON, *Rép. écrites*, tom. II, pag. 188, § 6. DEMANTE, tom. III, n° 207. DEMOLOMBE, *Successions*, tom. V, n^os^ 8, 9 et suiv. ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, tom. V, § 636.

(2) Voy. DEMOLOMBE, *Success.*, tom. V, n^os^ 50 et suiv. ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, tom. V, § 617.

(3) MOURLON, tom. II, pag. 190, § 7. *Répét. écrites.*

la pensée du législateur, et nous nous rangeons à l'avis de Demante et de Marcadé qui sont en dissentiment sur ce point avec notre savant professeur. Rien ne s'oppose, suivant eux, à ce que les titres soient exécutoires sur les biens transmis aux successeurs dont il s'agit dans les limites de leurs droits. Il est évident que les biens étaient saisissables du vivant du *de cujus*. Ils n'ont pas changé de nature parce qu'ils ont passé à des successeurs qui ne sont pas des héritiers proprement dits. Ils restent donc soumis au même mode de poursuite, sauf la signification prescrite par la loi.

L'art. 877 a eu pour but d'abroger l'ancien droit sous l'empire duquel les titres exécutoires contre le défunt, ne le devenaient contre ses héritiers que après des jugements de *visa-pareatis* à peu près inutiles, et les motifs de cette abrogation s'appliquent tout aussi bien aux successeurs irréguliers qu'aux héritiers légitimes (1).

35. — Il est inutile de faire remarquer : 1° Que le créancier du défunt qui n'a pas de titre exécutoire, peut obtenir une condamnation contre les héritiers *personnellement* et s'en procurer un par autorité de justice (2) ;

(1) DEMANTE, tom. III, n° 218 *bis*, III. MARCADÉ, art. 877. Dans le système de M. DEMOLOMBE, qui met tous les successeurs *per universitatem* sur la même ligne, la question ne peut pas être discutée. Il est aussi d'un avis contraire à celui de M. Valette.

(2) Cass., 9 janvier 1860. DEVILL., 1860, I-652.

2° Que le moyen violent de la contrainte par corps prononcée contre le défunt, périt avec lui et ne saurait s'exercer contre ses héritiers (1);

3° Enfin que le jugement obtenu contre le défunt avant sa mort, n'emporte pas hypothèque sur les immeubles que peut posséder personnellement l'héritier pur et simple.

Ce point n'a jamais fait discussion dans l'ancienne jurisprudence où l'on tenait pour constant, que *hypothèque générale de tous biens comprend les présents et à venir et non ceux des hoirs* (2). Le titre des hypothèques n'a rien innové sous ce rapport (art. 2122, 2123, 2148 2°, 2149). Ainsi, l'hypothèque judiciaire ne peut atteindre que les biens du débiteur condamné dans lesquels se trouvent compris, bien entendu, ceux qu'il a recueillis dans les successions qui ont pu s'ouvrir à son profit (3).

(1) TROPLONG, *De la contrainte par corps*, n° 204, 387, 384. La contrainte par corps est réglée par la loi du 22 juillet 1867. Cette voie d'exécution est supprimée en matière commerciale, civile et contre les étrangers (art 1er).

(2) LOYSEL, *Inst. cout.*, liv. III, tit. VII, règle XXI. *Junge*, M. DEMOLOMBE, *Successions*, tom. V, n° 62. M. TROPLONG, *Hypothèques*, tom. II, n° 390, et surtout M. VALETTE, *Revue de droit français et étranger*, 1849, tom. VI, pag. 992.

(3) *Junge*, M. TROPLONG, *Hypothèques*, tom. II, n° 459 *bis*. DEMOLOMBE, *Traité des successions*, tom. V, n° 65. Cass., 18 novembre 1833. DALLOZ, 1833, I-353 et la note. *Contrà*, mais à tort, GRENIER (*Hypothèques*, tom. I, nos 128-129). Il prétend que l'hypothèque ne saurait grever les biens provenant du défunt, quoique confondus avec ceux de l'héritier!...

CHAPITRE II

Des moyens légaux mis à la disposition de l'héritier pour qu'il puisse poursuivre et faire respecter son droit de succession.

36. — Méthode. — Après avoir traité des avantages et des inconvénients attachés à l'acquisition de l'hérédité, nous passons *aux moyens sanctionnateurs* du droit de succession. Ces moyens consistent dans les différentes actions que l'héritier peut mettre en exercice pour poursuivre et faire respecter ses droits.

Nous diviserons ce chapitre en trois sections :

La première sera consacrée *aux actions possessoires*.

La seconde *à la pétition d'hérédité*.

Et la troisième *à la revendication*.

SECTION Ire.

Des actions possessoires.

SOMMAIRE.

37. — L'héritier peut faire respecter ses droits par les *actions possessoires*.

38. — C'est un moyen général qui ne lui est pas particulier.

39. — *De la complainte possessoire.* — Ce qu'il faut pour son exercice utile.

40. — Origine de la complainte.

41. — Les interdits formaient à Rome le système protectioniste de la possession.

42. — La complainte vient des interdits *conservatoires*.

43. — *De la réintégrande.* — Chez nous elle comprend deux actions distinctes.

44. — A. *De la complainte de réintégrande.* — Sa notion.

45. — Cette action existe encore dans notre législation.

46. — Elle n'est au fond que le premier chef de l'interdit, *undè vi*.

47. — A Rome, on ne se préoccupait pas en général du temps de la possession pour la délivrance des interdits.

48. — I. Exemple de la réintégrande en droit romain.

49. — II. Exemple en droit français.

50. — En quoi la complainte de réintégrande diffère de la complainte ordinaire.

51. — Exécution du jugement. Contrainte par corps.

52. — *De la réintégrande personnelle*, protectrice de la simple détention.

53. — Espèce de cette action. La simple détention est protégée par la Cour de cassation.

54. — Quel caractère doit avoir la violence dans les actions en réintégrande?...

55. — Exécution. Contrainte par corps.

56. — De la dénonciation de nouvel œuvre.

57. — L'héritier peut exercer toutes les actions comme aurait pu le faire le défunt.

58. — La complainte a-t-elle lieu en faveur de l'héritier

qui veut se faire maintenir en possession de la succession comme universalité juridique?

59. — *Quid*, à l'égard de l'universalité mobilière? Discussion.

60. — Droit romain.

61. — Ancien droit français.

62. — Droit intermédiaire.

63. — Droit actuel. Conclusion. La complainte n'est plus recevable tant pour l'universalité immobilière que pour l'universalité mobilière.

64. — Réflexions générales sur le système des actions possessoires.

65. — Ne serait-il pas utile de les supprimer?

66. — Cela serait possible avec un cadastre obligatoire pour tous.

---

37. Le premier moyen mis à la disposition de l'héritier pour poursuivre et faire respecter les droits qui lui sont transmis par *la saisine* acceptée par lui, consiste dans les *actions possessoires*. Nous avons vu, en effet, que d'après les principes particuliers à notre droit français le successible saisi est *ipso jure* investi *de la possession* des choses héréditaires, sans même qu'il y ait eu de sa part aucune appréhension de fait (1). Si donc, un étranger s'est emparé de quelques biens du

(1) Voy. ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, § 609 et notes 10 et 11.

vivant du défunt, et si cet étranger n'a pas encore acquis la possession juridique de manière à la faire perdre au défunt et à son héritier désormais confondus en une seule personne, ce dernier saisi activement du droit de succéder peut se plaindre d'être troublé dans la possession dont il est légalement investi comme le défunt aurait pu le faire et de la même manière que lui.

38. — Cette protection n'est pas particulière à l'héritier saisi; elle appartient à tout possesseur en général dont la possesion est depuis moins d'un an et un jour, l'objet des entreprises d'un tiers (Cod. proc., art. 23).

Le possesseur *annal* dont la possession est ainsi troublée, peut se plaindre à la justice compétente des griefs faits à sa possession juridique, et le magistrat rétablit par une sentence les choses dans *leur état primitif*.

39. — Le moyen légal par lequel ce résultat s'obtient, s'appelle *action en complainte possessoire*. C'est l'action possessoire par excellence. Les autres n'en sont que des espèces particulières.

Pour l'exercer utilement, il faut bien entendu *posséder* dans le sens de la loi; car le droit résultant des titres ne peut, indépendamment de toute possession, servir de fondement à la complainte sous le prétexte que la possession légitime est un accessoire de la pro-

priété (1). Toutefois, nous ne voulons pas dire par là que le juge du possessoire ne puisse aucunement s'aider des titres pour *éclairer* la question de possession (2).

40. — *Origine de la complainte.* — L'action en complainte a son origine primitive dans l'interdit *uti possidetis* des Romains combiné avec *la vraie saisine* féodale du XIII^e^ siècle. *Casus novitatis,* dit Jean Faure, *est ferè (interdictum) uti possidetis*, débarrassé de la violence : laquelle est remplacée dans notre droit, par la dépossession de fait totale ou partielle *non infectée de violence.* Du reste, tout ce qui est susceptible de produire un obstacle ou même une prétention contraire à la possession d'autrui, constitue un *trouble suffisant* pour donner lieu à la complainte. Il n'est pas nécessaire qu'un dommage ait été encore réellement causé; il suffit qu'il soit *possible.* Tout citoyen a le droit de faire respecter sa possession indépendamment du dommage, contre quiconque ne peut reprocher à cette possession d'être vicieuse à son égard (3).

Dans le principe, la possession n'était pas protégée

(1) Cass., 6 avril 1824. DEVILL., 1824, pag. 427 et la note au bas de l'arrêt.

(2) *Ad colorandum et corroborandum possessorium.* Cass., 7 mai 1829. DEVILL., 1829, I-288. Cass., 6 décembre 1853. DEVILL., 1854, I-793. Cass., 4 janvier 1854. DEVILL., 1854, I-235.

(3) Cass., 6 avril 1859. DEVILL., 1859, I-593. Cass., 1^er^ décembre 1829. DEVILL., 1828, 1830, I-398.

par le droit civil. Mais comme les discussions dont *le fait* de possession était souvent l'occasion, provoquaient parfois des rixes, le préteur sentit la nécessité d'intervenir pour les empêcher. En conséquence, il imagina de protéger le fait de possession au moyen de certaines ordonnances qui, *spéciales* d'abord pour les cas qui se présentaient *dicta inter duos, inter dicta*, finirent par devenir des règles générales : *edicta*. Les infractions à ces ordonnances durent être réprimées par des espèces particulières d'actions dont les formules variaient suivant les circonstances (1).

41. — L'ensemble de ces ordonnances forme, en droit romain, le système protectioniste de la possession (2), soit qu'il s'agisse de la *retenir* lorsqu'elle est menacée par la violence d'un tiers, soit qu'il s'agisse de la récupérer après qu'elle a été ravie par un spoliateur.

De là, deux classes d'interdits : 1° les interdits conservatoires *(retinendæ possessionis) : uti possidetis*

(1) Voy. à cet égard GAÏUS, com. IV, §§ 162, 163, 165.

(2) La possession considérée en elle-même, abstraction faite de toute idée de propriété, produit *en droit romain deux effets : l'usucapion et les interdits*, suivant DE SAVIGNY, *Traité de la possession*, § 2. Il y a sur ce point de grandes controverses. Voy. un résumé du système romain dans *le Traité élémentaire* de M. DEMANGEAT, tom. I, pag. 138 et suiv. Une *notion générale de la possession* par M. MACHELARD, *Revue critique*, 1864, tom. XXV, pag. 270 et suiv., et aussi les origines de la complainte et de la réintégrande dans le chap. II *de la Théorie des actions possessoires*, de M. CRÉMIEU, nos 180 et suiv.

pour les immeubles, *utrubi* pour les meubles (1); 2° et les interdits récupératoires ou restitutoires *(recuperandæ possessionis), undè vi, de clandestinâ possessione, præcariò* (2).

42. — *A quelle classe appartient la complainte?* C'est à la catégorie *des interdits conservatoires* que notre action en complainte appartient. En effet, lorsque je suis demandeur dans cette action, mes conclusions ne tendent pas, comme dans la réintégrande dont nous aurons à nous occuper dans un instant, à récupérer la possession que je prétends m'avoir été enlevée *par la violence ou par le délit* d'un tiers. Je demande, au contraire, à être maintenu dans *le droit de possession* que j'ai acquis antérieurement au trouble, par une détention *corpore et animo* d'an et jour réunissant les caractères voulus pour réaliser à mon profit l'usucapion *du droit de possession*. Je n'ai pas cessé d'être *possesseur juridique,* malgré le trouble de mon adversaire, tant qu'il n'a pas usucapé contre moi le droit de possession de son côté.

La complainte n'est donc en réalité qu'un interdit *conservatoire,* avec cette différence à noter que dans cette action, j'obtiens du juge de paix la cessation du trouble ou la restitution de la détention corporelle dont

(1) GAÏUS, IV, §§ 148 et suiv.

(2) GAÏUS, *eod. loc.*, § 154.

j'ai pu être privé, depuis moins d'an et jour, par le fait de mon adversaire ; tandis que dans l'interdit *uti possidetis (uter possidet?)* des Romains, il ne s'agissait pas d'un cas de dépossession réelle, mais uniquement d'une menace violente de dépossession réelle (1).

En un mot, il se passe chez nous, en matière de *complainte,* ce qui s'est passé à Rome, par suite de l'abandon de l'interdit récupératoire, *de clandestinâ possessione.* Lorsque cet interdit tomba en désuétude, celui qui avait été privé de la possession par un fait clandestin, pût invoquer l'interdit conservatoire *uti possidetis,* comme n'ayant pas aux yeux du préteur, cessé de posséder, malgré la possession clandestine de son adversaire (2).

43. — *De la réintégrande.* — Un autre moyen protecteur de la possession juridiquement acquise, et même dans certains cas, de la simple détention, fût-

(1) La rédaction de l'interdit *uti possidetis* revenait à dire, de la part du magistrat : « Je défends que l'on use de violence à votre égard, pour vous empêcher de posséder de la manière dont vous possédez actuellement. » GAÏUS, IV, § 160. Cet interdit ne se donnait utilement qu'au possesseur juridique et il avait pour résultat le maintien en sa faveur de la possession contestée. Voy. CRÉMIEU, *Théorie des actions possessoires,* nos 61 et 62.

(2) Voy. sur cette intéressante matière, l'excellent résumé de M. PELLAT sur les principes du droit de propriété, pag. 51. Paris, 1837. Son système sur le mot *interdits, dicta inter duos,* est cependant rejeté par M. MACHELARD, *Revue critique,* 1864, pag. 346, not. 2. Mais suivant Justinien, Inst., § 1, *De interd.*, *interdicere* signifie *inter duos dicere.* Voy. aussi sur *les interdits,* M. DEMANGEAT, *Traité élémentaire du droit romain,* tom. II, pag. 674 et suiv. et sur *l'interdit clandestinâ possessione,* CRÉMIEU, nos 110 et suiv.

elle *violente*, *clandestine ou précaire,* est ce que l'on appelle, dans nos usages, *la réintégrande*.

Le mot *réintégrande* est un terme générique, exprimant l'idée d'un *ressaisissement judiciaire* de la possession de fait : lequel, suivant les cas, s'opère soit à l'aide de *la complainte* fondée sur une possession annale troublée par un fait de violence, soit à l'aide de *l'action personnelle de violence* dont l'exercice utile n'est nullement subordonné *à la possession annale*. Ce dernier point est vivement discuté (Cod. de proc., art. 23).

Ainsi, dans le système qui nous régit, le mot réintégrande est *complexe*. Il comprend *deux* actions distinctes, dont l'une est une action possessoire, et dont l'autre n'en a pas les caractères, bien que la pratique, *utilitatis vel necessitatis causâ,* l'assimile à une action possessoire sous le point de vue de la compétence du magistrat qui est appelé à en connaître. La première espèce de réintégrande n'est au fond rien autre chose que l'interdit *undè vi* des Romains transformé en complainte, et la seconde est l'action proprement dite *de violence,* c'est-à-dire, l'interdit *undè vi cum armis* qui est resté, sinon dans nos textes législatifs obligatoires comme action possessoire proprement dite, au moins *dans notre jurisprudence pratique,* avec son ancien caractère *récupératoire* (1).

(1) Voy. Gaïus, IV, §§ 154-155.

Voyons d'abord la complainte de réintégrande, nous examinerons ensuite l'action personnelle récupératoire de la possession de fait, ou *la simple réintégrande*.

44. — A. — *De la complainte de réintégrande.* — Pothier définit cette action de la manière suivante : « On appelle action en réintégrande, *l'action de com-* « *plainte,* lorsqu'elle se donne pour le cas de force et « dessaisine, c'est-à-dire dans lequel le possesseur n'est « pas seulement troublé, mais a été entièrement (ajou- « tons, ou partiellement) (1) *dépossédé par violence* (2). »

C'est à cette espèce de complainte *sui generis* que se refèrent les paroles suivantes de Lanjuinais : « Un « principe général est que la possession qui n'a pas « subsisté pendant un an, est *inutile* pour former la « complainte soit *de nouvelleté,* soit *de réintégrande.* « Tel est, depuis des siècles, le droit commun de la « France (3). »

45. — Il est incontestable que cette action a été conservée chez nous comme une espèce particulière de complainte possessoire, puisque l'art. 2060 du Code

(1) Il n'est pas nécessaire que la dépossession soit *entière.* Si mon voisin vient avec des gens armés combler mes rigoles pour augmenter à mon préjudice l'arrosage de ses prés, ou renverser mes clôtures pour se livrer un passage, il y aura certainement lieu *à la complainte de réintégrande.* Voy. MIROY, *Théorie des actions possessoires*, chap. IX, pag. 296. Vouziers, 1853. C'est un ouvrage précieux à consulter pour la pratique.

(2) *Traité de la possession,* n° 106.

(3) *Répertoire* de MERLIN, *V° Voie de fait*, art. 11.

Napoléon lui consacre une disposition formelle. Le doute est devenu impossible, depuis la promulgation de la loi du 25 mai 1838, sur les justices de paix ; car l'art. 6, malgré la vive controverse, et peut-être bien à cause de cette controverse agitée par les interprètes du Code de procédure sur son existence dans notre droit actuel, distingue l'action en réintégrande de la complainte proprement dite (1).

Cela posé, voyons quels sont les caractères propres de la complainte de réintégrande.

46. — Cette action n'est au fond rien autre chose que le *premier chef* de l'interdit récupératoire *undè vi* des Romains transformé en complainte ou en interdit *uti possidetis* conservatoire, par une suite nécessaire des modifications apportées dans la loi française au système romain sur l'acquisition et sur la protection du droit *de possession* (2). La réintégrande dont il s'agit,

(1) Voy. aussi l'ordonnance de 1667, tit. XVIII, et MIROY, chap. IX, pag. 263.

(2) Je dis *droit de possession*, quoique la possession prise en elle-même ne soit qu'un *fait successif* qui gravite et conclut par l'usucapion à la propriété. Mais lorsque ce fait réunit les conditions exigées par la loi pour être protégé utilement par la complainte possessoire, le possesseur acquiert, indépendamment de tout autre titre, *un droit réel :* celui de faire respecter sa possession elle-même, *adversùs omnes*. On peut dire alors qu'il a *le droit de posséder*, *le droit de possession*. Jusque-là, il n'a qu'une détention ou possession de fait qui peut lui être enlevée impunément, pourvu que cet enlèvement n'ait pas lieu à l'aide de la violence caractérisée par le second chef de l'interdit *undè vi*. Ainsi, dans notre législation, la possession juridique d'an et jour, se transforme *en véritable droit réel* protégé par les actions possessoires ; tandis que la simple détention ou possession de fait n'est pas protégée par ces actions.

diffère de la *complainte* ordinaire, en ce qu'elle conclut *au rétablissement,* tandis que la complainte simple conclut au maintien du possesseur. Ceci demande une explication.

47. — La possession s'acquérait à Rome *corpore et animo*. Il en est de même chez nous (Code Napoléon, art. 2228-2229). Mais il y a cette différence entre le système romain et le nôtre, que la possession utilement protégée par les actions possessoires, s'acquiert en France, par une détention corporelle, *cùm animo sibi habendi* d'an et jour, tandis qu'à Rome, on n'avait pas à se préoccuper, en général, de la question du temps pour l'usage des interdits. Cependant le temps était aussi pris en considération par le préteur pour la délivrance de l'interdit *utrubi* (1).

48. — I. *Exemple en droit romain :* Je possède une

lors même qu'elle réunirait les conditions requises pour conclure à l'expiration de l'année, à l'usucapion du droit de possession, à moins que *le possesseur de fait* ne se trouve dans le cas particulier prévu par le second chef de l'interdit *undè vi*, c'est-à-dire dans le cas où il est absolument nécessaire dans l'intérêt de l'ordre public de le protéger contre une violence très-grave...., *contre un délit*. Les difficultés qu'on rencontre ici sont venues de ce que la matière des interdits a été très-peu élucidée par les premiers interprètes du droit romain. Les travaux de l'Allemagne savante n'avaient pas encore porté la lumière dans cette partie *du corpus juris*, et voilà pourquoi nos anciens praticiens sont si obscurs dans tout ce qui touche aux actions possessoires. Voy. sur la théorie des interdits en droit romain, les savants articles de M. MACHELARD, *Revue critique,* tom. XXIV, pag. 346-417, tom. XXV, pag. 269 et suiv., 435 et 517.

(1) Le magistrat donnait la préférence à celui qui avait possédé le meuble litigieux pendant la plus grande partie de l'année, lorsqu'il s'agissait de *cet interdit*. GAÏUS, IV, § 150.

maison, *nec vi, nec clàm, nec prœcariò,* à l'égard de mon adversaire. Ce dernier vient m'en expulser par une violence ordinaire *(vi quotidianâ),* sans toutefois employer les armes. J'ai le droit d'invoquer l'interdit *undè vi,* à l'effet de récupérer la possession qui m'a été enlevée. Je n'aurais pas ce droit, si ma possession antérieure au trouble était elle-même *violente, clandestine* ou *précaire* à l'égard de mon adversaire (1); car le premier chef de l'interdit n'a pour objet que de protéger la possession *paisible, publique et à titre de propriétaire.* Le cas particulier dans lequel l'action récupératoire se donne même à celui qui possédait, *vi, clàm aut prœcario,* et qui a été expulsé à l'aide d'une violence très-grave commise en dernier lieu, fait l'objet du second chef (2).

49. — II. *Exemple en droit français :* Je possède la même maison, ou tout autre immeuble, *d'une manière paisible, publique et à titre de propriétaire,* depuis plus d'une année. Un tiers, le propriétaire lui-même, vient m'en expulser par la violence. J'ai le droit, au moyen de la *complainte de réintégrande,* non pas de récupérer la possession *comme droit,* puisque ce droit ne m'a pas encore quitté pour passer à mon adversaire,

(1) Qui *vi* possidet, ab adversario *impunè* dejicitur. PAUL, *Sent.*, lib. V, tit. 6, § 7.

(2) GAÏUS, IV, §§ 154-155.

malgré le trouble violent que j'ai éprouvé, mais de me *complaindre* devant le magistrat, à l'effet de faire reconnaître mon droit acquis à la possession antérieure au trouble, et par suite d'obtenir *le ressaisissement matériel*, en vertu de la sentence : en d'autres termes, comme le dit Boitard, « je conclus à la *possession de* « *fait*, en vertu de *ma possession de droit*. »

Voilà *la complainte de réintégrande* proprement dite dont se sont surtout occupés nos vieux coutumiers, et si cette espèce de complainte qui n'est au fond rien autre chose que le premier chef de l'interdit *undè vi* approprié à nos usages, a attiré spécialement leur attention, c'est parce qu'elle se présente bien plus fréquemment, en pratique, que l'action récupératoire qui se donnait au cas de la *dejectio cum armis*, suivant le second chef du même interdit : action *toute particulière*, *personnelle*, de violence que notre jurisprudence n'a pas moins conservée, en la modifiant toutefois sous certains rapports (1).

50. — La complainte de réintégrande, ainsi qu'il est facile de le voir par ce qui précède, diffère donc de la complainte ordinaire, en ce qu'elle est basée sur une *dépossession violente*, totale ou partielle,

(1) Voy. DE LAURIÈRE sur l'art. 96 de la *Coutume de Paris*, et à cet égard MIROY, chap. VI, pag. 51. HENRION DE PANSEY, chap. XXXV. On a fini par confondre deux actions distinctes en une seule. Voy. CUJAS, *Sent. de Paul*, liv. V, tit. VI, § 6, et sur la loi 18 *De vi. Quest. de Papinien*, liv. XXVI.

tandis que la complainte ordinaire ne repose que sur une dépossession ou un trouble exempts de violence, sur *un simple trouble*.

Cette différence entre ces deux actions de la même famille produisait les résultats suivants avant la loi du 22 juillet 1867.

51. — *Dans la complainte de réintégrande,* le juge de paix devait non-seulement condamner le défendeur à délaisser la détention violente, de même que dans la complainte ordinaire, il doit le condamner à délaisser la détention non infectée de violence, mais il était de plus tenu de prononcer *la contrainte par corps* contre le spoliateur, pour le contraindre, *etiam manu militari,* à remettre au possesseur annal la détention corporelle, à restituer les fruits, à payer les dommages intérêts (Cod. Nap., art. 2060); ce qui n'a pas lieu sous le rapport de la contrainte par corps, dans la complainte ordinaire (1).

On voit par là que la complainte de réintégrande était plus avantageuse, en ce qui concerne l'exécution du jugement que la complainte ordinaire. Aussi, le demandeur expulsé violemment ne manquait-il jamais d'exciper de sa possession d'an et jour, antérieurement au trouble, et de cette manière, il ne courait pas le

(1) La contrainte par corps n'existant plus en matière civile, la complainte de réintégrande se confond maintenant sous ce rapport avec la complainte ordinaire.

danger de perdre son procès. Car si le juge de paix venait à décider que la violence allégüée n'était pas prouvée, ou n'était pas suffisante pour fonder la réintégrande, il restait au moins la complainte ordinaire, implicitement comprise dans la demande. D'un autre côté, la complainte de réintégrande offrait plus, de sécurité au demandeur que l'interdit récupératoire de la possession de fait enlevée par violence *caractérisée délit* (deuxième chef de l'interdit *undè vi*) dont nous nous occupons plus bas. Car, s'il se bornait à articuler la violence, sans exciper de la possession annale, il était exposé à être déclaré mal fondé dans sa demande, et à être condamné aux dépens, dans le cas où le juge de paix n'appréciait pas les faits établis, comme suffisamment graves pour constituer l'espèce de violence nécessaire à la réintégrande du deuxième chef de l'interdit *undè vi*. Il est clair que la violence disparaissant dans cette dernière hypothèse, et la possession annale n'ayant pas été invoquée, il ne restait plus rien si ce n'est un plaideur téméraire qui avait calomnié son adversaire.

Ainsi, il valait toujours mieux agir par la complainte de réintégrande que par la complainte ordinaire et même que par l'action personnelle, récupératoire de la possession de fait, arrachée par violence *cum armis* du second chef de l'interdit : laquelle se trouvait aussi comprise dans l'expression générique *réinté-*

grande, au moins d'après la jurisprudence constante de la Cour suprême.

52. — *Des moyens protecteurs de la simple détention, ou de l'action récupératoire de la possession de fait* qui a moins *d'une année d'existence, au cas de violence caractérisée délit.* — Cette action a son origine dans l'interdit récupératoire *undè vi cum armis* des Romains, qui s'est malgré le silence du législateur français, et en dépit de l'art. 23 du Code de procédure, perpétuée dans nos usages (1). Ce fait indéniable est très-remarquable, et il prouve combien cette action est *nécessaire* à la petite propriété. Si la Cour de cassation qui tient bon contre à peu près l'unanimité des jurisconsultes, venait à changer sa jurisprudence, il y aurait une foule de méfaits que l'on commet dans les champs, qui échapperaient à une juste répression Avec sa manière de voir, au contraire, le juge de paix intervient sans grands frais et rétablit l'ordre à la place du désordre. Nous ferons donc cause commune avec elle contre les commentateurs du Code de procédure qui,

(1) Interdùm, etiam ei quem vi dejecerim, quamvis a me, *vi aut clàm, aut præcario* possideret, prætor cogeret restituere possessionem VELUT si armis eum vi dejecerim. GAÏUS, IV, § 155 *ad solam atrocem vim pertinet hoc interdictum*, L. 1, § 3, ff. *De vi et de vi armatâ.* Remarquons que le jurisconsulte ne cite la violence avec armes que comme *exemple.* Cela signifie que le second chef de l'interdit ne se donnait que dans le cas d'une violence très-grave : celui de la *vis quotidiana* se trouvant réglé par la disposition du premier chef.

se préoccupant peu du bien public, critiquent beaucoup sa jurisprudence (1).

Cela posé, prenons un exemple pour texte de raisonnement.

53. — Je suis en possession de fait, *putà* d'une maison ou de tout autre immeuble *même violemment, même clandestinement, même à titre précaire* à l'égard de mon adversaire. Celui-ci vient m'en expulser avec armes ou attroupements (traduisez, dans notre droit, avec une violence susceptible de constituer un délit); je n'ai pas sans doute le droit d'invoquer la complainte possessoire soit ordinaire, soit de réintégrande, puisque je ne puis me plaindre d'être troublé dans l'exercice *d'un droit de possession* que je n'ai pas. Mais, j'ai celui de recourir à l'action dont il s'agit que la jurisprudence qualifie *d'action possessoire,* quoique son caractère soit purement *personnel*, à l'effet de me faire réintégrer par le magistrat, suivant la règle de nos anciens coutumiers, *spoliatus ante omnia restituendus*, dans l'état où j'étais avant mon expulsion violente, et, par ce moyen, de reconquérir au moins provisoirement la possession de fait qui m'a été enlevée.

Autre exemple : Voyant un terrain abandonné, je m'en suis emparé sans exercer aucune violence contre

(1) Voy. M. COLMET D'AAGE, sur BOITARD, tom. I, n° 634. TOULLIER, TROPLONG, CURASSON et les auteurs cités et discutés par MIROY, *Théorie des actions possessoires*, chap. IX, pag. 263.

le propriétaire que je ne connais même pas, et j'ai commencé à le posséder *cum animo mihi habendi*, dans le but de conquérir le droit de possession d'an et jour pour arriver plus tard à la propriété par l'usucapion de trente ans.

Un tiers, le propriétaire peut-être, s'apercevant de mes intentions vient m'expulser à l'aide *d'une violence caractérisée suffisante* pour donner lieu au second chef de l'interdit récupératoire *undè vi*, compris aujourd'hui dans notre *réintégrande*.

S'il m'était permis de ressaisir la possession de fait, en l'expulsant à son tour avec la violence dont il a usé à mon égard, et s'il lui était permis de venir de rechef avec une plus grande force, m'expulser une seconde fois (il n'y a pas de raisons pour que l'on s'arrête dans cette voie), la récolte finirait par appartenir au plus fort ou au plus brutal qui n'aurait peut-être pas ensemencé le champ litigieux (1) ! Il est évident que, dans un tel système, la paix publique serait compromise et qu'il pourrait même se présenter des cas dans lesquels la force physique aurait pour résultat de constituer une possession là où la justice régulière n'aurait pu

(1) C'est ce qui a eu lieu jusque vers la fin du XIII^e^ siècle. Celui qui se trouvait avoir été dépouillé par violence, pouvait se faire justice à lui-même. Voy. HENRION DE PANSEY, *De la Compétence des juges de paix*, chap. LII. Mais saint Louis mit fin à cet abus en 1270, en ordonnant dans *ses Etablissements*, *que nul ne doit plaider dessaisi, mais qu'il doit demander saisine en toute œuvre.*

l'admettre et aurait dû la refuser. Or, c'est précisément ce que la loi ne peut pas vouloir. *Non est singulis concedendum quod publicè per magistratum potest fieri, ne sit occasio majoris tumultûs faciendi* (1). Ce que je n'ai pas le droit de faire impunément, le tiers ou le propriétaire lui-même ne peut le faire davantage. Les lois d'ordre public obligent tous les citoyens quels qu'ils soient, et il n'est qu'un très-petit nombre de cas spécialement indiqués par le législateur où il nous est permis de recourir à la force. Or, parmi ces cas, ne se trouve pas celui qui nous occupe. Comment donc, vais-je m'y prendre pour reconquérir la possession de fait qui m'a été arrachée par violence ?... Serait-il possible que la loi ne me donnât aucun moyen de ressaisir mon rôle de défendeur si précieux toujours dans les luttes judiciaires et qu'un brutal sera venu m'enlever à main armée ? Non. La jurisprudence de la Cour de cassation ne me force même pas de m'adresser aux tribunaux ordinaires dont les procédures sont trop coûteuses dans ces sortes d'affaires, et elle me permet de soumettre mes griefs au juge de paix du canton plus à même que tout autre de les apprécier sainement. En conséquence, je lui expose que j'ai été violemment expulsé du fonds dont j'avais la détention corporelle, et je lui demande de rétablir, par une sen-

(1) Paul, L. 176, ff. *De regulis juris.*

tence, les choses dans l'état où elles étaient avant ma dépossession violente : tout demeurant d'ailleurs réservé à l'égard du droit de possession fondé sur *la saisine d'an et jour,* si mon adversaire prétend l'invoquer plus tard et la prouver contre moi.

Ainsi, nous pensons que *la simple détention* est encore aujourd'hui, comme elle l'était autrefois dans le droit de Beaumanoir et de Bouteillier, protégée par un interdit que le droit canon appelait *le remedium spolii* par extension du brocard romain *spoliatus ante omnia restituendus,* mais que cette protection ne peut avoir lieu que quand la possession de fait *non annale* est enlevée au détenteur par une violence *caractérisée* (1).

Il nous semble que cette théorie est fondée en raison, car il existe en droit des possessions plus ou moins parfaites et qui par conséquent demandent chacune une protection quelconque. Il y a plusieurs degrés dans la possession, et il faut en tenir compte. La possession de fait ou l'occupation actuelle n'est pas *le néant.* Elle est par elle-même quelque chose qu'il est nécessaire de défendre contre la force physique, par l'une de ces actions personnelles récupératoires que le préteur faisait naître *ex maleficiis* et que l'usage attesté

(1) Voy. M. Etienne, *Inst. Just.*, liv. IV, tit. xv, § 6, et sur cette matière, M. Machelard, *Revue critique,* 1864, pag. 526 et suiv.

par nos vieux praticiens autorise à assimiler jusqu'à un certain point aux actions possessoires proprement dites.

Il est si vrai que la possession de fait ne doit pas être considérée *en droit* comme *le néant,* qu'elle peut donner un titre de préférence contre le possesseur non annal, suivant la règle *in pari causâ melior est causâ possidentis*, qu'elle fixe le rôle de défendeur, au moins provisoirement, jusqu'à ce qu'elle ait été remplacée par la possession juridique. Enfin, nous croyons qu'il est inexact de dire avec plusieurs de nos maîtres, que la possession de moins d'une année n'a aucune *valeur juridique.*

Aussi, la Cour de cassation persiste-t-elle à protéger la possession de fait, malgré l'enseignement donné à l'école, sinon contre tous les troubles possibles, comme ceux qui peuvent faire grief à la possession annale, au moins contre ces troubles violents de la force brutale, qui, s'ils étaient tolérés, ou ce qui reviendrait au même, s'ils ne pouvaient être immédiatement réprimés par une juridiction prompte et peu coûteuse comme celle du juge de paix, seraient de nature à troubler la paix des familles dans les campagnes où l'on se bat pour une roie de terre ou pour une haie enfoncée.

Voilà pourquoi la jurisprudence que nous approuvons, a approprié à nos usages l'interdit *undè vi cum*

armis des Romains en en faisant une action possessoire bien qu'elle soit essentiellement *personnelle*, et cela sans texte positif dans la loi et malgré tous les raisonnements de la doctrine.

Du reste, en cette matière, le jugement qui accueille ou qui rejette la demande, n'a qu'un caractère provisoire, même en ce qui touche la possession. Il n'est pas un obstacle *à la complainte*, si celui qui succombe sur la réintégrande, se croit fondé à l'exercer (1).

54. — Mais ici se présente une question. Quel caractère doit avoir la violence dans les actions de réintégrande dont nous venons de parler?...

Les Romains exigeaient pour la délivrance de l'interdit *undè vi* une *dejectio* plus ou moins violente, suivant les divers cas de l'édit. Lorsqu'il s'agissait du premier chef, c'est-à-dire de celui où la *dejectio* avait eu lieu, au préjudice du possesseur *nec vi, nec clàm, nec præcario*. Il n'était pas nécessaire que cette *dejectio* fût le résultat d'une violence *armée ;* mais dans le cas prévu par le deuxième chef, celui où la *dejectio* s'était

(1) Voy. notamment Cass., 16 novembre 1835. DEVILL., 1836, I-15. 19 août 1839. DEVILL., 1839, I-641. Cass., 5 avril 1841. DEVILL., 1841, I-295. Cette grave question ne se discute plus dans les tribunaux. La généralité des termes de l'art. 6 de la loi de 1838 sur les justices de paix est de nature à faire penser qu'on a voulu plutôt *étendre* que *restreindre* la portée des actions relatives à la possession. Voy. aussi une bonne dissertation de M. CHARLES DUMONT, dans *le Juge de Paix*, tom. IV, pag. 253, et ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, tom. II, § 189, not. 1 (3e édit.)

produite contre le possesseur *vi, clàm aut prœcario*, la violence avec armes était nécessaire à la délivrance utile de l'action (1).

La loi française ne s'étant pas expliquée catégoriquement à cet égard, autrement qu'en renvoyant implicitement à ce qui se passait avant la Révolution (2), c'est au magistrat à décider en fait si la violence alléguée présente un caractère suffisant de gravité. Sur ce point, la Cour de cassation enseigne que *la réintégrande* est basée sur un délit, qu'elle suppose nécessairement une voie de fait grave et positive portant avec elle un caractère de violence tel que l'usurpateur n'ait pu la commettre sans blesser la sécurité et la protection que chaque individu a le droit d'attendre de la loi, et sans compromettre la paix publique (3) : ce qui est très-juste et conforme à la tradition de l'ancien droit.

55. — L'exécution du jugement qui prononce le ressaisissement au profit du demandeur, dans l'action récupératoire de la possession de fait non annale, était garantie par la contrainte par corps tout aussi bien que dans le cas de la complainte de réintégrande ordi-

(1) Gaïus, IV, §§ 154-155.

(2) On s'est contenté de rappeler dans les textes la réintégrande sans la définir.

(3) Cass., 28 décembre 1826. Devill., 1825-1827, I-492, et les autres arrêts cités dans la note de l'arrêtiste. Voy. aussi Miroy, *Théorie sur les actions possessoires*, chap. x, pag. 277 et suiv.

naire (1). Aujourd'hui, il n'en est plus de même, puisque la contrainte par corps n'existe plus.

56. — *De la dénonciation de nouvel œuvre.* — Un troisième moyen de répression civile des atteintes portées à la possession, consiste dans ce que nous appelons assez improprement, la dénonciation de nouvel œuvre (2). Nous disons *improprement,* car la *nuntiatio operis novi* n'était pas un interdit possessoire, ce n'était qu'une simple prohibition. Le préteur ne donnait l'action que quand les travaux étaient continués contre la défense.

Nos anciens coutumiers n'ont pas compris cet événement juridique qu'ils se sont imaginés être *une action possessoire ;* et c'est de là que nous est venu ce que nous appelons aujourd'hui *la dénonciation de nouvel œuvre.*

Quoi qu'il en soit, lorsque le demandeur prend la voie possessoire, cette action telle qu'elle se comprend dans la pratique de nos jours, n'est qu'une espèce particulière de complainte qui a pour objet de faire ordonner la démolition ou la discontinuation de travaux commencés par le défendeur, *soit sur le fonds*

(1) Cod. Nap., art. 2060.

(2) Voy. *Digest.,* lib. XXXIX, tit. 1, et loi du 25 mai 1838, art. 6. Zachariæ-Aubry et Rau, tom. II, § 188 (3e édit.), une dissertation de Alban d'Hauthuille, *Revue de législation,* 1836-1837, tom. V, pag. 351-444, et tom. VI, pag. 49 et 278. Crémieu, n° 232. Miroy, chap. XII, pag. 300.

du voisin, soit sur son propre fonds (1) et dont le maintien ou l'achèvement serait de nature à porter atteinte aux droits légitimes du plaignant.

57. — Il est clair que toutes ces actions appartiennent à l'héritier saisi qui les exerce comme le défunt aurait pu le faire lui-même, si toutefois il se trouve dans les délais utiles, c'est-à-dire dans le terme de l'an et jour assigné comme limite à la recevabilité de sa demande (2).

Cela dit, nous passons à la question plus théorique que pratique, mais qui est très-controversée entre les docteurs, de savoir.....

58. — Si l'héritier peut au moyen de la complainte se faire maintenir ou réintégrer dans la possession de l'hérédité envisagée comme *universalité juridique?*...

Prenons pour exemple l'espèce suivante : Un successible d'un degré éloigné, dans l'ignorance que le défunt avait un fils, s'est mis en possession de toute la succession. Il se pose, *ergà omnes,* en qualité d'héritier unique du défunt. Cependant, le fils se présente avant l'expiration de l'année, à partir de la prise de posses-

(1) La dénonciation de nouvel œuvre ne diffère de la complainte ordinaire que par la nature du trouble possessoire. Dans la complainte, le trouble s'adresse toujours au fonds du possesseur, tandis que dans la dénonciation de nouvel œuvre, le trouble consiste dans un ouvrage ou dans une construction opérée *même* sur le fonds du défendeur. Voy. CRÉMIEU, n° 246.

(2) Cod. de proc., art. 23.

sion de son adversaire, et, au lieu de l'assigner devant le tribunal civil par l'action en pétition d'hérédité, il le cite devant le juge de paix, pour voir dire qu'il a pris pour trouble à sa possession légale (art. 724) le fait en question, et qu'en conséquence il sera remis dans l'état où il se trouvait, avant la prise de possession de l'héritier apparent (1). Peut-il agir ainsi ?...

C'est une question vivement débattue quoiqu'elle ne se présente jamais.

59. — A. — *Premier système.* — *En ce qui touche l'universalité immobilière,* on s'accorde généralement à reconnaître la possibilité de l'exercice utile de la complainte (2), car les actions possessoires s'appliquent, sans difficulté, aux immeubles, et par conséquent à l'ensemble des immeubles qui peuvent se trouver dans la succession. Mais on soutient qu'il n'en saurait être de même *à l'égard de la succession mobilière,* et que l'esprit général et les textes de la légis-

(1) On peut supposer d'autres espèces pour l'utilité de la question : par exemple, un légataire universel, en conflit avec un légataire à titre universel *du mobilier*, ou deux légataires à titre universel *du mobilier*, se disputant la succession mobilière.

(2) On pourrait cependant discuter le point de savoir si, par exemple, la possession de l'héritier apparent d'un degré inférieur, commencée six mois après l'ouverture de la succession, ne devrait pas être considérée par une fiction comme ayant réellement commencé utilement à partir du jour même du décès. La jurisprudence de la Cour suprême a une tendance vers cet ordre d'idées, du reste très-contestable au point de vue de la théorie des actions possessoires. Voy. les arrêts cités *suprà*, tom. I, n° 102 à la note.

lation sur les actions possessoires, sont inconciliables avec l'admissibilité de la complainte en cette matière.

Pour soutenir cette opinion, on se fonde :

1° Sur les lois des 24 août 1790 et 25 mai 1838, comme aussi sur les art. 2 et 3 du Code de procédure, desquels on conclut que cette action n'est jamais applicable qu'à des immeubles et à des droits immobiliers. « Le *droit romain,* disait Bigot (Fenet, tom. XV, « pag. 600) accordait sous le nom de *interdictum* « *utrubi,* une action possessoire à ceux qui étaient « troublés dans la possession d'une chose mobilière. « Mais, *dans le droit français,* on n'a pas admis à « l'égard des meubles, une action possessoire distincte « de celle sur la propriété. Que pourrait d'ailleurs, dit- « on, signifier pour les meubles, la possession annale « exigée par l'art. 23 du Code de procédure? En cas « de débat relatif à une succession mobilière, la ques- « tion tient au fond du droit et ne peut être jugée que « d'après les titres. A quoi aboutirait la maintenue « possessoire de l'injuste détenteur, si ce n'est à favo- « riser son usurpation, à le mettre à même d'user, « d'abuser, et même de détruire les objets qui com- « posent l'universalité des meubles (1) ? »

2° Sur l'art. 2279 du Code Napoléon que l'on pré-

(1) Curasson, *Traité de la compétence des juges de paix*, art. 6, part. 1, § 3.

tend, *à tort,* applicable tout aussi bien aux universalités de meubles qu'aux meubles pris individuellement (1).

Nous croyons cette solution juste au fond, quoique la raison invoquée par Curasson à l'appui de son opinion, ne soit pas la véritable.

60. — B. — *Deuxième système, droit romain.* — La possession de l'hérédité ou des objets qui en faisaient partie, se réglait *in jure,* par la délivrance d'un interdit particulier appelé *quam hæreditatem,* lequel se donnait dans le conflit de l'héritier véritable avec le possesseur *pro hærede vel pro possessore*. Cet interdit avait cela de remarquable qu'il présentait *une double fin* et qu'il était tout à la fois, tantôt *adipiscendæ,* et tantôt *reciperandæ possessionis*, suivant que le demandeur en pétition d'hérédité n'avait jamais possédé, ou avait eu la possession qu'il avait perdue ensuite, par un fait de son adversaire. Faute par le défendeur de fournir la caution *judicatum solvi*, le demandeur se faisait délivrer cet interdit *quam hæreditatem,* au moyen duquel le défendeur était tenu de transférer la possession à son adversaire : de sorte que les rôles se trouvant intervertis, le demandeur n'avait plus rien à prouver, mais simplement à attendre que l'adver-

(1) FAVARD LANGLADE, *V° Complainte*, pag. 589. GARNIER, *Traité des actions possessoires*, pag. 194. MIROY, pag. 55 et 56.

saire établît lui-même ses droits prétendus et fît ses preuves (1).

Au cas de l'hérédité prétorienne, l'interdit *quorum bonorum*, procurait aux successeurs prétoriens, la possession réelle de tous les objets corporels détenus par le *possessor pro hærede vel pro possessore*. C'était un interdit *adipiscendæ possessionis* (2).

61. — II. *Ancien droit français.* — Les coutumes et les ordonnances admirent, sans difficulté, la complainte possessoire relativement *aux universalités* de meubles et d'immeubles dépendant des successions. C'est ce qui résulte des témoignages les plus authentiques.

La *Coutume de Paris*, art. 97, portait : « Aucun n'est « recevable de soi complaindre et intenter le cas de nou- « velleté pour une chose mobilière particulière, mais « bien *pour universalité de meubles* comme une suc- « cession mobilière. »

Passons à l'ordonnance de 1667 (3). « Si aucun « est troublé en la possession et jouissance *d'une*

(1) Voy. sur cette intéressante matière, un article de M. PELLAT, dans la *Revue de législation*, année 1836, pag. 416. Il y traite des interdits *à double fin*, et notamment des interdits *quem fundum et quam hæreditatem*. C'est à une découverte récente d'un fragment d'Ulpien que l'on a faite à Vienne, que nous devons d'en pouvoir parler. Voy. aussi ZIMMERN, § 46, et les notes de M. ETIENNE sur son *Traité*.

(2) ULPIEN, L. 1, pr. ff. *Quorum bonorum*.

(3) Tit. XVIII, art. 1er.

« *universalité de meubles*... il peut dans l'année de « trouble...., etc. »

« Quoique la complainte n'ait pas lieu pour les « meubles, cependant, elle a lieu pour une *univer-* « *salité de meubles,* comme en matière de succession « mobilière, parce que une telle universalité semble « représenter *une espèce d'immobilier* (1). Mais dans « quels cas appliquera-t-on cette maxime attestée par « les commentateurs ? Il paraît, répond Bourjon (2) « qu'elle ne peut s'appliquer que lorsqu'une succes- « sion est contestée entre plusieurs (3). »

62. — III. *Droit intermédiaire.* — La loi des 16 et 24 août 1790, sur l'organisation judiciaire, s'est contentée de ranger les actions possessoires dans la compétence des juges de paix, mais sans innover au droit qui les régissait antérieurement.

63. — IV. *Droit actuel.* — Le Code Napoléon, le Code de procédure et la loi de 1838 sur les justices de paix, ne contiennent aucune disposition qui soit de nature à faire penser que l'on aurait voulu rejeter la complainte en matière de successions mobilières. Tout ce qu'on peut en conclure, c'est que certains

(1) *Sapit quid immobile,* suivant le langage des vieux coutumiers.

(2) *Droit commun de la France*, tom. II, L. 6, tit. IV, sect. 3.

(3) Voy. aussi LAURIÈRE sur l'art. 97 *de la Coutume de Paris*. Le *Grand Coutumier*, L. 2, chap. XXI, et, à cet égard, le savant traité de HENRION DE PANSEY, sur la *Compétence des juges de paix*, chap. XLV, § 5.

droits, tels que *les rentes foncières et le champart* qui donnaient autrefois lieu à la complainte, n'en sont plus susceptibles (1)

Mais, dit-on, on ne peut admettre à l'égard des meubles une action possessoire distincte de la propriété. Comment comprendre que, sous l'empire de de la maxime *en fait de meubles possession vaut titre*, le juge de paix puisse statuer sur la possession des meubles, sans en même temps statuer sur la propriété? Ce serait cumuler le pétitoire et le possessoire.

On répond que, dans l'ancienne jurisprudence, le principe de l'art. 2279 du Code Napoléon accepté déjà par Bourjon comme une maxime de droit commun (2), n'était pas un obstacle à la complainte du possesseur annal de la succession mobilière et que la règle *en fait de meubles possession vaut titre,* faussée par Toullier, mieux entendue par M. Troplong, ne s'est jamais appliquée et ne s'appliquera jamais à des universalités de meubles, mais seulement à des meubles corporels pris *individuellement* (3).

Il ne reste donc à ceux qui soutiennent le premier système que l'argument général rappelé plus haut

(1) Cod. Nap., art. 529-530.

(2) Tom. I, pag. 911, *édit.* de 1747.

(3) Voy. Cass., 10 février 1840. DEVILL., 1840, I-572. Cass., 26 août 1833. DALLOZ, 1833, I-207. TROPLONG, *De la prescription*, tom. II, n° 1066. ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, tom. II, § 183, 3°.

qu'ils tirent de l'art. 3 du Code de procédure pour chercher à établir que la complainte ne doit jamais être admise que lorsqu'il s'agit *d'immeubles ou de droits réels immobiliers*.

A quoi les partisans du second système répliquent encore : 1° Que l'art. 3 du Code de procédure n'a rien d'inconciliable avec leur opinion et qu'il n'y a rien que de très-raisonnable à porter la complainte à raison d'une succession mobilière devant le juge de paix du domicile de l'hérédité, c'est-à-dire du lieu où la succession s'est ouverte (Cod. procéd., art. 59, 1°);

2° Que, si les lois précitées se sont contentées de régler la compétence des actions possessoires sans définir ces actions, c'est bien évidemment parce qu'elles ont entendu leur conserver le caractère qui leur était propre sous l'empire de la législation existante alors : d'où il résulte qu'en l'absence de textes abrogatoires, on doit encore admettre aujourd'hui, comme autrefois, la complainte en matière de successions mobilières tout aussi bien que dans les successions immobilières (1).

Ce second système est certainement très-séduisant

(1) Voy. dans ce sens, MERLIN, *V° Complainte*, sect. 1, § 1, n° 3. TROPLONG, *Traité des prescriptions*, tom. I, n° 281. BOITARD et COLMET D'AAGE, *Leçons sur la procédure*, tom. I, n° 628, 6e *édit.* p. 644. MARCADÉ, art. 2228, n° 3. VAZEILLE, *Traité des prescriptions*, tom. II, n° 707. HENRION DE PANSEY, *loco suprà citat.*, chap. XLV, § 5.

surtout au point de vue historique, et cependant nous aurions de la peine à l'admettre comme l'expression de la vérité législative *actuelle*. Bien plus, nous serions tenté de déclarer l'héritier non recevable dans sa complainte possessoire même en ce qui touche *l'universalité immobilière*, si elle était formulée de manière à ne s'appliquer qu'à *l'universalité juridique* considérée comme *être de raison* et non pas aux immeubles nominativement indiqués.

Pourquoi cela? c'est parce que une *universalité qui existe indépendamment des biens qui la composent*, comme une *hérédité*, n'est pas susceptible d'être *usucapée* par la possession même de trente ans. On peut sans doute en acquérir les biens par la prescription, mais *le droit universel* inhérent à la qualité d'héritier est inséparable de celui qui en est utilement saisi, et un tiers ne saurait, eût-il passé depuis soixante ans pour le successeur réel du défunt, acquérir *la qualité d'héritier*. Il y a longtemps que *les hérédités (ipsas hæreditates)* ne s'usucapent plus, bien qu'elles se soient usucapées avant Gaïus, ainsi qu'il nous l'apprend dans ses Institutes (1).

Or, si l'universalité juridique n'est pas susceptible d'une possession utile *ad usucapionem*, il me semble que la complainte ne saurait jamais s'appliquer au cas

(1) Comm. II, § 54. Voy. POTHIER, *Traité du contrat de vente*, n° 529.

dont il s'agit. L'art. 23 du Code de procédure n'accorde les actions possessoires *qu'aux possesseurs*, et ici la matière n'est pas susceptible d'être *possédée*. Donc la complainte devrait être déclarée non recevable. Et de fait, l'héritier n'a-t-il pas d'autres moyens bien plus énergiques pour arriver à ses fins qu'une mesure purement conservatoire comme l'est une *complainte possessoire*? N'a-t-il pas *la pétition d'hérédité* ou *l'action en partage*, le cas échéant? Evidemment. Aussi Bigot Préameneu disait-il, en présentant *le titre des prescriptions*, que : « *S'il s'agit d'une universalité de meubles « telle qu'elle échoit à un héritier, le titre universel se « conserve par les actions qui lui sont propres,* » c'est-à-dire par *la pétition d'hérédité* et *l'action en partage*. Voilà notre opinion sur cette question délicate (1).

64. — *Réflexions générales sur les actions possessoires au point de vue du publiciste.* — Toutes ces difficultés et une foule d'autres que nous passons sous silence pour ne pas entraver la marche de notre exposition *du droit de succession*, prouvent que la science est encore loin d'être faite en matière *d'actions possessoires* (2). Et, quand on pense que ces problèmes, les

(1) *Junge*, FAVARD DE LANGLADE, *Répert. V° Complainte*, sect. 1, § 1, n° 3. BELIME, *Traité de la possession*, n° 278. CARRÉ, *De la compétence*, tom. III, *édit.* de 1833, n° 208, pag. 320 et suiv. CRÉMIEU, n^os^ 369 et suiv. Et ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, 3^e^ *édit.* § 185, note 3, tom. II, pag. 108.

(2) Je ne suis jamais si embarrassé que quand j'ai à me prononcer sur des

plus ardus de ceux que les juges ont à résoudre, sont soumis à des hommes qui, d'après Thouret, « ne devaient être que de bons pères de famille appelés au « milieu de leurs enfants à prononcer vite et sans « frais, sur les choses de conventions très-simples et « sur celles de fait qui ne peuvent bien s'apprécier « que par l'homme des champs qui vérifie les faits « sur les lieux mêmes et qui trouve dans son expé- « rience des règles de décisions plus sûres que la « science des formes et des lois... » on se demande si l'orateur de l'Assemblée constituante n'a pas tracé son ravissant tableau uniquement pour ne pas décourager ceux qui briguent ces honorables et très-difficiles fonctions!...

65. — On agite dans le monde juridique la question de savoir si les actions possessoires ne devraient pas être éliminées de nos codes. Dans l'état actuel des choses, il est évident qu'il y aurait impossibilité de les supprimer. Bien des contestations se terminent au bureau du juge de paix. Mais je pense qu'à l'aide d'une combinaison cadastrale dont je parlerai dans un instant, cette suppression serait possible et qu'elle débarrasserait la justice de bien des difficultés.

appels de jugements rendus par les juges de paix *en matière d'actions possessoires*. Il y a toujours dans ces sortes d'affaires des pointes d'aiguilles et des subtilités d'appréciations de circonstances qui sont très-difficiles à tirer au clair.

Est-il nécessaire de dire qu'il est aujourd'hui beaucoup de cantons dans lesquels les audiences de justice de paix se transforment en véritables champs-clos? Les cultivateurs excités par ce qu'on appelle *les avocats de village*, s'y donnent rendez-vous à jours fixes. Si la matinée est consacrée à liquider dans le prétoire du magistrat l'entreprise de la semaine écoulée, la soirée se passe dans les cabarets, *d'une part* à célébrer la victoire du jour, et *d'autre part* à organiser la petite vengeance de la semaine à venir : le tout, bien entendu, *inter amicos,* et par conséquent *inter pocula ;* de sorte que, en réalité et malgré tous les efforts du juge de paix, on finit ces jours-là, assez souvent, par ne concilier que deux choses, à savoir : *le vin et l'eau-de-vie!*... De plus, cette facilité de plaider fait naître et entretient l'habitude de la chicane et de la mauvaise foi qui est une maladie chez les esprits peu éclairés, à ce point que tels laboureurs, très-honnêtes gens d'ailleurs, et qui se feraient scrupule de conserver un sol qu'ils sauraient appartenir à autrui si ce sol était arrivé dans leurs mains par une autre voie, *retournent* les champs de leurs voisins et les accaparent en partie, soit en poussant les haies, soit en déplaçant les fossés, soit en rognant les eptures sans aucune charge apparente de conscience. Il y a là quelque chose à faire.

66. — Un bon cadastre dressé autant que possible

contradictoirement, dans tous les cas sur l'indication des possesseurs et par les soins *d'agrimensores* payés par les propriétaires, par l'État et par les communes qui y ont le plus grand intérêt, et rendu obligatoire pour tous faute d'être contesté dans un délai législativement fixé, vaudrait infiniment mieux que toutes les actions possessoires du Code de procédure. Dans les localités assez heureuses pour posséder ce cadastre que l'on nomme le *papier terrier*, on ne voit jamais de procès sur la possession et très-rarement sur la propriété des héritages ruraux. Le *papier terrier* devient le juge souverain des difficultés. Il ne s'agit que de l'appliquer sur le terrain et de suivre la filiation des titres qu'il contrôle.

SECTION II.

Des moyens pétitoires par lesquels l'héritier poursuit et fait respecter son droit de succession.

67. — MÉTHODE. — Nous venons de voir dans la section précédente les moyens à l'aide desquels l'héritier peut faire reconnaître son droit à la possession des choses héréditaires qui lui est transmise par l'effet seul de la saisine. Nous passons aux moyens par lesquels il revendique l'hérédité et les choses qui en dépendent.

Ces moyens que l'on nomme *pétitoires* consistent : 1° dans *la pétition d'hérédité* qui se donne à l'héritier véritable contre les héritiers apparents, c'est-à-dire contre les possesseurs qui lui contestent ou qui sont réputés lui contester sa qualité; 2° et dans la *revendication* qui se donne également à l'héritier saisi contre tout possesseur en général qui ne conteste pas sa qualité, mais qui cependant entend conserver la chose ou les choses de l'hérédité à un autre titre que celui *d'héritier*.

Nous subdiviserons cette section en deux paragraphes. Le *premier* sera consacré à la pétition d'hérédité, le *second* à la revendication proprement dite.

§ 1er.

DE LA PÉTITION D'HÉRÉDITÉ.

SOMMAIRE.

68. — Notion de la pétition d'hérédité. C'est une action réelle.

69. — Cette action présente parfois quelque chose de personnel.

70. — Discussion sur la nature de l'action.

71. — Remarque judicieuse de Doneau. Conclusion.

72. — L'action, universelle dans le principe, est spéciale dans l'exécution.

73. — Méthode et division du sujet.

68. — *Notion de la pétition d'hérédité.* — La pétition d'hérédité est une espèce particulière de revendication. C'est par conséquent une action *réelle*. Seulement, dans l'action en revendication proprement dite, la question est de savoir si le demandeur a suffisamment justifié sa *qualité de propriétaire* de la chose ou des choses particulières qui en font l'objet, tandis que, dans la pétition d'hérédité, le point capital consiste à rechercher s'il a bien établi la qualité d'héritier que le défendeur lui conteste et par suite son droit à la restitution de tous et de chacun des biens composant la succession.

Petitio hæreditatis est actio in rem, dit Doneau (1), *per quam hæreditatem nostram petimus et per causam hæreditatis res singularias hæreditarias ab eo qui quid earum rerum sinè causâ possidet, ut nobis restituatur.*

Les textes nous présentent cette action comme étant principalement *in rem*. Or, comme *l'intentio* de ces sortes d'actions était conçue d'une manière générale, il est permis de conjecturer que sa formule a dû être la suivante : *Judex esto; si paret hæreditatem titianam de quâ agitur ex jure quiritium auli Agerii esse, quidquid numerius Negidius pro hærede, vel pro possessore possidet, nisi arbitrio tuo restituat, quanti ea res erit, numerium Negidium aulo Agerio condemna... si*

(1) Doneau, comm. *De jure civili*, L. 19, cap. XII-II.

non paret absolve (1). Dans le principe on agissait *per sponsionem*.

La chose que nous revendiquons dans cette action, est *l'hérédité* que nous prétendons nous appartenir et nous demandons que cette chose nous soit restituée par le possesseur-défendeur pour tomber sous l'exercice de nos droits, non pas parce qu'il a contracté une obligation envers nous, mais bien par cela seul qu'il possède quelque valeur de la succession, soit avec la prétention de s'attribuer l'hérédité en tout ou en partie, c'est-à-dire en se donnant à tort la qualité d'héritier et par suite en contestant la nôtre, soit même sans prétendre personnellement à la qualité d'héritier, mais en contestant cependant la nôtre et en n'invoquant d'ailleurs aucun autre titre pour légitimer sa possession (2). C'est donc, à n'en pas douter,

(1) Voy. L. 25, § 18, ff. *De hæreditatis petitione*. GAÏUS, com. IV, § 51, *in fine*. GRUSSE, *Thèse pour le doctorat*, Paris, 1859. ZIMMERN, *Sur la formule pétitoire*, § 65, et DEMANGEAT, *Traité élémentaire du droit romain*, tom. II, pag. 577.

(2) Quelques jurisconsultes ont toutefois pensé que la pétition d'hérédité avait son fondement dans ce que nous appelons un quasi-contrat *(quasi ex contractu)*, et qu'en se mettant en possession des biens héréditaires, l'héritier apparent contracte implicitement l'obligation de restituer au légitime héritier tout ce qu'il détient provenant de l'hérédité, *quasi ex contractu*, comme s'il était intervenu entre eux un véritable contrat, *vel quasi ex delicto*, dans les cas où la prise de possession ne repose que sur la mauvaise foi. Mais cette opinion qui ferait de la pétition d'hérédité une *actio in personam* ne repose sur rien de décisif. (Voy. HILLIGER sur DONEAU, *loco citato*, III, note 1. Comp. pourtant Cod. Nap., art. 1379, *infrà*, nos 176 et suiv.)

une action *réelle*. Voilà son principal caractère (1).

69. — Cependant, il faut remarquer que parfois cette action présente quelque chose de *personnel*. Ceci demande une explication; car ce n'est pas pour rien que la loi 7 au Code *De petit. hæredit.* l'appelle *mixta personalis actio*.

70. — Dans les actions réelles en général, le possesseur qui cesse *sans dol* de posséder la chose litigieuse, se met par cela même à l'abri de l'action *in rem*, puisque cette action n'est attachée qu'à la chose qu'il ne possède plus et non pas à sa personne : *l'intentio* de la formule étant conçue d'une manière générale et ne désignant même pas le défendeur vu que c'est à la chose même que l'on s'adresse. On sait qu'il en est autrement dans les actions *in personam*, puisqu'elles suivent la personne obligée, abstraction faite de la possession de la chose ou des choses qu'elles peuvent avoir pour objet. Or, l'action en pétition d'hérédité qui se donne même contre *les possessores juris*, par exemple, contre un débiteur du défunt qui refuserait de payer le demandeur en s'attribuant la qualité d'héritier, peut souvent quoique principalement réelle de sa nature, donner lieu accessoirement à *des prestations*

(1) CUJAS voit dans la pétition d'hérédité deux actions distinctes, l'une *réelle* et l'autre *personnelle*. *Com. sur les différences de Modestin*. L. 46, ff. *De hæred. petit.* C'est qu'en effet la pétition d'hérédité joue quelquefois le rôle d'une action personnelle. Voy. M. DEMANGEAT, *Traité* précité, pag. 578.

personnelles et, par conséquent, entraîner contre le défendeur des condamnations en indemnité outre celles relatives à la restitution. Ainsi, bien que le possesseur *pro hœrede* défendeur ait cessé sans dol de posséder les choses héréditaires, il n'est pas moins tenu personnellement de restituer au demandeur qui triomphe, les sommes qu'il a reçues des débiteurs de la succession et celles provenant des ventes qu'il a pu faire, quoiqu'il ait dissipé les sommes et qu'il n'ait plus entre les mains les espèces identiques qu'il a pu encaisser. *Petitio hæreditatis,* dit Ulpien (1), *etsi actio in rem sit, habet tamen præstationes quasdam personales, ut putà, eorum quæ a debitoribus sunt exacta, item prætiorum.* C'est probablement la raison pour laquelle un grand nombre d'interprètes considèrent la pétition d'hérédité comme une *action mixte : mixta actio de utràque reali et personali participans*, dit Hilliger (2).

Mais on répond avec avantage que les caractères des trois actions qualifiées *mixtes,* ou plutôt qui semblent avoir un caractère mixte, d'après le § 20 du titre *de actionibus* des Institutes de Justinien, ne se rencontrent dans la pétition d'hérédité en aucune façon. Nous

(1) Voy. L. 25, § 18, et à cette occasion LL. 19-20, § 1-3, LL. 27-32, ff. *De hœred. petit.*

(2) Sur DONEAU, *loc. cit.*, cap. XII-III, note 1.

pensons même que les trois actions *familiæ erciscundæ*, *communi dividundo* et *finium regundorum* ne sont, au fond des choses, que *des actions personnelles,* malgré la vive controverse que les interprètes agitent à leur occasion. En droit français, sans doute, on peut voir dans l'action en partage une action *réelle,* et ce n'est pas pour rien que nous avons entendu professer cette idée à la faculté ; mais, en droit romain, il nous est impossible d'avoir la même opinion. Les trois actions du § 20 précité *in personam sunt omninò, in rem non sunt,* dit Doneau, bien qu'au premier coup d'œil, *mixtam causam habere videntur* (1).

Ainsi, de ce que des circonstances accidentelles peuvent produire dans l'exercice de l'action dont nous traitons, telles ou telles prestations *personnelles*, ce n'est pas un motif suffisant pour que l'on s'autorise à en changer la nature principalement *réelle*. S'il en était autrement, *la rei vindicatio* qui est le type des actions réelles, serait elle-même *une action mixte*.

Ne peut-il pas se faire que la pétition d'hérédité

(1) Voy. Doneau, tom. VI, pag. 741-742, sur le tit. xvii du liv. IV des Inst. de Justinien et la note d'Hilliger où cette matière est longuement traitée. MM. Demangeat, *Traité* précité, tom. II, pag. 560 3°, et de Savigny, *Système*, tom. V, §§ 209-216, expliquent ces mots du § 20 du titre des actions des Institutes : *mixtam causam habere videntur,* parce que parfois dans les textes, le mot *adjudicatio* se prend pour désigner la reconnaissance d'un droit réel, au point de vue pratique. Voy. aussi Boitard, Cod. procéd., art. 59, n° 134.

même formulée *cum omni causâ,* ne soit aucunement accompagnée en fait de prestations personnelles, par exemple, de restitutions de sommes encaissées, de fruits ou de dommages-intérêts? Sans doute...., et il arrivera souvent que ces expressions *cum omni causâ* ne s'appliquant à rien, la revendication de l'hérédité restera pure et simple, dégagée de toute obligation personnelle. Dira-t-on, dans ce cas, que l'action est *mixte?* Evidemment non. Donc, l'action est *réelle* en principe, dans sa cause essentielle et non pas tout à la fois, *réelle et personnelle.*

71. — Doneau va même plus loin encore. Car, à ses yeux, le défendeur doit être considéré comme possesseur des sommes qu'il a reçues des débiteurs de la succession, et cela, quoi qu'il les ait dissipées : attendu, dit-il, que l'argent ne périssant pas, et la restitution pouvant s'opérer en espèces du genre, on ne doit pas regarder le défendeur comme ayant cessé de posséder les sommes qu'il a pu encaisser *ex hæreditariâ causâ* (1).

Concluons donc que la pétition d'hérédité est une action *réelle, universelle* qui se donne à l'héritier légitime, contre tous les héritiers apparents de bonne ou

(1) Jàm vero, hujus modi (argentum) res perire non possunt, sic, nec dici desinere possideri. Ita fit, ut quoniam qui istarum rerum nomine teneri cæperat *cas a se non amittit;* ideo, suffragante etiam actione *in rem naturâ,* perpetuò *tanquàm possessor,* earum rerum nomine *teneatur*. Com. de jur. civil., cap. XII, III, lib. XIX.

de mauvaise foi. Il n'est pas même, chez nous, nécessaire que le défendeur élève la prétention de s'attribuer *le jus universale ;* il suffit qu'il conteste au demandeur sa qualité d'héritier du défunt (1).

72. — Cette action est toujours *universelle* ou *à titre universel,* dans ses prémisses, suivant que le demandeur revendique la totalité ou une quote-part seulement de l'hérédité, mais elle devient *spéciale* dans l'exécution. Elle se produit ordinairement dans nos tribunaux incidemment aux demandes en partage ou licitation. Le débat qui s'engage alors sur la qualité d'héritier, est une question préjudicielle qui est suivie du jugement qui ordonne le partage ou la licitation, avec fixation définitive des qualités (2).

73. — *Méthode.* — Nous aurons à voir, en traitant cette matière :

1° Quelles sont les personnes qui peuvent exercer

(1) Je ne vous reconnais pas pour héritier. Vous n'êtes pas le parent du défunt. Quand l'héritier se présentera, je verrai ce que j'aurai à faire. Voilà le langage que peut tenir le défendeur. Mais on sent que cette fin de non-recevoir ne peut se produire que rarement, parce que, le plus souvent, le débat aura lieu entre deux prétendants à la succession dont l'un sera en possession, et se prétendra héritier ou successeur du défunt. Ainsi, il suffit que la résistance du défendeur mette le demandeur dans la nécessité de démontrer qu'il *est héritier* plutôt que son adversaire (L. 42, ff. *De hæred. petit.)*

(2) Voy. Cass., 6 décembre 1825. DEVILL. à sa date. Voy. aussi Cass., 13 novembre 1833. DEVILL., 1833, I-839. L'action en pétition d'hérédité n'a lieu que entre ceux qui se prétendent héritiers ou contre des acheteurs de droits successifs, suivant la jurisprudence de la Cour.

la pétition d'hérédité, et quels sont les tribunaux compétents pour en connaître?....

2° Quelles sont les personnes contre lesquelles cette action se donne?....

3° Quelles sont les conclusions du demandeur; ce qu'il doit prouver pour réussir dans ses prétentions, et quels sont les effets de la *litis-pendance*, tant à l'égard des parties qu'à l'égard des tiers?....

4° Enfin, quel est le résultat final de la pétition d'hérédité, et en quoi consistent les restitutions réelles et les prestations personnelles qui doivent se faire en exécution du jugement qui a reconnu le bien fondé de la demande?...

Ces divers points seront traités dans les quatre articles suivants.

Comme nos interprètes ne se sont occupés de cette matière qu'en passant, et sans toujours lui donner tous les développements qu'elle comporte (1), nous lui consacrerons quelques détails, en suivant pour l'exposer autant que possible, la synthèse de Doneau, sauf à la modifier et à la compléter dans celles de ses parties qui demandent à l'être, pour être mise en harmonie avec notre droit actuel, comme aussi à la débarrasser de tout ce qui n'a plus d'intérêt pour nous.

(1) Voy. pourtant ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, tom. V, § 616 (3e édit.)

ART. 1er.

Quelles sont les personnes qui peuvent exercer la pétition d'hérédité et devant quel tribunal elles doivent agir.

SOMMAIRE.

74. — A. De ceux qui peuvent exercer la pétition d'hérédité *en droit romain*.

75. — *En droit français*.

76. — Cas exceptionnel de l'art. 1006 du Code Napoléon.

77. — Les parents des degrés inférieurs peuvent-ils exercer la pétition d'hérédité, en cas d'abstension de ceux qui les précèdent dans l'ordre de successibilité?

78. — Le demandeur en pétition d'hérédité est nécessairement acceptant.

79. — Un successible d'un degré inférieur peut-il, au cas où la succession a été acceptée par un parent d'un degré plus proche, exercer la pétition d'hérédité contre un usurpateur étranger, lorsque le premier degré garde le silence.

80. — B. De la compétence des tribunaux.

a. En droit romain.

b. En droit français.

81. — Le juge de paix, comme juge civil, ne peut jamais connaître de cette action.

82. — Lorsqu'elle se présente incidemment à une demande principale de sa compétence, il doit

surseoir et renvoyer les parties devant qui de droit, pour faire juger la pétition d'hérédité incidente.

83. — Le tribunal civil de l'ouverture de la succession et celui de la situation des biens héréditaires, sont seuls compétents pour en connaître.

84. — Les droits de l'héritier demandeur doivent exister au moment de la demande ; ceux qui ne seraient nés qu'à une époque postérieure ne feraient pas partie du débat sur la pétition d'hérédité.

---

74. — A. — *De ceux qui peuvent exercer la pétition d'hérédité.* — *En droit romain,* la pétition d'hérédité compète aux divers successeurs *per universitatem* qui sont appelés à recueillir des successions *sivè civili, sivè prætorio jure* (1).

Elle prend le nom de *petitio hæreditatis directa*, lorsqu'elle est donnée aux héritiers qui, d'après le droit civil, succèdent à la personne du défunt...,

De petitio hæreditatis fideicommissaria, quand il s'agit de ceux auxquels l'hérédité est restituée en vertu *du sénatus consulte Trébellien* (2)....,

Et *de petitio hæreditatis possessoria*, quand elle est

(1) Voy. Gaius, L. 1-3, Ulpien, L. 2. Paul, L. 34. ff. *De hæred. petit.*

(2) Dig., liv. V, tit. VI, *De fideicom. hæred. petit.*

BIBLIOTHÈQUE IMPÉRIALE IMPR.

réclamée par ceux qui profitent de l'ordre successoral créé par le préteur (1).

75. — *En droit français,* la pétition d'hérédité se donne à tous les héritiers légitimes, et aux successeurs aux biens, *à l'instar* de l'action accordée aux héritiers du sang sans distinction aucune. Il suffit que la qualité d'un successeur à titre universel soit contestée, pour qu'il ait le droit de la faire reconnaître judiciairement, s'il s'y croit fondé (2).

76. — Il est cependant un cas où les héritiers du sang ne sauraient exercer l'action dont il s'agit, c'est celui où le défunt les a dépouillés de la saisine légale, dans l'hypothèse prévue par l'art. 1006 du Code Napoléon. Point d'intérêt, point d'action. Il faut que le demandeur *en pétition d'hérédité,* puisse établir que la succession lui appartient en totalité ou en partie, pour être admis à agir utilement par l'action dont il s'agit.

Concluons de là :

1° Que les héritiers à réserve valablement saisis et non exclus pour cause d'indignité peuvent, dans tous les cas, en profiter...,

2° Que le même droit appartient aussi aux autres héritiers du sang qui se trouvent saisis utilement, sui-

(1) Livre V, tit. v, ff. *De poss. hæred. petit.*

(2) Voy. POTHIER, *Traité de la propriété,* nos 447 et SUIV.

vant l'art. 724 du Code Napoléon, lors même que le profit à en provenir devrait, en définitive, être dévolu à des légataires partiaires ou à titre particulier, qui absorberaient en fait toutes les valeurs actives laissées par le défunt. La pétition d'hérédité pourrait leur être utile, ne fût-ce que *ad honores*.

Il faut bien d'ailleurs qu'ils aient qualité de successibles pour interrompre les prescriptions prêtes à s'accomplir au profit des tiers détenteurs qui posséderaient *putà*, des immeubles légués à un légataire non encore saisi, et à l'égard duquel ils seraient responsables des prescriptions acquises par suite de leur négligence. Bref, ils ne sont pas dessaisis du droit de succession, quoiqu'ils n'en conservent pas les émoluments : ce qui suffit pour les autoriser à revendiquer leur qualité lorsqu'elle vient à être contestée.

77. — Les parents des degrés inférieurs peuvent-ils exercer la pétition d'hérédité en cas d'abstension de ceux qui les précèdent dans l'ordre de successibilité?...

Oui, dans notre système, bien que le contraire semblerait devoir être enseigné par ceux qui veulent que la saisine ne soit jamais acquise *de plano* qu'aux héritiers du premier degré. Mais il faut remarquer que le fait seul d'intenter l'action en pétition d'hérédité, est un acte d'adition, et par conséquent *une acquisition d'hérédité*, dans la théorie de ceux qui croient que les

successibles du second degré ne sont pas saisis de plein droit, tant que le premier degré n'a pas renoncé.

La solution que nous donnons à cette question est la conséquence de la lacune que nous avons signalée dans notre quatrième étude, relativement à l'absence d'un moyen juridique quelconque qui aurait eu pour but d'autoriser les successibles des degrés inférieurs à forclôre ceux qui les précèdent, de leur droit d'accepter (1).

M. Blondeau prétend qu'il existe, à cet égard, dans nos Codes, une action *en déchéance ou en forclusion* qui permettrait aux successibles des degrés inférieurs d'écarter ceux qui leur font obstacle, dans le cas où ils s'abstiennent ; mais nous ne saurions partager son opinion, dans l'état actuel des textes qui nous régissent (2).

Nous avons en effet démontré que, d'après le système du Code Napoléon, les membres de la famille jusqu'au douzième degré sont saisis conditionnellement sous le Code, comme ils l'étaient dans notre ancien droit coutumier (3). Ils peuvent donc, quoique n'étant pas au premier degré, accepter provisoirement la succession, à leurs risques et périls, sauf à se

(1) *Suprà*, tom. II, n° 131, IV.

(2) *Son Traité de la séparation des patrimoines*, pag. 715, 670 et suiv.

(3) *Suprà*, tom. II, n^os^ 27 et suiv.

trouver plus tard dans la nécessité de la délaisser, s'il se présente un ou plusieurs héritiers préférables qui viennent la revendiquer.

Mais, lorsque ceux qui les précèdent dans l'ordre de successibilité gardent le silence, il n'appartient pas à l'étranger, usurpateur de la qualité d'héritier, ni même au possesseur *pro hærede* avec titre inférieur, d'exciper du droit d'autrui, pour repousser la revendication de ceux qui appuient leur demande sur un titre supérieur au leur.

Ainsi, pour exercer utilement l'action en pétition d'hérédité, il faut sans doute que le demandeur soit saisi au premier degré. Mais cette règle n'est pas tellement absolue que les successibles, *éventuellement* appelés en cas d'abstension ou de renonciation des degrés précédents, ne puissent aussi l'invoquer à leur profit.

78. — Cette condition n'est pas la seule. Il faut de plus que le demandeur soit *acceptant*. Il est impossible de concevoir un abstenant exerçant la pétition d'hérédité. L'acceptation doit se faire, sous peine de forclusion, dans les trente ans de l'ouverture de la succession (1).

(1) *Suprà*, tom. I, n° 102. M. VALETTE qui enseigne à l'école la théorie de M. BUGNET que nous avons rejetée (*suprà*, tom. II, n° 28), nous objecte que si tous les successibles ont pu appréhender la succession dès qu'elle a été ouverte, et sans attendre les renonciations successives, *tous doivent être forclos après le même délai de trente ans!* Il nous semble que cette objection n'est pas

Mais on sent : 1° Que la question de la validité de l'acceptation, *à raison du temps,* ne peut avoir d'intérêt qu'autant que les biens héréditaires n'ont pas été prescrits par les possesseurs ; car l'usucapion légalement accomplie serait nécessairement un obstacle à l'exercice *utile* de l'action...;

2° Et que l'adition n'étant pas chez nous un acte solennel *(actus legitimus)*, résulte implicitement du fait seul de la demande.

D'après les principes de la saisine héréditaire qui régit le droit de succession, les héritiers légitimes qui acceptent dans les trente ans du décès et leurs héritiers particuliers, lors même que leurs auteurs seraient morts avant d'avoir accepté, peuvent sans difficulté exercer la pétition d'hérédité. Nous savons, en effet, que la succession, quoique non appréhendée par des actes extérieurs, est transmise *de plano* aux héritiers de ceux qui sont utilement saisis.

79. — Que décider dans l'hypothèse suivante ? Le successible du premier degré *a accepté* la succession soit expressément, soit tacitement. Mais comme son acceptation n'est pas publique, elle est ignorée du successible du degré inférieur. Ce dernier voyant un

fondée, parce que la déchéance ne saurait courir contre le deuxième degré, *pendente conditione* (*Suprà*, tom. II, n° 8), M. DEMOLOMBE, *Successions*, tom. II, n° 316-305, DEMANTE, tom. III, n° 110 *bis*. Voy. pourtant ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, 3e *édit.* § 610, note 16.

étranger se mettre en possession de l'hérédité sans opposition de l'héritier acceptant, fait *acte d'héritier*, et il vient intenter contre le possesseur *pro possessore* la pétition d'hérédité : doit-il être déclaré non recevable dans sa demande?...

La raison de douter est que le possesseur *pro possessore* semble, en faisant valoir contre son adversaire, le moyen tiré de l'acceptation de l'héritier saisi au premier degré, exciper du droit d'autrui, d'où il paraît résulter qu'il doit succomber dans son exception. Mais la raison de décider, suivant nous, cette question par l'affirmative, est que l'acceptation du premier degré est un événement juridique qui produit des effets absolus, *erga omnes,* bien que le Code ne l'ait pas soumis à la publicité, et que par conséquent l'acceptation du second degré est radicalement *nulle* comme faite par une personne à laquelle l'hérédité est censée n'avoir jamais été déférée. Le second degré n'est appelé éventuellement qu'autant que le degré précédent s'abstient. Dès que le premier degré *a accepté,* il est évident que la vocation conditionnelle du second s'est évanouie et que, par conséquent, il ne lui est plus possible d'exercer la pétition d'hérédité.

D'ailleurs, l'étranger de mauvaise foi, usurpateur de la qualité d'héritier, constituerait en excipant contre son adversaire de l'acceptation du premier degré, le demandeur du second *en mauvaise foi à son tour*. Si ce

dernier obtenait l'adjudication de ses conclusions, il ne deviendrait, et il ne pourrait devenir lui-même qu'un possesseur *pro possessore* comme l'usurpateur, puisqu'il aurait désormais nécessairement connaissance que la succession ne lui a jamais été déférée. Il ne pourrait donc acquérir les biens héréditaires que par une possession trentenaire. Or, entre un héritier apparent actuel de mauvaise foi et un héritier apparent futur de mauvaise foi également, la justice doit donner la préférence au possesseur actuel de mauvaise foi, suivant la règle : *in pari causâ melior est causâ possidentis.*

Disons donc que la pétition d'hérédité exige avant tout que le demandeur établisse sa vocation au moins éventuelle à l'hérédité : *nam hæc actio formatur ex jure actoris, non ex personâ possessoris.* Si le défendeur, même de mauvaise foi, démontre par un moyen quelconque que son adversaire n'est pas appelé à la succession, ou qu'il ne l'est plus, ou qu'il ne peut pas l'être, ce dernier doit être déclaré non recevable dans sa demande.

Cette décision n'est pas contraire à celle que nous avons donnée pour le cas d'abstension de l'héritier saisi au premier degré, parce que, ici, le successible du second degré est à tout jamais déchu du droit d'accepter utilement, par *le fait seul de l'acceptation du degré précédent ;* tandis qu'au cas d'abstension de l'hé-

ritier premier saisi, il conserve encore l'espérance légitime d'appréhender avec effet l'hérédité à son profit.

De ce que je ne suis appelé à la succession que après *Pierre,* il ne résulte pas que j'en sois exclu, si *Pierre* s'abstient quant à présent. Je conserve au contraire l'espérance de voir mon acceptation acquérir un caractère irrévocable, si l'abstension de *Pierre* se prolonge pendant trente ans. Car, ainsi que nous l'avons démontré précédemment, l'abstension gravite toujours vers la renonciation, et la conjecture que l'on doit se former dans cette hypothèse, finit par devenir tellement grave qu'elle conclut à la déchéance du droit héréditaire (1); tandis que dans le cas où *Pierre* a accepté la succession, je suis exclu à toujours et par conséquent je ne puis exercer la pétition d'hérédité qui ne compète qu'aux héritiers premiers saisis ou à ceux qui peuvent avoir l'espérance encore légitime d'acquérir l'hérédité d'une manière définitive.

Du reste, les tribunaux agiront sagement dans de telles circonstances, de surseoir à la décision du procès, et d'ordonner l'appel et mise en cause de l'héritier saisi au premier degré que nous supposons *avoir accepté la succession :* lequel mettra nos deux plaideurs d'accord, en exerçant à son tour la pétition d'hérédité

(1) *Suprà,* tom. II, nos 79 et suiv.

contre le possesseur *pro possessore* actuel, et si on l'admet contre notre opinion comme existant en droit français, *la pétition d'hæredité négatoire* (1), contre le successible du deuxième degré, dans le cas où ce dernier manifesterait l'intention de contester sa qualité d'héritier acceptant. On comprend, en effet, l'intérêt puissant que le véritable héritier intervenant dans l'instance, peut avoir à faire vider la question, pendant qu'il tient ses deux adversaires sous sa main, puisque les preuves de sa vocation au premier degré, peuvent s'obscurcir et même se perdre, à raison de circonstances imprévues qui sont du domaine de l'avenir.

Mais nous ne pensons pas que dans notre droit il existe des actions *réelles négatoires*, si ce n'est toutefois en matière de *servitudes*. Et pourtant, elles seraient parfois très-utiles...

80. — B. — *Des tribunaux compétents pour connaître de l'action*. — 1° *Droit romain*. — Il paraît que la pétition d'hérédité se portait à Rome, devant le tribunal *centumviral* chargé de juger les causes les plus importantes, après l'accomplissement des formalités du *sacramentum* devant le préteur *urbain* ou *pérégrin*. *Magnitudo et auctoritas centumviralis judicii, non*

(1) *En droit romain*, on peut soutenir qu'il existe des actions réelles *négatoires*, même en dehors des servitudes ; mais, *en droit français*, je pense que notre complainte possessoire serait un obstacle à leur admission.

patiebatur per alios tramites VIAM HÆREDITATIS PETITIONIS *infringi* (1).

Depuis l'abolition de *l'ordo judiciorum*, les magistrats durent connaître de cette action comme en général de toutes les autres. Sous les empereurs chrétiens il n'est plus question des *centumvirs*.

81. — 2° *Droit français*. — Il est évident que la pétition d'hérédité est de la compétence exclusive *des tribunaux civils ordinaires* et que les tribunaux d'exception seraient incompétents pour en connaître.

Le demandeur ne doit donc pas la porter principalement devant le juge de paix, lors même que la succession revendiquée serait purement mobilière et qu'elle n'excèderait pas la compétence de ce magistrat *ratione summæ*, puisque c'est une action *pétitoire réelle et universelle* qui a préalablement pour objet de faire reconnaître judiciairement une qualité contestée, c'est-à-dire quelque chose d'indéterminé de sa nature.

82. — Il pourrait cependant arriver que dans une instance devant le juge de paix, la qualité d'héritier vint à être contestée incidemment à une demande purement personnelle de la compétence de ce magis-

(1) L. 12 au Cod. *De petit. hæred.* On ne connaît pas l'époque précise à laquelle les *centumvirs* ont cessé d'exister. Il est probable que cette institution aura disparu dans l'organisation nouvelle qui a eu lieu sous *Dioclétien* et *Constantin*. Justinien n'en parle au VI^e^ siècle que comme d'un fait historique. (Voy. GAÏUS, IV, §§ 51-95)

trat, et que le demandeur se trouvât dans la nécessité pour obtenir l'adjudication de ses conclusions de faire vider la question par un *præjudicium*. Je pense que dans ce cas le juge de paix doit avant de décider au fond, renvoyer les parties devant le tribunal civil, afin qu'il y soit statué sur l'incident, tout demeurant réservé. En effet, il y a toujours en pareil cas une question de propriété en cause, dont la connaissance n'appartient légalement qu'aux tribunaux ordinaires (1).

Il paraît que dans le dernier état du droit romain, les choses se passaient de la manière suivante. Les magistrats municipaux inférieurs pouvaient être utilement saisis d'une demande en pétition d'hérédité, lorsque la chose revendiquée était *minime* et n'excédait pas la compétence de ces sortes de magistrats. La circonstance que *pendente lite*, il venait à être prouvé que le possesseur *pro hærede vel pro possessore* possédait d'autres choses que celles comprises dans le libellé de la demande, n'était pas une raison suffisante pour que les juges saisis de l'affaire par le demandeur pussent se dessaisir du litige, et cela, lors même que les objets prouvés provenir *ex hæreditariâ causâ* dépassaient le chiffre de leur conséquence (2).

(1) Arg. de l'art. 182 du Code forestier.

(2) Cujas, *ad leg.* 4, *De hæred. petit. in lib.* I, *Pauli ad edictum.* Les actions préjudicielles à Rome, n'avaient pas de *condemnatio* dans leurs formules. Les *præjudicia* étaient des mesures provisoires ayant pour but de

Il est clair que ces principes ne seraient plus applicables aujourd'hui. Le juge de paix, quoique juge civil dans certains cas, en ce qui concerne les actions pures personnelles, est incompétent pour connaître des actions réelles. Si sa compétence peut être prorogée de *quantitate ad quantitatem*, elle ne peut jamais l'être de *re ad rem* (1).

C'est donc devant les tribunaux civils ordinaires que la pétition d'hérédité doit toujours être portée.

83. — Mais ici se présente une question importante. Quel est le tribunal civil qui est appelé à en connaître? est-ce le tribunal de la situation des biens héréditaires ou celui du domicile de l'héritier apparent défendeur, ou bien est-ce dans tous les cas le tribunal de l'ouverture de la succession?...

Nous pensons que c'est en principe le tribunal de l'ouverture de la succession qui doit en connaître, parce que la chose demandée dans cette action est *l'hérédité*, et que l'hérédité comme personne morale, est située au lieu où la succession s'est ouverte (2).

Lorsque l'action se produit sous la forme d'une demande en partage, il est bien clair qu'il n'en saurait

faire reconnaître un droit, pour que les conséquences fussent appliquées dans un procès subséquent. (Voy. M. PELLAT, sur la L. 1, § 2, ff. *De rei vindic.*)

(1) Voy. sur ce principe en matière hypothécaire, M. VALETTE, *Revue de droit français et étranger*, 1849, tom. VI, pag. 974.

(2) *Junge*, M. DURANTON, tom. I, n° 554, Cod. procéd., art. 59.

être autrement; car elle vient à juger, comme une question préjudicielle de la demande principale, et le juge du fond est le juge des exceptions et des incidents qui ne sont que des accessoires du procès. Mais lorsqu'elle est intentée comme action principale, la question peut être débattue et nous ne pensons pas que le tribunal de la situation des biens devrait se déclarer incompétent et renvoyer les parties devant le tribunal de l'ouverture de la succession. En effet, si la demande tend dans sa base fondamentale à la revendication de *l'universalité juridique* comme chose *incorporelle*, il n'en est pas moins vrai qu'elle a aussi pour objet de faire restituer par le défendeur les choses matérielles qui en dépendent, lors même qu'il ne s'agirait que d'une seule chose héréditaire. Cette dernière conclusion est même le résultat principalement *utile* de l'action. On ne s'occupe de l'hérédité, *ut jus universale*, que pour y arriver en définitive. Or, en matière réelle, c'est la situation des biens litigieux qui fixe la compétence. Nous pensons donc que le tribunal de l'ouverture de la succession et celui de la situation des biens héréditaires, seraient l'un et l'autre compétents pour connaître de l'action dont il s'agit (1).

Les jurisconsultes qui regardent la pétition d'hérédité comme une *action mixte* de sa nature, doivent

(1) Voy. DELVINCOURT, tom. II, notes sur les pag. 46-6, pag. 142.

naturellement décider qu'elle peut être portée au choix du demandeur, soit devant le tribunal de l'ouverture de la succession, soit devant le tribunal de la situation des biens, soit devant celui du domicile de l'héritier apparent défendeur (Cod. proc., art. 59) (1).

84. — Notons avant de passer à l'examen des personnes contre lesquelles se donne la pétition d'hérédité, que les droits du demandeur doivent exister au moment de la demande (2). Il serait injuste de forcer le défendeur à combattre des prétentions nouvelles qu'il n'aurait pu prévoir au début de l'instance. *D'un autre côté,* le droit nouvellement acquis n'est pas pour cela perdu pour le demandeur qui peut le faire valoir à nouveau, sans avoir à redouter l'exception de la chose jugée (3).

ART. 2.

Contre quelles personnes se donne la pétition d'hérédité.

SOMMAIRE.

85. — L'action en pétition d'hérédité se donne contre les héritiers apparents qui possèdent soit la

(1) Mais en fait cela ne se comprendrait pas. Si les biens dépendant d'une succession sont situés à Bayonne ou à Perpignan, concevrait-on que le tribunal de Paris statuât sur la pétition d'hérédité parce que l'héritier apparent y aurait son domicile?...

(2) GAÏUS, IV, 144.

(3) LL. 23-35, ff. *De judiciis*. L. 11, § 4, ff. *Except. rei judicatæ.* Voy. GRUSSE, *Thèse* précitée, chap. II, *in fine*.

totalité, soit une partie, soit un objet, soit même un droit quelconque de l'hérédité.

86. — A. Il faut que le défendeur possède.

87. — I. L'action se donne contre le possesseur *pro suo*.

88. — II. L'action se donne contre le simple détenteur.

89. — Si c'est un mandataire désavoué, l'action procède contre lui comme détenteur corporel. S'il y a ratification, c'est contre le mandant que l'instance se poursuit.

90. — Le détenteur qui prétend retenir la chose héréditaire pour lui-même alors qu'il en a pris possession pour un autre, doit être considéré comme un possesseur de mauvaise foi.

91. — *Quid*, si le mandant n'a pas fait connaître sa volonté.

92. — L'acquisition des fruits par la perception de bonne foi, est une création de l'ancien droit français.

93. — III. *Des possesseurs fictifs*. L'action se donne contre eux.

94. — *a*. *Première classe*. De ceux qui ont cessé *par dol* de posséder les choses héréditaires.

95. — L'action ne perd pas son caractère réel, bien que ces défendeurs ne possèdent plus réellement.

96. — Le demandeur peut agir tout à la fois contre le possesseur fictif et contre le possesseur réel.

97. — L'héritier qui a obtenu du possesseur réel la remise de la chose héréditaire, est-il déchu de son action contre le possesseur *fictif?*

98. — Le possesseur *fictif* est libéré de l'action.

99. — Le tiers détenteur n'est pas libéré de l'action,

lorsque l'héritier a cru ne devoir agir que contre le possesseur *fictif*.

100. — Les tribunaux pourraient combiner par voie d'interprétation l'exécution des jugements rendus contre le possesseur *fictif* et le tiers détenteur, de manière à adoucir ce qu'il y a de trop dur dans la théorie romaine.

101. — *b. Deuxième classe.* L'action se donne contre ceux qui se posent malicieusement comme *possesseurs*, bien qu'ils ne le soient pas réellement.

102. — Mais il faut 1° que le débat ait été malicieusement accepté ; 2° et que le demandeur ait ignoré dans le principe que le détenteur ne possédait rien des biens de la succession.

103. — *Quid juris*, si le défendeur abandonnait son système mensonger dans le cours de la procédure ?

104. — Que décider dans le cas où l'héritier trompé par un tiers qui se pose mensongèrement comme possesseur, néglige le possesseur réel ?

105. — *Quid*, s'il a su que le défendeur n'était pas possesseur ?

106. — *En droit français*, toutes ces questions se décideraient suivant les circonstances ; mais les lois romaines n'en devraient pas moins avoir leur influence, comme *raison écrite*, en l'absence de textes.

107. — B. Il faut que le défendeur possède quelque chose de l'hérédité.

108. — Celui qui ne possède rien de l'hérédité n'est pas tenu de l'action.

109. — L'action se donne contre celui *qui possède*, quand

même il ne possèderait qu'un objet particulier dépendant de la succession. Raison de cette décision et objection.

110. — Réponse.

111. — Il faut que le défendeur possède *pro hærede vel pro possessore*.

112. — C. Développement de cette proposition. Méthode.

113. — Notion de l'héritier apparent, en général.

114. — L'héritier véritable ne peut jamais être possesseur *pro hærede*.

115. — A moins que le défunt n'ait été lui-même *héritier apparent* relativement à certaines choses trouvées dans sa succession.

116. — Quels sont les héritiers apparents *de bonne ou de mauvaise foi ?*

117. — *a*. Notion des héritiers *apparents de bonne foi*.

118. — *En droit français*, la question de bonne foi se décide suivant les circonstances.

119. — Les successeurs aux biens qui ont rempli les formalités voulues, sont assimilés à des héritiers apparents de bonne foi, lorsqu'ils sont tenus de la pétition d'hérédité.

120. — Même décision à l'égard du cessionnaire de droits successifs.

121. — *b*. Notion des héritiers apparents *de mauvaise foi*.

122. — Des différents possesseurs qui sont assimilés *au prædo*.

123. — Celui qui n'assigne aucune cause à sa possession est un *prædo*.

124. — Discussion. Raison de cette décision des lois romaines, suivant Doneau.

125. — Dans le système romain, la réponse que faisait le défendeur lors de l'interrogatoire *in jure* déterminait l'action que le demandeur obtenait contre lui. *En France*, il suffit de formuler la demande d'une manière générale en délaissement de la chose héréditaire, sauf à conclure ensuite d'après le système de défense du possesseur soit en pétition d'hérédité, soit en revendication.

126. — Utilité qu'il y a à distinguer la pétition d'hérédité de la revendication.

127. — Exemples tirés du Commodat et du Dépôt.

128. — Méthode.

---

85. — L'action en pétition d'hérédité se donne comme les autres actions réelles, contre celui ou ceux qui possèdent un droit héréditaire, ou, soit la totalité, soit une partie, soit même une chose particulière de l'hérédité (1). Mais cela ne suffit pas pour que le défendeur en soit tenu, il faut qu'il possède ou qu'il soit réputé posséder ces *jus vel rem hæreditariam, pro hærede vel pro possessore,* c'est-à-dire, dans notre langue juridique, en qualité *d'héritier apparent* de bonne ou de mauvaise foi. Si le défendeur n'appuie pas sa possession sur la prétention de s'attribuer l'hérédité, *ut jus universale,* ou tout au moins s'il ne conteste pas la

(1) POTHIER, *loc. cit.*, n^os^ 370, 373, 374. ZACHARIÆ, § 616 2°.

qualité réclamée par le demandeur, il ne peut s'agir de l'action qualifiée en droit de pétition d'hérédité, mais uniquement, soit de la revendication ordinaire, soit de toute autre action (1).

Ainsi, pour que l'héritier véritable se trouve régulièrement dans le cas d'exercer l'action qui nous occupe, il faut la réunion des trois conditions suivantes :

1° Que le défendeur qui se pose son adversaire *possède,* ou tout au moins qu'il soit réputé posséder encore, ne fût-ce que comme *possessor juris, vel quasi possessor juris....;*

2° Qu'il possède une, plusieurs choses ou toutes les choses dépendant de l'hérédité.... ;

3° Et qu'il les possède *pro hærede,* en qualité d'héritier apparent de bonne foi, *vel pro possessore*, c'est-à-dire comme un usurpateur *de mauvaise foi.*

Reprenons chacune de ces trois propositions.

86. — A. — *Il faut que le défendeur possède.* — Cette règle est commune à toutes les actions réelles. Elle doit

(1) Regulariter definiendum est, eum demum teneri petitione hæreditatis qui *vel jus, vel rem hæreditariam pro hærede, vel pro possessore possidet.* ULP., L. 9, ff. *De hæred. petit.* Dans les actions réelles *spéciales,* l'office du juge est d'examiner si le défendeur possède, mais non pas, comme dans *la pétition d'hérédité,* de rechercher *la cause ou le titre de la possession.* C'est une particularité *propre à la pétition d'hérédité* que de rechercher le titre de la possession. Voy. M. PELLAT, *Traduction et commentaire* du titre *de rei vindicatione*, L. 9, pag. 153, not. 1, et ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, § 616 2°, tom. V.

s'entendre *latissimo sensu*, dans la matière que nous traitons (1). Posséder un droit héréditaire au point de vue dont il s'agit, c'est non-seulement prétendre l'exercer contre les autres, mais encore *prétendre empêcher qu'on ne l'exerce contre nous*.

En principe, posséder une chose dans le sens légal du mot, c'est l'avoir en sa puissance, comme un propriétaire, c'est la détenir *cum animo domini, cum animo sibi habendi* (2).

Celui qui détient une chose sans cette intention, ne possède donc pas, quelque juste que puisse être le titre sur lequel repose sa détention. C'est ainsi que l'usufruitier, l'usager, le fermier et tous les détenteurs précaires ne possédant pas avec cet esprit, et reconnaissant des étrangers comme véritables maîtres des choses qu'ils tiennent à titre précaire, n'acquièrent pas pour eux-mêmes le droit de possession avec les avantages que la loi y attache. Ils ne sont que des instruments de l'acquisition de la possession au profit de ceux qui leur ont fait des concessions temporaires. Ce n'est pas à dire, pour cela, qu'ils ne profitent aucunement des bénéfices matériels que la possession acquise au profit de ceux qu'ils reconnaissent comme les véri-

(1) Comp. L. 9, ff. *De rei vindicat.*

(2) Possessionem adquirimus et animo et corpore : animo utique nostro, corpore vel nostre, vel alieno (animo). PAUL, *Sent.* V, II, § 1.

tables maîtres, est susceptible de procurer. Ils en profitent, au contraire, sous certains rapports, dans les limites de leurs concessions respectives ; mais ce n'est toujours que indirectement et, en quelque sorte, par l'effet d'un choc en retour.

87. — I. *La pétition d'hérédité se donne contre le possesseur pro suo.* — Il est évident que celui qui possède *pour lui*, dans le sens juridique, une ou plusieurs choses héréditaires soit par lui-même, soit par les instruments dont nous venons de parler, est passible de la pétition d'hérédité.

Ainsi le membre de la famille d'un degré inférieur qui possède les choses héréditaires, dans la persuasion qu'il est réellement héritier, *qui pro hærede possidet,* et même, celui qui sachant très-bien qu'il n'est pas *l'herus,* le maître de la chose héréditaire, s'en empare avec mauvaise foi, comme un voleur *(prædo)* et qui la possède avec *un animus sibi habendi* d'autant plus développé qu'il sait l'origine de sa possession plus illégitime, *qui pro possessore possidet....,* ces personnes, dis-je, sont soumises à l'action en pétition d'hérédité de la part de l'héritier véritable. Il importe peu, sous le rapport qui nous occupe en ce moment, que le possesseur de l'hérédité ou d'un objet quelconque de l'hérédité, soit de bonne ou de mauvaise foi. La juste possession et l'injuste possession sont toutes deux mises sur la même ligne, en ce qui concerne le droit

appartenant à l'héritier saisi (1), de s'adresser par la pétition d'hérédité à celui qui, s'étant mis à sa place par un moyen quelconque, prétend s'y maintenir en qualité d'héritier ou retenir les choses héréditaires sans assigner aucune cause légitime à sa possession (2).

88. — II. *L'action peut être dirigée contre le simple détenteur*. — Il peut se faire que le demandeur en pétition d'hérédité s'adresse d'abord à celui qui ne possède pas les biens héréditaires pour son propre compte, et que ce dernier se trouve ainsi, au moins provisoirement, soumis aux conséquences de l'action, quoiqu'il n'entende pas se poser lui-même en possesseur *pro hærede vel pro possessore*. Car les actions réelles peuvent être dirigées d'abord contre ceux qui détiennent naturellement *(naturaliter, corporaliter)* la chose ou les choses litigieuses. Il suffit pour la validité de la procédure qu'il soit en leur pouvoir de les restituer. Je *reprends ou je saisis mon bien partout où je le trouve*.

Ce point a fait question dans le principe. Les Proculéiens ne voulaient pas admettre que la revendication pût se produire avec effet contre d'autres que les possesseurs juridiques *cum animo sibi habendi ;* mais les Sabiniens accordaient l'action, sans distinction, contre les détenteurs quels qu'ils fussent : *puto,* dit Ulpien,

(1) Voy. L. 3, § 22, ff. *De acquirandâ possessione*.

(2) LL. 12-13, ff. *De hæred. petit*.

ab omnibus qui tenent et habent restituendi facultatem peti posse (1). Ce dernier système a fini par prévaloir dans la pratique, et c'est celui que le Code Napoléon a consacré (2).

Par exemple : voyant un étranger en possession corporelle des biens composant l'hérédité qui m'appartient, et ignorant à quel titre il détient les héritages qui en dépendent, je puis sans aucun doute m'adresser à lui, et ma demande sera régulièrement intentée, lors même qu'il viendrait ensuite déclarer qu'il n'entend pas se poser contre moi personnellement en qualité de possesseur *pro hærede vel pro possessore*. Mais on sent qu'il doit faire connaître le plus promptement possible celui pour lequel il possède et même l'appeler en garantie, afin que je sache quel est mon véritable adversaire ; car c'est contre l'héritier *apparent* que l'action se donne en principe. Si, dans la revendication on n'a pas à se préoccuper du titre de la possession du défendeur, il n'en est pas de même dans la pétition d'hérédité. Ainsi, le fermier du possesseur *pro hærede* actionné en délaissement des biens héréditaires qu'il détient *sine animo sibi habendi*, s'exonère des conséquences de la demande formulée contre lui, en faisant

(1) L. 9, ff. *De rei vindicatione*, et M. PELLAT, *ad hanc leg*, pag. 146 et suivantes.

(2) Arg. de l'art. 1727 du Code Napoléon. L. 2, Cod. *Ubi in rem....* M. PELLAT, *loc. cit.*, pag. 155.

connaître celui pour lequel il possède, et en l'appelant dans l'instance, il a le droit, s'il ne craint pas quelque collusion frauduleuse préjudiciable à ses intérêts, d'exiger et d'obtenir sa mise hors de cause (1).

Les juges agiront sagement, avant de prononcer cette mise hors de cause, d'ordonner que le détenteur précaire fournira un inventaire ou un état exact des choses héréditaires qu'il détient; ils éviteront peut-être, par ce moyen, les frais d'une enquête aux parties désormais les seules litigantes (2).

89. — Que décider dans l'espèce suivante? Un successible d'un degré inférieur appelé éventuellement à la succession, s'absente pour le besoin de ses affaires. Avant son départ, il a constitué un mandataire auquel il a donné le pouvoir d'administrer sa fortune et de recueillir les successions qui pourraient lui échoir. Ce dernier se met en possession d'une hérédité à laquelle il prétend, à tort ou à raison, que l'absent dont l'existence n'est pas contestée, est utilement appelé et il gère cette hérédité en maître en une qualité *équivoque*,

(1) POTHIER, *Traité de la propriété*, n° 298.

(2) Arg. de la L. 13, § 12, ff. *De hæred. petit.* Cet événement juridique est appelé par les interprètes la *laudatio* ou *nominatio auctoris*. Un grand nombre de docteurs pensent que quand le détenteur corporel ne nomme pas son auteur, il doit être traité comme un *fictus possessor qui se liti obtulit*. Il existe en Allemagne de grandes controverses à cet égard.

Mais voy. M. PELLAT, sur la loi 9, au Digeste, *De rei vindicatione*, pag. 156.

sans que l'on sache bien au juste si c'est pour lui ou pour son mandant qu'il administre.

Cependant l'héritier véritable se présente, et il vient exercer la pétition d'hérédité contre le détenteur corporel des biens de la succession : que va-t-il arriver?

De deux choses l'une : ou le détenteur fait connaître celui pour lequel il possède l'hérédité, ou il ne le fait pas connaître.

S'il ne le fait pas connaître, c'est qu'il entend posséder *pro suo,* et alors il doit être traité comme un usurpateur de la qualité d'héritier, comme un possesseur *pro possessore* (1).

S'il le fait connaître en l'appelant dans l'instance ? dans ce cas encore, de deux choses l'une :

Ou l'absent, averti de ce qui se passe *ratifie ce qu'a fait son mandataire,* et alors il reste *seul* défendeur à la demande en qualité de possesseur *pro hærede vel pro possessore*, suivant que son mandataire a agi avec bonne ou avec mauvaise foi. Dans cette hypothèse, le possesseur *corporel* (le mandataire détenteur au nom d'un tiers) obtient comme le fermier sa mise hors de cause ;

Ou *il refuse sa ratification*, et alors le détenteur corporel reste dans l'instance pour répondre à la demande de l'héritier revendiquant. S'il conteste en son

(1) Et non pas comme un *fictus possessor qui se liti obtulit ;* car il peut restituer en nature : ce que ne peut faire le possesseur *fictif*.

nom personnel la qualité du demandeur, l'action suit ses phases ordinaires; si au contraire il s'incline devant le bien fondé des prétentions de l'héritier, on passe immédiatement au règlement des restitutions de jouissance qui peuvent être l'objet d'un compte entre les parties.

90. — Mais ici se présente une question. Le détenteur corporel dont il s'agit doit-il, *quant aux restitutions*, être traité comme un possesseur de mauvaise foi?

Il n'est pas douteux qu'il doit être considéré comme un possesseur de *mauvaise foi,* s'il prétend retenir les biens légitimes pour son propre compte et s'il conteste la qualité du demandeur. Mais que décider s'il s'incline devant la demande? Sera-t-il tenu de restituer, outre les biens qu'il détient *corporaliter,* les fruits qu'il a perçus, ou pourra-t-il au contraire les conserver comme *siens* à raison de la perception de bonne foi qu'il a faite, sinon pour lui au moins pour son mandant qu'il a cru réellement appelé à la succession quand l'événement prouve plus tard qu'il ne l'était pas?...

Je pense qu'il doit restituer au demandeur qui triomphe tous les fruits qu'il a perçus. Car il n'a pu percevoir ces fruits pour lui, *cum animo sibi habendi.* S'il les avait perçus avec cet esprit en mettant son mandat de côté, il devrait encore les restituer parce

qu'il ne les aurait perçus qu'avec mauvaise foi : sachant parfaitement qu'il n'était pas personnellement appelé à l'hérédité. Il doit donc, dans tous les cas, restituer les fruits à quelqu'un. Or, dès que l'absent n'entend pas se poser devant la demande en possesseur *pro hærede* et qu'il refuse de ratifier ce qu'a fait son mandataire, au-delà de son mandat, ce dernier ne peut avoir perçu les fruits de bonne foi que comme un gérant d'affaires, pour le compte et pour le profit de l'héritier véritable demandeur dont il ne conteste pas la qualité.

91. — Mais *quid juris?* si l'absent n'a pas fait connaître sa volonté, soit parce qu'il ignore tout ce qui s'est passé, soit pour tout autre cause?...

L'action en pétition d'hérédité se poursuit contre le détenteur corporel qui ne demande pas sa mise hors de cause; mais c'est uniquement contre le mandant que l'action procède réellement. Car celui-là seul peut défendre utilement à l'action en pétition d'hérédité qui se pose ou qui est censé se poser, soit par lui-même, soit par son mandataire, en possesseur *pro hærede, vel pro possessore*. Or le mandataire de notre espèce, agissant au nom de son mandant, ne peut évidemment avoir personnellement l'une ou l'autre de ces qualités.

On sent dès lors que, si la demande cesse d'être contestée, la restitution des jouissances s'opérera

comme dans les cas ordinaires, suivant que l'absent sera jugé les avoir perçus de bonne ou de mauvaise foi par son mandataire.

92. — *Dans le droit romain*, ces questions n'avaient pas l'intérêt qu'elles ont chez nous, parce que le possesseur *pro hærede* devait en principe restituer les fruits tout aussi bien que le possesseur *pro possessore*, sauf une distinction relative aux fruits perçus avant la *litis-contestatio* dont nous parlerons plus loin. L'acquisition des fruits par la perception de bonne foi, est une création de notre ancien droit coutumier. Mais ce qu'il est bon de constater, c'est que la pétition d'hérédité se donnait autrefois et peut encore se donner aujourd'hui, au moins *in limine litis* contre celui qui possède au nom d'autrui en qualité *de détenteur précaire,* sauf par le demandeur à régulariser ensuite sa procédure contre son véritable adversaire, c'est-à-dire contre celui pour lequel le détenteur ou le mandataire possède *corporaliter* tout ou partie des biens héréditaires (1).

93. — III. *Des possesseurs fictifs*. — Les textes du droit romain signalent une troisième classe de per-

(1) L. 13, § 12, ff. *De petit. hæred. Sanè*, dit DONEAU, Com. L. 19, cap. XII-XIV, si quis tenet alieno nomine, non quasi hæres aut non quasi sibi possidens, ità tenetur petitione hæreditatis, ut placeat absentis nomine ab eo petendam hæreditatem : *ipsius vero nequaquàm*. (Voy. sur la *Laudatio auctoris*, M. PELLAT, *ad. leg.* 9, *De rei vind.*, pag. 155.)

sonnes contre lesquelles se donne encore l'action en pétition d'hérédité, bien que les personnes dont il s'agit ne possèdent en réalité ni pour elles-mêmes, ni pour autrui. (Voy. L. 27, § 3, ff. *De rei vindicat.*)

A la vérité, nos Codes sont muets sur cette troisième catégorie de défendeurs à l'action qui nous occupe : mais il n'est pas douteux que l'esprit équitable de notre droit ne doive les faire admettre au nombre de ceux contre lesquels la pétition d'hérédité peut utilement s'exercer (1).

Cette catégorie se compose de ceux qui, *par interprétation de la législation,* sont considérés comme possédant encore, bien qu'ils ne possèdent plus corporellement, au moment de la demande, les choses de l'hérédité. Les jurisconsultes romains subdivisaient cette espèce particulière de *possessores juris* en deux classes distinctes (2).

94. — *a. Première classe.* — *Des héritiers apparents qui ont cessé par dol de posséder les choses héréditaires.* — Est considéré comme possesseur *fictif* celui qui a cessé *par dol* de posséder, *qui desiit dolo possidere.* On sent qu'un tel possesseur est, au plus haut degré, un héritier apparent de mauvaise foi.

La cessation de la possession par dol n'empêche pas

(1) Voy. DURANTON, tom. I, n° 554.

(2) Voy. DONEAU, *loc. cit.* XV, et aussi MUHLENBRUCH, § 706.

l'héritier saisi d'exercer la pétition d'hérédité contre celui qui s'est d'abord posé à tort comme héritier du défunt, et qui plus tard s'est volontairement, dans une intention frauduleuse, démis de la possession des choses héréditaires qu'il a su, dans le principe ou depuis, ne pas lui appartenir. C'est en effet une règle générale que, dans les actions réelles, le dol équivaut à possession : *pro possessione dolus est* (1).

Mais remarquons bien le pourquoi et la portée de cette fiction. Elle a été inventée par les fondateurs de la science, en haine de celui qui a cessé par dol de posséder, et non pas en sa faveur. Ainsi, cette possession fictive *ex interpretatione juris,* ne lui fait pas acquérir le domaine par l'usucapion, et ne lui donne pas droit aux interdits, chez nous, aux actions possessoires. Si on le considère fictivement comme possesseur, c'est uniquement dans le but de donner au demandeur en revendication ou en pétition d'hérédité, les moyens d'agir contre lui comme s'il possédait réellement encore, et d'obtenir ainsi de la justice, la restitution, sinon en nature au moins en valeur, des choses héréditaires qu'il a cessé par dol de posséder (2).

Cette fiction est nécessaire, parce que la formule

(1) L. 22-27, § 3 *De rei vindicat.* L. 131 *De regul. juris.* L. 25, § 2-8 *De hæred. petit.*, et à cette occasion, L. 1, ff. *De alienatione judic. mutandi causâ factâ.*

(2) Voy. L. 13, § 14. L. 20, § 6. L. 25, § 8. ff. *De hæred. petit.*

pétitoire ne se donne en principe que contre les possesseurs qui exercent le fait de possession soit par eux-mêmes, soit par autrui.

Quoique nous n'ayons plus en France un système d'actions basé sur des formules, et que par suite beaucoup de distinctions admises à Rome n'aient plus pour nous l'intérêt qu'elles avaient autrefois, nous n'en devons pas moins conserver cette théorie du *fictus possessor, au fond des choses,* comme reposant sur l'équité et comme étant en parfaite harmonie avec les dispositions du Code Napoléon (Cod. Nap., 1382-1379-2279).

95. — Concluons de ce qui précède, que l'action en pétition d'hérédité pouvant s'exercer contre *le possesseur fictif* comme s'il possédait encore, en réalité, ne perd pas son caractère réel, et cela, malgré l'abandon qu'il a pu faire de la possession des biens; que par conséquent, le demandeur doit agir devant le tribunal de l'ouverture de la succession ou devant celui de la situation des biens héréditaires, et non pas devant le domicile de celui qui, s'étant indûment emparé des valeurs de la succession, en a ensuite abandonné la possession par dol (1).

(1) Voy. POTHIER, *Traité de la propriété*, n° 376. Cod. procéd., art. 59. Cependant, si la demande se bornait en une simple question *de dommages et intérêts*, je ne vois pas pourquoi on ne suivrait pas, dans le cas d'une action dirigée seulement contre celui qui aurait cessé de posséder par dol, les règles ordinaires de la compétence.

Rendons cette théorie sensible par un exemple : l'héritier saisi apprend qu'un étranger s'est mis indûment en possession de quelques biens de l'hérédité qu'il prétend posséder *pro hærede*. Le temps de la prescription va s'accomplir, s'il ne se hâte d'exercer son action. Le possesseur, pour éviter la poursuite, se débarrasse des objets héréditaires et il les livre à un tiers complaisant ou même à un acheteur de bonne foi, prétendant par ce moyen se mettre à l'abri de l'action en pétition d'hérédité qui, d'après ce que nous avons vu plus haut, ne se donne en général que contre *les possesseurs*. L'héritier saisi n'a pas moins le droit d'agir contre lui devant la juridiction compétente, comme s'il était encore en possession réelle des choses héréditaires et de le considérer dans sa demande comme un véritable possesseur, pour conclure contre lui au délaissement des objets dont il s'est malicieusement débarrassé, sinon, et faute par lui de les restituer, voir dire qu'il sera condamné en des dommages et intérêts représentatifs de la valeur du litige.

Les choses se passent ainsi, soit que le défendeur ait cessé de posséder par dol avant ou après la demande.

96. — Continuons. Le demandeur en pétition d'hérédité a incontestablement le droit d'agir par la même procédure tout à la fois contre celui qui a cessé de posséder par dol et contre le détenteur auquel il a

remis les choses héréditaires (1). Il est même convenable et opportun que l'action soit dirigée simultanément contre l'un et contre l'autre ; car, en agissant ainsi, on évite la difficulté que nous examinons au numéro suivant.

Lorsque toutes les parties sont en présence devant la justice, le demandeur conclut contre ses adversaires d'après leur système de défense. S'ils se réunissent tous deux, ce qui ne manque jamais d'arriver, quand ils sont l'un et l'autre *de mauvaise foi,* pour lui contester sa qualité d'héritier, il conclut contre eux en pétition d'hérédité, et en établissant sa qualité contestée, il obtient sans difficulté l'adjudication de ses conclusions. En conséquence, les deux défendeurs sont condamnés solidairement à lui délaisser les choses litigieuses et à lui payer des dommages et intérêts suivant les circonstances.

Si celui qui a cessé de posséder par dol, conteste *seul* la qualité du demandeur, le débat de la pétition d'hérédité se concentre entre l'héritier véritable et lui ; car il n'y a de pétition d'hérédité possible qu'autant qu'il y a controverse sur la qualité d'héritier. L'acheteur détenteur actuel peut être de bonne foi et n'avoir aucunement participé au dol de l'héritier apparent. Dans ce cas, la pétition d'hérédité ne procède

(1) L. 25, § 8, ff. *De hæred. petit.*

pas contre lui, puisqu'il se prétend *acheteur*, tandis que le demandeur se prétend *héritier*. Leurs prétentions respectives ne sauraient être en conflit. Cela est évident. Mais l'acheteur ne reste pas moins dans l'instance, et si le jugement accueille la demande dirigée contre l'héritier apparent de mauvaise foi qui a cessé de posséder par dol, *la revendication* et non pas la *pétition d'hérédité* s'exerce contre le tiers détenteur. En conséquence, il est condamné par le chef de la sentence qui le concerne, à délaisser les choses héréditaires dont il a accepté la tradition, et cela avec injonction de restituer tous les fruits qu'il a pu percevoir dans le temps intermédiaire (Cod. Nap., art. 549), s'il est jugé qu'il a participé au dol.

97. — Mais ici se présente une difficulté qu'il nous faut tirer au clair.

L'héritier véritable qui a obtenu soit judiciairement soit amiablement, *putà* au moyen d'une transaction, du tiers détenteur, le délaissement à son profit des choses ou de la chose héréditaire que l'héritier apparent a vendues quoique n'en étant pas propriétaire, peut-il, nonobstant cette remise opérée *cum omni causâ* par le possesseur, actionner encore en dommages et intérêts, aux termes de l'art. 1382 du Code Napoléon, l'héritier apparent de mauvaise foi qui, dans l'espoir d'échapper à la pétition d'hérédité, a ainsi cessé de posséder par dol ?

Autre cas. L'héritier véritable après avoir obtenu de l'héritier apparent de mauvaise foi des dommages et intérêts pour le préjudice qui est résulté de son indue prise de possession, peut-il malgré l'indemnité qui lui a été allouée, s'adresser encore au tiers détenteur et lui demander en justice la restitution *en nature* des choses héréditaires qui ont pu lui être livrées par le dol de son vendeur?...

Pour résoudre ces deux questions, une distinction est nécessaire. Les jurisconsultes romains n'ont pas manqué de la faire avec ce sens juridique parfait qui les caractérisait. Examinons séparément ces deux hypothèses.

98. — *a. Première hypothèse*. — Le tiers détenteur a remis amiablement ou à la suite d'un jugement qui l'a condamné à le faire, à l'héritier véritable, les objets litigieux provenant de la succession.

Dans ce cas, l'action que le vrai représentant du défunt aurait pu exercer utilement contre l'héritier apparent, est *éteinte* faute d'intérêt. Ce dernier se trouve donc libéré de la pétition d'hérédité, quant aux choses qu'il a livrées par dol à l'étranger qui s'est exécuté de bon gré ou de force : le tout par argument de la règle, *bona fides non patitur ut bis idem exigatur*.

Nous pensons toutefois qu'il en serait autrement, si à raison d'une circonstance quelconque, l'héritier véri-

table ne parvenait point à obtenir du tiers détenteur la satisfaction légitime à laquelle il aurait droit.

Exemple : L'héritier saisi a fait condamner l'acheteur de mauvaise foi à lui restituer des meubles héréditaires que l'héritier apparent lui a livrés par dol, dans l'espoir d'échapper par ce moyen à la pétition d'hérédité, et le jugement considérant que l'art. 2279 du Code Napoléon ne s'applique pas en pareil cas, lui a alloué 10,000 francs de dommages et intérêts pour le cas où la remise ne se ferait pas en nature. L'acheteur complice du *prædo* ainsi condamné, s'est empressé de vendre pièce à pièce, à des acquéreurs de bonne foi, les meubles litigieux; puis il est devenu *insolvable*.

Il nous paraît que, dans cette hypothèse, l'héritier véritable conserve son action *entière* contre l'héritier apparent qui a cessé de posséder par dol, afin de pouvoir obtenir de sa caisse s'il est possible, ce qu'il n'a pu avoir de celle de son complice. La loi n'a pu vouloir, audit cas, l'abandonner sans protection aucune à la merci de ses adversaires, quand surtout la nature des biens s'oppose à ce qu'il puisse les suivre entre les mains des sous-acquéreurs de bonne foi (Cod. Nap., art. 2279).

Nous concluons donc, en ce qui touche la première hypothèse, que l'héritier apparent qui a cessé par dol de posséder les choses ou la chose héréditaire, est *libéré* de l'action en pétition d'hérédité, lorsque l'héri-

tier véritable, au lieu de s'adresser tout d'abord à lui, a préféré agir par l'action *in rem*, contre le possesseur actuel, et que ce dernier a, de bon gré ou de force, satisfait à sa juste réclamation (1).

Mais nous concluons en même temps que dans les cas où l'intérêt de l'héritier saisi n'a pas cessé complètement, ce principe souffre une limitation nécessaire, *putà* lorsque le possesseur réel actionné en revendication, se trouve ou s'est mis dans l'impossibilité d'exécuter les condamnations prononcées contre lui, soit parce qu'il est devenu insolvable, soit pour tout autre cause.

Passons maintenant à la seconde espèce.

99. — *Deuxième hypothèse.* — Le véritable héritier a obtenu un jugement contre l'héritier apparent qui a été condamné à lui payer des dommages et intérêts pour avoir fait passer par dol des biens de la succession entre les mains d'un tiers, afin que ce dernier puisse les usucaper au préjudice du légitime propriétaire. Le tiers détenteur se trouve-t-il dans cette hypothèse, comme l'est l'héritier apparent de la première espèce, *libéré* de l'action que l'héritier véritable aurait pu intenter tant contre lui que contre son complice,

(1) Dans le cas où il est *de bonne foi*, la Cour de cassation ne donne à l'héritier saisi aucune action contre lui. Mais c'est une grave erreur, ainsi que nous le démontrerons plus tard en traitant de la revendication (*Infrà*, nos 201 et suivants).

afin d'en obtenir la remise des choses litigieuses et des dommages et intérêts suivant les circonstances?...

Non. Les lois romaines décident cette question en faveur de l'héritier véritable. Elles veulent que le vrai représentant du défunt ne soit pas déchu de la faculté qu'il a d'agir contre *le possesseur réel*. Il importe peu qu'il ait obtenu une condamnation pécuniaire contre l'héritier apparent qui a cessé par dol de posséder les biens héréditaires. La revendication ne continue pas moins de subsister au profit du légitime propriétaire contre le tiers détenteur (1).

Cependant nous lisons dans Doneau que cette théorie, quoique basée sur les textes les plus positifs, fut vivement attaquée au XVI^e^ siècle, par les uns comme *inique et absurde*, et défendue, au contraire, par les autres comme étant la seule conforme aux véritables principes du droit civil. C'est qu'en effet l'acheteur de mauvaise foi, et même, dans notre système, le tiers détenteur de bonne foi qui a traité de l'achat d'un immeuble avec l'héritier apparent, ne sauraient être libérés de l'action appartenant toujours à l'héritier véritable, par cela seul que ce dernier aurait jugé à propos de ne diriger sa pétition d'hérédité que contre l'usurpateur de sa qualité, et cela alors même que la

(1) Voy. L. 7, ff. *De rei vindicat*. L. 95, § 9, ff. *De solut*. et L. 13, § 14, ff. *De hæred. petit*.

condamnation en dommages et intérêts qu'il aurait obtenue aurait été exécutée (1).

On objecte que cette solution de la difficulté est *inique et absurde* et qu'il n'est pas possible d'admettre que l'héritier apparent qui a cessé par dol de posséder les choses héréditaires, soit libéré de l'action du vrai représentant du défunt par la restitution que le possesseur réel lui aurait faite, et que cependant, ce même possesseur réel ne serait pas également libéré de l'action *in rem,* dans le cas où le demandeur en pétition d'hérédité aurait obtenu de la justice des dommages et intérêts destinés à lui tenir lieu de la valeur des objets réclamés. Il faut donc, conclut-on, rejeter toute distinction et décider dans un cas comme dans l'autre, que l'héritier saisi n'a plus d'action contre le tiers détenteur qui n'a qu'à s'éjouir de sa bonne fortune, dès que son ennemi (l'héritier véritable) a obtenu une satisfaction quelconque de la part de l'héritier apparent.

A cela Doneau répond avec raison, ce nous semble, qu'il n'y a rien d'inique ni d'absurde à admettre la distinction très-juridique que les lois romaines font entre les deux hypothèses dont il s'agit, et que, loin de

(1) Cette question est longuement traitée par DONEAU *dans ses Commentaires*, liv. XIX, cap. XII, nos 17, 18, 19, 20 et 21, tom. V de ses œuvres, pag. 608 et suiv.

là, chaque branche du problème repose sur des motifs sérieux qui lui sont propres.

En effet, pourquoi le possesseur réel *libère-t-il* de la pétition d'hérédité son auteur qui a cessé de posséder par dol les choses héréditaires, en les restituant au légitime héritier? C'est parce que sa restitution des choses litigieuses fait défaillir le principe de l'action elle-même qui, sans cela, aurait continué de subsister au profit du propriétaire. Quel est chez nous l'objet principal de la réclamation de l'héritier saisi? C'est d'arriver en définitive à lui faire obtenir la restitution en nature des choses de la succession. Cette restitution une fois opérée, son intérêt cesse à l'instant même. Il n'a plus rien à demander quand ce qu'il avait le droit de revendiquer est rentré dans son patrimoine. On sent dès lors pourquoi les lois romaines décident la première hypothèse en faveur de l'héritier apparent qui a cessé par dol de posséder les choses provenant du défunt.

Mais il en est tout autrement *dans la seconde,* lorsque l'héritier véritable a d'abord agi contre l'héritier apparent de mauvaise foi et qu'il l'a fait condamner en des dommages et intérêts à cause de son dol (Cod. Nap., art. 1382. Comparez L. 13, § 14, ff. *in fine De hæred. petit.)* La condamnation qu'il obtient n'a pas le pouvoir de libérer le tiers détenteur de l'action *in rem* appartenant toujours au légitime héritier, et la raison

qu'en donnent les lois romaines, c'est que cette *condamnation* n'est rien autre chose que *la peine de la manœuvre frauduleuse*. Ce que reçoit l'héritier saisi du faux possesseur ne vient pas à la décharge ou en l'acquit du tiers détenteur, lequel n'en reste pas moins encore soumis à la revendication du légitime propriétaire. *Eum qui possidet* NON *liberabit* (1).

On nous fait une seconde objection et on nous dit : ce que vous décidez-là est impossible, parce que vous allez vous heurter malencontreusement contre la règle, *bona fides non patitur ut bis idem exigatur?...* L'héritier véritable qui a obtenu des dommages et intérêts représentatifs des valeurs litigieuses dans le procès en pétition d'hérédité qu'il a fait au faux héritier, ne saurait être admis à encaisser ces dommages et intérêts d'abord, et à conserver en même temps la revendication des biens en nature que vous lui réservez contre le possesseur réel. Dès qu'il accepte les prestations personnelles mises à la charge de l'héritier apparent par le jugement sur la pétition d'hérédité, il ratifie par cela même ce qu'a fait *le prædo* dans le temps intermédiaire et par conséquent les ventes qu'il a pu consentir à des étrangers?...

(1) *Dictâ lege* 13, § 14, *in fine*, ff. *De hæred. petit.* Si postquam unus dolo fecit quominùs possideret, alius possessionem occuparit, hic jam *duo* incipiunt teneri : prior quia dolo desiit possidere, posterior quia verè possidet (L. 25, § 8, ff. *De hæred. petit.*)

La réponse est que dans les actions pénales qui ont, comme la pétition d'hérédité dirigée contre un héritier apparent de mauvaise foi, pour objet la réparation d'un préjudice causé par un dol, le paiement auquel est condamné celui qui s'est rendu coupable d'une manœuvre frauduleuse ne libère que lui-même. Il ne libère pas ceux qui pourraient avoir été ses complices. Dans ces hypothèses, chacun supporte personnellement la peine de sa manœuvre frauduleuse, comme s'il avait agi seul (1).

Ainsi, la règle *bona fides non patitur ut bis idem exigatur* ne s'applique pas à l'espèce. L'héritier qui, après avoir obtenu de l'usurpateur de sa qualité ayant cessé par dol de posséder les choses héréditaires des dommages et intérêts à raison de la manœuvre frauduleuse de son adversaire, agit ensuite par la revendication contre le possesseur *réel,* lui demande tout autre chose que ce qu'il a demandé au *possesseur fictif*.

D'ailleurs, la condamnation prononcée par le premier jugement pourrait souvent n'être pas suffisante. Il n'est pas impossible que le revendiquant ait un intérêt particulier d'affection pour certains objets provenant de sa famille. Peut-être la succession comprend

(1) Voy. à cet égard L. 13, § 14, L. 25, § 8, ff. *De hœred. petit.* CUJAS, *ad leg.* 14, ff. *Quod metûs causâ.* M. PELLAT, *ad leg.* 7 et 69, ff. *De rei vindicatione,* et M. DEMANGEAT, *des Obligations solidaires* en droit romain, pag. 398, § 1.

des objets d'art qui, dans la première instance, n'ont pu être appréciés à leur juste valeur, faute d'avoir été représentés en nature par le défendeur à la pétition d'hérédité. Enfin, la discussion des biens du faux héritier condamné à indemniser le vrai représentant du défunt peut ne pas donner à ce dernier une satisfaction complète, et il serait inique qu'il fût privé du droit de revendiquer sa chose, alors que rien ne serait de nature à faire supposer qu'il a voulu réellement renoncer à son action contre le tiers détenteur.

100. — Au surplus, si notre manière de voir paraît trop favorable à l'héritier légitime, rien n'empêche le tribunal saisi d'une action en pétition d'hérédité contre un héritier apparent qui a cessé par dol de posséder les choses héréditaires, d'ordonner l'appel et mise en cause du possesseur réel contre lequel le demandeur conclura en revendication, et de statuer par un seul et même jugement sur les restitutions et les dommages et intérêts auxquels ils doivent être condamnés envers l'héritier légitime. De cette manière, les juges éviteront la violation apparente de la règle : *bona fides non patitur ut bis idem exigatur,* et ils ne se trouveront jamais exposés à accorder au légitime représentant du défunt, une double réparation du préjudice qui aura pu lui être causé par le dol de ses adversaires.

Quoi qu'il en soit du mérite de cet expédient, nous ne croyons pas moins que l'héritier saisi ne saurait

jamais être déclaré purement et simplement non-recevable dans son conflit avec le possesseur réel, par cela seul qu'il aurait obtenu antérieurement une satisfaction telle quelle de l'héritier apparent qui aurait cessé par dol de posséder les choses héréditaires (1).

101. — *b. Deuxième classe de possesseurs ex interpretatione juris contre lesquels se donne la pétition d'hérédité quoi qu'ils ne possèdent pas réellement*. Outre ceux qui ont cessé par dol de posséder les choses héréditaires, il existe une autre catégorie de possesseurs *ex interpretatione juris* qui sont également rangés au nombre des héritiers apparents de mauvaise foi... Ce sont ceux qui, assignés en pétition d'hérédité par l'héritier saisi, comme possesseurs des choses héréditaires alors qu'ils ne les possèdent pas juridiquement pour eux-mêmes, contestent cependant la qualité du demandeur et entretiennent son erreur dans une intention malicieuse ou frauduleuse, en défendant à l'action comme s'ils possédaient en réalité, afin de donner au tiers détenteur le temps d'usucaper les biens litigieux.

Ceux qui agissent ainsi sont fictivement considérés comme de véritables possesseurs de mauvaise foi, et la pétition d'hérédité procède contre eux comme s'ils possédaient réellement (2).

(1) Voy. M. PELLAT, *loc. citat.*, sur la loi 7, ff. *De rei vindicatione.*

(2) Voy. L. 45, ff. *De hæred. petit.* POTHIER, *loc. citat.*, n° 377. Comme

Tel serait chez nous le fermier de l'héritier apparent qui se laisserait poursuivre et condamner comme possesseur *pro hœrede* sans nommer son bailleur, afin de donner le temps à ce dernier de consommer la prescription sur le point de s'accomplir.

Ce principe est commun à toutes les actions réelles.

102. — Pour que le défendeur soit rangé dans cette espèce particulière d'héritiers apparents de mauvaise foi, il faut les deux circonstances suivantes :

1° Qu'il ait malicieusement et de mauvaise foi accepté le débat sur la pétition d'hérédité ;

2° Et que le demandeur ait ignoré, au moment de l'introduction de l'instance, que son adversaire ne possédait aucun bien de la succession.

Il est évident que cet événement juridique ne se produit avec son caractère particulier qu'autant que le débat contradictoire a été sérieusement accepté. Il ne suffirait pas que le défendeur eût dit vaguement avant la demande qu'il se prétendait *possesseur de l'hérédité ;* il faudrait de plus qu'il se posât dans l'instance *en cette qualité*.

l'usucapion *pro hœrede* se consommait dans des délais très-restreints, cette matière avait pour nos maîtres en législation une importance qu'elle a perdue en grande partie pour nous. Voy. GAÏUS, I, §§ 52 et suiv. Les interprètes appellent cet événement juridique : *l'oblatio liti*. Comp. L. 7, ff. *De rei vindicatione*. L. 95, § 9, ff. *De solut*. L. 13, § 14 et L. 25, § 8, ff. *De hæred. petit.* Tout cela dans notre droit, s'arrange tant bien que mal dans l'application de l'art. 1382 du Code Napoléon.

Ainsi, il se mettrait certainement à l'abri de l'action, et son adversaire en serait pour ses frais, s'il s'était rétracté avant la demande, ou même s'il se rétractait *in limine litis*. En effet, il ne tromperait pas le demandeur dans l'une ou l'autre de ces hypothèses, et par conséquent l'une des conditions essentielles à l'admissibilité de l'action contre lui, ne se rencontrerait pas dans la cause (1).

103. — *Quid juris,* s'il abandonnait son système mensonger dans le cours de la procédure ? Quelles seraient les conséquences de sa rétractation tardive?

Il supporterait d'abord tous les frais faits jusqu'au moment où il aurait signifié à son adversaire son changement de système. Mais ce n'est pas tout. Le dol qu'il a pratiqué en se posant mensongèrement comme possesseur des biens de l'hérédité, a pu causer un grave préjudice au demandeur. Le possesseur réel a peut-être acquis la prescription dans le temps intermédiaire ; peut-être a-t-il vendu les meubles pièce à pièce à des acquéreurs de bonne foi : de sorte que l'héritier est exposé à perdre tout ou partie des valeurs héréditaires par la fraude de celui qui s'est d'abord

(1) L. 26, ff. *De rei vindicat.* C'est une limitation de la loi 45, ff. *De hæred. petit. Qui se obtulit liti quasi possideat, tenetur ac si possideret, nisi actor sciverit quod reus non possideat. Nam sic a se ipso deciperetur.* Voy. L. 25, ff. *De rei vindicat.* Il y aurait absolution au cas de cette loi. M. PELLAT, pag. 221.

posé comme son adversaire en une qualité mensongère. Les Romains poussaient à cet égard la logique jusque dans ses derniers retranchements, et dès que le débat était engagé par la *litis contestatio,* la qualité des parties était irrévocablement fixée, à ce point que le changement ultérieur de système de défense n'empêchait pas le faux possesseur de rester tenu de l'action en pétition d'hérédité avec toutes ses conséquences. On n'userait pas sans doute d'une telle rigueur aujourd'hui; car chez nous, les conclusions peuvent être modifiées jusqu'à la clôture des débats : les questions de frais réservées. Toutefois, les magistrats ne manqueraient pas d'allouer des dommages et intérêts selon les circonstances et suivant le préjudice réel que le demandeur aurait éprouvé par la malice de son adversaire (Cod. Nap., art. 1382).

104. — Que décider dans l'espèce suivante? L'héritier saisi est sur le point d'intenter sa demande en pétition d'hérédité contre *Primus,* le possesseur réel des biens héréditaires; un tiers *Secundus* se présente et prétend que c'est lui-même et non pas le possesseur réel *Primus,* qui possède véritablement. Jusque-là, rien n'était de nature à le faire considérer comme ayant eu la qualité de possesseur qu'il revendique; mais il n'en agit pas moins ainsi, dans le but d'induire le demandeur en erreur, et afin d'éviter à *Primus,* son ami, les conséquences de l'action.

L'héritier trompé néglige le possesseur réel pour s'en prendre à celui qui se pose mensongèrement en possesseur *pro hærede*. La supercherie se découvre plus tard, que va-t-il arriver?

La loi romaine décide que *Secundus,* quoique ne possédant pas en réalité les biens héréditaires, est tenu de la pétition d'hérédité, et qu'il doit être impitoyablement condamné dans la qualité qu'il a mensongèrement prise (1).

105. — Mais que décider, si *Secundus* vient à prouver, en cours d'instance, que le demandeur savait très-bien que lui, *Secundus,* n'était pas le véritable possesseur?

Il sera renvoyé de la demande quoique ayant persévéré à se poser faussement comme possesseur des choses héréditaires. En effet, il ne saurait être jugé comme ayant en réalité *trompé* le demandeur. Celui qui fait semblant de croire un menteur qu'il sait très-bien jouer la comédie, et qui le poursuit néanmoins, se trompe lui-même sans être trompé par le mensonge de son adversaire (2).

106. — On sent que, de nos jours, toutes ces questions se décideraient suivant les circonstances et d'après

(1) L. 45, ff. *De hæred. petit.* DONEAU, *loco cit.* XV. Comp. L. 27, ff. *De rei vindicat.*

(2) L. 26, ff. *De rei vindicat.* Cet exemple prouve jusqu'à quel point les Stoïciens poussaient les aperçus de l'analyse.

l'appréciation souveraine que les magistrats feraient des faits pour appliquer l'art. 1382 du Code Napoléon. Toutefois, il ne faut pas moins conserver ces théories comme existantes encore; car nous n'avons dans ces matières, aucun texte qui soit de nature à nous faire penser que les auteurs du Code aient voulu rompre avec le passé. Les lois romaines relatives à la pétition d'hérédité sont encore en vigueur, sinon comme textes proprement dits obligatoires, au moins comme *raison écrite,* et nous ne devons pas hésiter à les appliquer, toutefois qu'elles ne sont pas contraires à l'esprit équitable de notre droit.

107. — B. — *Deuxième condition nécessaire à l'exercice de l'action. Il faut que le défendeur possède quelque chose de l'hérédité.*

Nous venons de voir que la qualité de possesseur est exigée dans la personne du défendeur, pour que la pétition d'hérédité puisse procéder contre lui. Ce n'est pas tout; car il faut non-seulement qu'il possède en général, mais encore qu'il possède quelque bien reconnu faire partie de la succession (1).

Cette condition n'est pas admise comme indispensable par tous les interprètes. Plusieurs pensent que la pétition d'hérédité peut être valablement intentée

(1) L. 9, ff. *De hæred. petit.* Comp. pour la revendication, L. 27, § 1 ff. *De rei vindicat.*

même contre celui qui ne possède rien de la succession et qu'il suffit qu'il se prétende héritier ou qu'il conteste la qualité du demandeur. Cette opinion semble devoir être suivie *en droit français*.

Dans ce système, l'héritier véritable a le droit d'agir pour obtenir jugement contre toute personne qui conteste sa qualité, abstraction faite de la possession des choses héréditaires, et l'effet d'un tel jugement est d'imposer pour toujours *silence* à l'adversaire (1).

Ceux qui professent cette doctrine l'appuient sur la loi 18, § 1, et sur la loi 9 du titre de *hæreditatis petitione*. Mais ces lois ne sont pas décisives, et si elles pouvaient être entendues en ce sens, elles seraient en contradiction avec beaucoup d'autres, et même contraires au système général du droit romain qui ne semble reconnaître *d'actions réelles négatoires* qu'en matière de servitudes. C'est du moins notre opinion, malgré l'utilité qu'elles pourraient avoir dans certains cas (2).

On répond d'ailleurs avec avantage que la loi 18, § 1, suppose que le défendeur est devenu possesseur de qnelque valeur héréditaire après la *litis contestatio,* et que, par conséquent, loin d'être hostile au système ou à la théorie que nous adoptons, elle lui est au contraire

(1) GOMEZ sur la loi 45, *De hæred. petit.*, f° 336, n° 166.

(2) Voy. Inst. *De actionib.*, § 2. ORTOLAN, n° 2070. DONEAU, tom. VI, pag. 586, n° 19. Voy. cependant M. PELLAT, *sur la Propriété*, pag. 88, note 2, et BONJEAN, *Traité des actions*, pag. 278-280.

favorable. Si, dans l'espèce de cette loi, l'action est régulièrement donnée contre celui qui ne possède pas encore au moment de la demande, il ne peut toujours être condamné qu'autant qu'il possède avant la prononciation de la sentence.

C'est qu'en effet, si *l'intentio* de la pétition d'hérédité a sa base dans le droit universel du demandeur, *la condemnatio* ne peut toujours être prononcée contre le défendeur que jusqu'à concurrence de ce qu'il possède et de ce qu'il peut restituer.

Quant à la loi 9 précitée, elle n'est pas décisive. Il ne faut pas traduire comme le veut Gomez, les mots qu'on y lit : *qui vel jus possidet,* par ceux-ci : *qui dicit se hæredem et pro tali reputatur,* et décider, en conséquence, qu'il suffit pour que l'action se donne utilement, que le défendeur *se dise héritier et passe pour tel,* puisque la suite de cette loi démontre que le mot *jus* est opposé aux mots *vel rem hæreditariam*. Or ce rapprochement prouve, ce nous semble, que le mot *jus* doit se traduire par *une chose incorporelle,* et que, par conséquent, il faut toujours, comme condition indispensable de l'exercice de l'action, que le défendeur possède soit un objet corporel héréditaire, soit tout au moins comme *possessor juris,* quelque droit incorporel acquis à l'occasion de l'hérédité (1).

(1) Voy. HILLIGER sur DONEAU, liv. XIX, cap. XII, note 13. Voy. aussi BONJEAN, *Traité des actions,* § 281, II. GRUSSE, *Thèse* précitée, sect. 2.

Cela posé, revenons à l'exposition du système.

108. — Nous disons donc que celui qui *ne possède rien* de l'hérédité est à l'abri de l'action qui nous occupe, sauf les cas où il est réputé *fictivement* possesseur comme ayant cessé de posséder par dol; et que ce principe reçoit son application, lors même qu'il se dirait *héritier* et qu'il se conduirait comme *tel en paroles* seulement. L'action en pétition d'hérédité n'est pas simplement établie en faveur de l'héritier véritable, pour qu'il fasse reconnaître sa qualité vaguement contestée par son adversaire, mais bien, surtout, afin qu'il ait un moyen juridique d'obtenir du possesseur, la restitution des choses héréditaires. C'est le résultat final de la demande, comme dans toutes les actions réelles. *Intendit hæreditatem suam esse cùm omni causâ.*

Or le droit de succession pris en lui-même, *in abstracto,* n'est pas de nature à être restitué; car *l'hérédité* est un droit incorporel qui ne se perçoit que par l'intelligence, et qui n'étant pas susceptible par nature d'être possédé par le défendeur, ne saurait être restitué à l'héritier véritable, puisqu'il est inséparable de sa personnalité. On ne restitue que ce que l'on a pu enlever.

Si donc, il existe quelque chose dans l'hérédité qui puisse être restitué, ce ne peut être que ce qui en dépend, et non pas l'hérédité elle-même, *ut jus univer-*

sale : laquelle ne s'est jamais séparée de la personne du demandeur appelée à la succession. Comment comprendre que *la qualité d'héritier*, prise en elle-même, abstraction faite des biens de la succession, puisse s'acquérir par l'usucapion ? Ne serait-ce pas, en ce qui concerne cette espèce de droit *sui generis*, faire un étrange abus de la règle *error communis facit jus?* Lorsque je prends possession des biens d'une hérédité, je puis sans doute acquérir ces biens par une possession juridique, mais je n'acquiers pas pour cela la qualité d'héritier qui tient aux liens du sang et jamais au fait de l'homme, quel que soit son désir à cet égard (1).

C'est ainsi que, *en droit romain,* nous sommes amené à ne donner l'action en pétition d'hérédité que contre le possesseur de la totalité ou d'une partie quelconque, si petite qu'elle soit, des biens héréditaires.

109. — Mais, dira-t-on, donner la pétition d'hérédité contre le possesseur d'une chose héréditaire prise individuellement, c'est aller heurter de front le principe fondamental des actions réelles : car ces sortes d'actions ne procèdent jamais utilement que contre les

(1) Dans le principe, il paraît que l'hérédité prise en elle-même, était susceptible d'usucapion, mais GAÏUS nous apprend que cette opinion fut plus tard abandonnée : *posteà, creditum fuit ipsas hæreditates usucapi non posse* (Voy. GAÏUS, com. II, § 54). Chez nous, la question ne saurait être douteuse, et notre opinion était suivie dans l'ancienne jurisprudence (POTHIER, *Contrat de vente.* n° 529). L'héritier apparent ne peut usucaper l'hérédité en tant qu'elle *est universalité juridique* (ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, § 616 4°).

possesseurs réels ou fictifs des choses demandées. Or, ce que l'héritier demande dans la pétition d'hérédité, ce n'est pas une chose particulière, mais bien *l'hérédité* elle-même. C'est ce qui résulte des textes les plus formels et notamment : de la loi 2 au Code *De petitione hæreditatis*, dans laquelle on lit : *fructibus augetur hæreditas cùm ab eo possidetur a quo peti potest ;* de la loi 1, § 1, au Digest. *Si pars hæreditatis petatur,* qui s'exprime ainsi : qui *hæreditatem* pel *partem hæreditatis* petit..... *totam hæreditatem* vindicabit, etc., etc.... Or, les choses héréditaires, quoique dépendant de l'hérédité, ne sont pas, pour cela, *l'hérédité elle-même* (1). On ne comprend donc pas que les choses prises individuellement, puissent faire l'objet d'une action qui semble n'avoir pour objet que la revendication de l'hérédité considérée comme universalité ou comme ensemble universel.

110. — Ce raisonnement n'est que spécieux : car, d'abord, le mot *hæreditas* est pris *objectivè* dans les lois précitées, c'est-à-dire, pour l'ensemble des biens laissés par le défunt sur lesquels s'exerce *subjectivè* le droit héréditaire de l'héritier.

Si, en théorie, l'hérédité est un être de raison qui existe indépendamment des biens qui la composent, le résultat final de l'action en pétition d'hérédité n'en est pas moins la restitution de ces biens.

(1) Voy. DONEAU, lib. XIX, cap. XII, n° 22.

Lorsque j'agis en pétition d'hérédité, je fais à la fois trois choses : 1° Je commence par établir que je suis utilement appelé à la succession ;

2° Ce point prouvé, mon droit à l'hérédité objective en découle comme une conséquence forcée (Cod. Nap., art. 724) ;

3° Enfin je revendique tous et chacun des biens qui la composent, contre tous ceux qui se posent mes adversaires en une qualité mensongère d'héritiers *pro hærede*, *vel pro possessore* réels ou fictifs.

Ainsi, ce que les lois romaines appellent la revendication de l'hérédité, renferme trois éléments dont les deux premiers ne sont au fond des choses que des moyens préparatoires pour arriver au troisième qui est la véritable conclusion utile. L'action se présente d'abord avec un caractère *universel,* mais son exécution finit par devenir *partielle et spéciale,* puisque le défendeur ne peut en définitive être condamné à restituer que ce qu'il peut restituer *ex hæreditariâ causâ*. Or, il ne peut restituer que ce qu'il possède. Il importe donc peu que le défendeur possède la totalité, une quote-part, ou une chose particulière quelconque, si petite qu'elle soit, de l'universalité juridique. Dès là qu'il possède une chose héréditaire, *tanquâm hæreditariam,* j'ai le droit de la lui demander par la pétition d'hérédité, puisque cette chose fait partie de *l'objectif* sur lequel j'ai préalablement établi mon droit *subjec-*

tif (1). Mais il faut que le défendeur possède ou soit réputé posséder encore, sinon au moment de la demande, au moins au moment du jugement, lors même que ce ne serait qu'un atôme de l'universalité litigieuse, parce que la loi, suivant nous, ne reconnaît *d'actions réelles négatoires* que dans les servitudes.

Ainsi, une action en pétition d'hérédité intentée contre un prétendu héritier apparent qui ne possède rien de l'hérédité, manquerait de sa conclusion finale, puisqu'elle n'aurait pour résultat possible que d'imposer silence à l'adversaire, et que, par conséquent, le demandeur ne saurait invoquer, pour justifier la recevabilité de son action, qu'un intérêt imaginaire et inappréciable, quant à présent, au point de vue pécuniaire.

111. — Mais, dira-t-on, puisque vous avouez que le demandeur conclut dans l'action dont il s'agit : 1° à la reconnaissance de son droit sur l'hérédité litigieuse, 2° et, par suite, à la restitution des choses qui en dépendent..., vous devez, pour être conséquent avec vous-mêmes, exiger chez le défendeur : 1° la possession de l'universalité juridique, 2° et celle des objets qui en dépendent ?...

C'est précisément ce que nous faisons. Car, il ne suffit pas que le défendeur possède un objet quelconque

(1) *Junge*, ZACHARIÆ, tom. V, § 616 2°, *in fine*.

faisant partie de la succession, pour qu'il soit tenu de la pétition d'hérédité, il faut de plus, ainsi qu'on le verra dans un instant, qu'il possède cet objet, *pro hœrede, vel pro possessore*, c'est-à-dire *tanquam hœres apparens* de bonne ou de mauvaise foi.

Ainsi se trouve établie la deuxième condition requise pour l'exercice utile de l'action en pétition d'hérédité.

Passons à la troisième et dernière.

112. — C. — *Troisième condition. — Il faut que le défendeur possède* pro hærede vel pro possessore. — *Méthode.*

Non-seulement le défendeur doit posséder ou être réputé posséder; non-seulement il doit posséder ou être réputé posséder soit la totalité, soit une partie, soit au moins un objet quelconque de l'hérédité; mais il faut encore qu'il possède ou qu'il soit réputé posséder *pro hærede*, chez nous en qualité d'héritier apparent *de bonne foi, vel pro possessore* ou *de mauvaise foi*, soit la totalité, soit une fraction, soit au moins un atôme de l'universalité juridique (1).

Comme cette troisième condition forme le caractère distinctif de la pétition d'hérédité, et comme c'est elle surtout qui assigne à l'action qui nous occupe, une place particulière parmi les actions réelles, elle doit

(1) On emploie les expressions *de possesseurs de bonne ou de mauvaise foi* pour mieux les distinguer, en général. Car *le prædo* proprement dit est celui qui n'a aucun titre pour colorer sa prise de possession de l'hérédité.

appeler toute notre attention : d'autant plus que, dans ces matières très-obscures, l'étude la plus consciencieuse des textes ne permet réellement pas aux interprètes du droit romain de pouvoir affirmer qu'ils sont toujours dans le vrai !...

Quoi qu'il en soit, nous rechercherons sur cette troisième condition ce que nous devons entendre par ces mots : « Posséder *pro hærede*, *vel pro posssessore* que nous traduisons dans notre droit par ces mots : *posséder en qualité d'héritier apparent de bonne ou de mauvaise foi.*

113. — *De l'héritier apparent en général.* — Le possesseur *pro hærede (lato sensu)* des Romains est celui qui, sommé de s'expliquer sur la cause de sa possession des choses héréditaires, répond *qu'il est héritier* quoi qu'il ne le soit pas en réalité.

Il importe peu à ce point de vue qu'il soit de bonne ou de mauvaise foi, qu'il se croie *héritier* ou qu'il sache très-bien *qu'il ne l'est pas*. Dès que pour conserver les choses héréditaires qu'il possède, il prend le titre d'héritier, et que par une conséquence nécessaire il conteste celui du demandeur, il est considéré comme possesseur *pro hærede (lato sensu)* et par suite il est tenu de la pétition d'hérédité (1).

114. — Il résulte de cette notion que l'héritier véri-

(1) Voy. DONEAU, *loc. citat.*, cap. XII, nos 23 et suivants.

table ne peut jamais être possesseur *pro hærede* et que, par conséquent, la pétition d'hérédité ne saurait en aucun cas procéder contre lui (1). En effet, il est impossible que deux personnes soient héritières *in solidum* en même temps. Elles peuvent bien sans doute se trouver co-propriétaires du corps héréditaire pour des parts idéales, égales ou inégales, mais chacune d'elles ne saurait être propriétaire de ce corps pour le tout. Si donc l'héritier véritable, possesseur des biens de la succession, est actionné par un tiers en pétition d'hérédité, il le fait déclarer non recevable par cela seul que le demandeur ne prouve pas sa qualité d'héritier, et en excipant de son propre droit de succession il n'exerce pas lui-même la pétition d'hérédité; il lui suffit, puisqu'il est en possession, de faire valoir, pour la conserver, le droit qu'il a de la retenir par *l'interdit retinendæ possessionis*.

115. — Il est cependant certains cas particuliers dans lesquels l'héritier véritable est tenu de la pétition d'hérédité en qualité de *possesseur pro hærede*. C'est ce qui arrive toutes les fois qu'il trouve dans la succession qui lui est déférée, des choses que le défunt lui-même ne possédait que *pro hærede*. On sent, en effet, que le défunt étant héritier apparent

(1) Voy. pourtant CUJAS, *ad Africanum* 4, sur la loi 56 *De hæred. petit.* Mais c'est une erreur. Il n'y a pas d'exception au principe dans cette loi.

quant à ces choses au moment de son décès, l'héritier appelé à lui succéder devient *ipso jure*, *en droit français*, héritier apparent à sa place. Mais cela ne porte pas atteinte au principe ci-dessus posé, car le défendeur n'est pas dans ce cas le véritable héritier de celui dont la succession est revendiquée, il n'est véritable héritier que de l'héritier apparent et c'est en qualité de successeur de ce dernier qu'il est tenu de la pétition d'hérédité, de même que son auteur y serait soumis s'il vivait encore.

Ainsi, il est possible que je sois héritier véritable à l'égard de certaines choses dépendant de la succession qui m'est transmise, et que cependant je sois simplement héritier apparent à l'égard de certaines autres. C'est que la pétition d'hérédité ne se donne pas seulement contre le possesseur *pro hærede vel pro possessore* primitif, mais bien encore contre ses successeurs à titre universel (1) : ce qui est évident par suite du principe de la saisine qui nous régit. Il en était de même à Rome *dans les cas de transmissions*.

116. — Cela posé, voyons quelles sont les personnes que l'on doit ranger dans la classe des héritiers apparents *de bonne foi*, et celles qu'il faut reléguer dans la catégorie des héritiers apparents *de mauvaise foi* (2).

(1) DONEAU, *loc. citat.*, XXIV.

(2) Sur les différences qui existent entre les possesseurs de bonne et de mauvaise foi, voy. surtout POTHIER, *Traité de la propriété*, nos 423 à 437.

117. — *a. Des héritiers apparents de bonne foi.* — *En droit français*, le membre de la famille qui, malgré l'existence d'un successible plus rapproché du défunt, se met en possession des biens héréditaires *cum animo sibi habendi* et qui les gère en prenant le titre et la qualité d'héritier, est le type de l'héritier apparent proprement dit. Tous les autres possesseurs de l'hérédité qui peuvent être soumis à l'action en pétition d'hérédité, ne sont qualifiés *héritiers apparents* que par des analogies plus ou moins éloignées.

L'héritier apparent peut être de bonne ou de mauvaise foi. Sa bonne foi se présume et c'est à son adversaire à prouver sa mauvaise foi (Cod. Nap., art. 2268).

La circonstance qu'il a connu des successibles préférables à lui au moment où il s'est mis en possession de l'hérédité, ne suffirait pas à elle seule pour le constituer en mauvaise foi, à supposer bien entendu que ces successibles n'auraient pas ostensiblement fait des actes d'héritiers (1).

On sent qu'il n'en serait pas de même s'ils avaient déclaré accepter la succession. Ceux qui sont après eux et qui auraient eu connaissance de cette acceptation, devraient être considérés comme des possesseurs *de mauvaise foi*. Il est évident, en principe, que dès

(1) Voy. ZACHARIÆ, § 616, F. VAZEILLE, *Des prescriptions*, n° 376. DURANTON, tom. I, n° 585.

l'instant où ils ont su que la succession ne pouvait leur appartenir même éventuellement, leur bonne foi a cessé puisque à partir de ce moment, ils n'ont plus eu ce qu'il fallait pour se perpétuer dans la possession des biens héréditaires avec la croyance d'être *héritiers* : condition essentielle à la bonne foi.

118. — Du reste, la question *de bonne ou de mauvaise foi* se décide suivant les circonstances. C'est ainsi que nous ne ferions aucune difficulté de considérer comme *possesseurs de mauvaise foi*, les successibles des degrés inférieurs qui, sachant qu'il existe un héritier saisi avant eux, se mettraient au moment du décès en possession des biens du défunt sans donner à l'appelé utilement le temps de recueillir la succession. A cet égard, il résulte sinon des termes au moins de l'esprit de la législation, que les successibles des degrés inférieurs, doivent pour être traités comme héritiers apparents de bonne foi, ou se trouver au moment du décès dans la croyance qu'ils sont seuls appelés à la succession, auquel cas ils peuvent sans retard gérer *pro hærede*, sans avoir à redouter les conséquences de la possession de mauvaise foi, ou attendre l'expiration des délais de délibération pour donner à l'héritier utilement saisi le temps et les moyens de prendre un parti. Mais, si ces délais se passent sans que ce dernier se présente pour recueillir la succession, il y a présomption suffisante qu'il entend s'abstenir (ar-

ticle 811), et dès lors ceux qui sont appelés à son défaut, sont autorisés à se mettre provisoirement en possession de l'hérédité sans avoir à craindre la qualification d'héritiers apparents de mauvaise foi.

119. — Les successeurs aux biens *per universitatem* qui prennent possession des choses héréditaires après l'accomplissement des formalités qui leur sont imposées, sont assimilés sous le rapport dont il s'agit aux héritiers apparents précédents (art. 770-773) *hæredum loco habentur* (1).

Notons en passant que ces sortes de successeurs ne devraient, en principe rigoureux, rentrer ni dans la catégorie des héritiers apparents proprement dits, c'est-à-dire des possesseurs *pro hæredibus*, ni dans celle des possesseurs *pro possessoribus;* car, *d'une part*, ils ne sauraient se prétendre *héritiers* et, d'autre part, ils ne devraient pas être considérés comme des possesseurs *pro possessoribus,* puisqu'ils assignent une cause légitime à leur possession. Aussi, les stoïciens ne donnaient-ils pas l'action directe contre eux, mais seulement une action en pétition d'hérédité *utile* qui du reste arrivait au même résultat.

Chez nous, la pétition d'hérédité se donne contre les successeurs aux biens que nous assimilons, au cas particulier, à des héritiers apparents, quoiqu'ils ne pos-

(1) Voy. POTHIER, *De la propriété*, nos 447 et 448.

sèdent pas en réalité *pro hœrede vel pro possessore (stricto sensu)*.

120. — Il faut encore ranger dans la même catégorie, l'acheteur de l'hérédité ou le cessionnaire de droits successifs qui a traité de bonne foi avec l'héritier apparent de bonne ou de mauvaise foi. Les Romains ne donnaient contre lui que *la revendication utile* (L. 13, § 4, text. *hic*.) En effet, d'une part, il assigne à sa possession une juste cause exclusive de la qualification *de prædo*, et, *d'autre part*, il ne peut se dire *héritier*, puisque en droit romain la loi seule et non pas la convention, *fait les héritiers* (1). Dans nos usages, nous considérons le cessionnaire de l'héritier apparent *tanquàm possessor pro hœrede vel pro possessore*, suivant qu'il est de bonne ou de mauvaise foi, et la pétition d'hérédité procède contre lui tout aussi bien que contre son cédant. C'est du reste avec raison; car en achetant l'hérédité à ses risques et périls, il se soumet implicitement à l'obligation de restitution qui pesait sur son vendeur, le cas échéant, puisque les successeurs *per universitatem* sont chez nous toujours

(1) Remarquons ces expressions du § 4 de la loi 13, *ne singulis judiciis vexaretur*. Elles montrent bien que, suivant Ulpien lui-même auquel on fait dire le contraire dans la L. 25, § 17, l'acheteur à titre singulier devait être tenu *de la rei vindicatio*. MERLIN a donc mal compris cette dernière loi dans sa dissertation sur la validité des ventes faites par l'héritier apparent, *infrà*, n° 210, et M. ETIENNE, *Instit. de Justinien*, tom. I, pag. 580.

tenus des obligations de leurs auteurs soit *intrà vires*, soit *ultrà vires*, suivant les cas divers.

121. — *b. De l'héritier apparent de mauvaise foi.* — Si les successibles des degrés inférieurs qui se mettent en possession de l'hérédité dans la croyance qu'ils y sont appelés utilement, constituent le type des héritiers apparents de bonne foi..., l'usurpateur, *le prædo* de la succession doit être considéré comme le type des héritiers apparents *de mauvaise foi*. Les autres possesseurs de cette dernière catégorie ne sont soumis à la pétition d'hérédité que parce qu'ils sont assimilés *au prædo*.

Cette proposition nous semble résulter de l'esprit et de l'ensemble des textes romains sur la matière, quoi qu'elle n'y soit pas formulée en termes exprès (1).

Or, est considéré comme *prædo* celui qui, sachant très-bien que la succession ne lui est pas déférée et qu'elle ne peut lui appartenir à aucun titre, s'en empare d'une manière ou d'une autre, *cum animo domini*.

Ainsi, l'étranger qui se met en possession des biens héréditaires sans pouvoir oser se prétendre héritier pour justifier sa possession d'une manière quelconque, et qui, interrogé sur la cause de son immixtion dans l'hérédité, n'a d'autre réponse à faire que celle-ci: « *Je*

(1) Voy. MULHENBRUCH, § 708, note 1.

possède parce que je possède... » est un *prædo*, chez nous un héritier apparent *de mauvaise foi* (1).

122. — Toutefois, dans le sens strict, tout possesseur *de mauvaise foi* n'est pas *prædo* dans tous les cas possibles, car il peut très-bien se faire que le possesseur de mauvaise foi ait un titre. C'est même ce qui arrive assez souvent. Mais s'il peut quelquefois n'être pas *prædo, stricto sensu*, il n'en est pas moins assimilé au *prædo proprement dit*, en ce qui touche l'appréhension injuste des biens laissés par le défunt.

Ainsi sont assimilés au *prædo* :

1° Tous les héritiers apparents proprement dits, et les cessionnaires de leurs prétendus droits successifs, *de mauvaise foi;*

2° Tous les successeurs aux biens qui se sont mis en possession des choses héréditaires, sans avoir rempli les formalités que la loi exige pour légitimer leur possession et l'exercice de leurs droits. Cela ne doit toutefois s'entendre que suivant les circonstances. Il pourrait arriver que des successeurs irréguliers ne fussent pas traités comme des *possesseurs de mauvaise foi*, par cela seul qu'ils se seraient mis en possession *proprio motu;*

(1) Les interprètes discutent beaucoup sur le sens du mot *prædo*. (Voy. Hilliger sur Doneau, lib. XIX, cap. XII, n° 25, à la note 18, et Cujas sur Paul, *ad edictum*. L. 40, *De hæred. petit., ad* § *prædo.*) Par *prædo, en droit français*, nous entendons l'héritier apparent qui ***n'est pas de bonne foi.***

3° Tous les héritiers apparents *de bonne foi* dans le principe, mais dont la bonne foi est venue à cesser pour une cause ou pour une autre. L'héritier *apparent de bonne foi* devient toujours *héritier apparent de mauvaise foi*, à partir de la demande en pétition d'hérédité régulièrement intentée contre lui;

4° Tous ceux qui n'appuient leur possession que d'un titre radicalement nul. Car le titre *nul de droit* n'est pas *un titre*. Celui qui l'invoque se trouve dans la même position que celui qui ne peut que répondre : *Je possède parce que je possède.*

Il en est autrement de celui qui possède en vertu d'un titre simplement *annulable* tant qu'il n'est pas annulé (Comp. Cod. Nap., art. 549-550).

Toutefois, ces dernières propositions ne doivent pas s'entendre d'une manière trop absolue. L'appréciation des circonstances pourrait encore quelquefois faire considérer comme n'étant pas possesseur *de mauvaise foi,* celui qui n'invoquerait qu'un titre *nul*. Car, pour être traité comme un *prædo* faute de titre valable, il faut non-seulement que le titre invoqué soit *nul*, mais encore que le défendeur sache qu'il *est nul*.

Exemple : je possède les biens héréditaires ou un objet quelconque de l'hérédité en vertu d'une donation sous-seing privé que m'a faite l'héritier apparent, ou en vertu d'un testament olographe que je sais avoir été écrit par une autre main que celle du testa-

teur. Mon titre est radicalement *nul* et de plus il est évidemment *nul*. Dans cette hypothèse, je ne puis être de bonne foi, parce qu'il y a faute lourde et crasse équipollente au dol, à considérer comme valable une donation sous-seing privé (Cod. Nap., art. 931) ou un testament olographe écrit d'une main étrangère (art. 970).

Mais si j'invoque à l'appui de ma possession un titre nul que je crois valable et si mon erreur repose sur une apparence raisonnable, nul doute que je ne suis pas un *prædo* pour cette cause. Les interprètes du droit romain posent à cet égard la règle suivante : *is solus pro possessore tenet que nec titulum habet, nec re habere putat* (1).

123. — Mais ici se présente une question sur laquelle les textes du droit romain sont loin d'être clairs.

Ils considèrent comme possesseur *pro possessore*, tout individu qui s'empare d'un objet de la succession et qui n'assigne aucune cause légitime à sa possession. Voilà le principe général. Il est nettement formulé dans plusieurs lois. Mais ces lois n'ajoutent pas en termes positifs (ce que le lecteur attend cependant avec impatience) que le possesseur avec mauvaise foi d'un objet particulier, n'est tenu de la pétition d'hérédité qu'autant qu'il entend le retenir en se posant

(1) DONEAU, *loc. cit.* XXV, note 19.

devant la demande en possesseur *pro hærede (lato sensu)*, c'est-à-dire en prétendant s'attribuer l'hérédité *ut jus universale*. Loin de là, la loi 11, § 1, et la loi 2 de notre titre disposent qu'il n'est pas nécessaire que *le prædo* se prétende héritier pour que la pétition d'hérédité se donne contre lui, car on y lit : pro possessore possidet prædo... prædo est, qui interrogatus cur possideat, responsurus sit, *quia possideo*, *nec contendet se hæredem vel per mandacium* (1). La difficulté augmente quand on voit les jurisconsultes classiques citer pour exemples des cas de pétitions d'hérédité, dans lesquels il ne paraît pas s'agir de contestations sur la qualité d'héritier. Ainsi, est considéré comme *prædo* tenu de la pétition d'hérédité, celui qui n'allègue à l'appui de sa possession qu'un titre évidemment *nul* : par exemple, un tiers achète d'un fou une chose particulière de la succession; un mari ou une femme accepte de sa femme ou de son mari une donation que la loi réprouve. Dans ces espèces, le titre de la possession est nul pour cause d'incapacité. Que l'acheteur cependant ou le donataire soit cité *in jus* par l'héritier demandeur et qu'il vienne prétendre qu'il possède *pro emptore vel pro donato*, on ne l'écoutera pas. On le considèrera comme *un prædo* et la pétition d'hérédité

(1) Soit qu'il ne se prétende pas *héritier*, soit qu'il prétende *faussement l'être*.

se donnera contre lui, lors même qu'il ne contestera pas ou qu'il n'osera pas même contester la qualité de son adversaire. Cela est assurément hors de doute (1).

124. — Et pourtant, Cujas professe que dans les cas où la qualité du demandeur n'est pas contestée, il ne peut s'agir de pétition d'hérédité, mais seulement d'actions particulières spéciales à chaque genre de réclamations (2). Son opinion suivie par Vinnius (3), par Pothier (4), et par la presque généralité des interprètes, a été encore enseignée de nos jours par Zachariæ (5), par Merlin (6), Duranton (7), Bonjean (8) et par la Cour de cassation (9) qui ont reproduit la doctrine de notre grand jurisconsulte en cette matière. Il semble en effet qu'elle est la seule possible. Comment irais-je demander l'hérédité à une personne qui prétendrait ne pas la posséder? Ma demande porterait dans le vide. Il n'y aurait pas conflit entre les adversaires, si ce n'est pourtant sur le point préjudiciel de savoir si,

(1) L. 13, § 1, ff. *De hæred. petit.*

(2) Obs. IX, 25.

(3) *Questions choisies*, I-23.

(4) *De la propriété*, n° 365.

(5) Tom. V, § 616.

(6) *Questions*, V° *Héritier*, § 3.

(7) Tom. I, n^os^ 562 et suiv.

(8) § 281, II.

(9) Voy. les arrêts cités *infrà*, n^os^ 201 et suiv. A cet égard, LL. 10, 13, § *ult.* L. 42, ff. *De hæred. petit.* L. 7, *in fine*, au Cod., *De petit. hæred.*

oui ou non, le défendeur possède, malgré son langage menteur, l'hérédité *tanquàm hæres*. Que l'héritier véritable agisse en pétition d'hérédité contre celui qui prétend posséder les choses héréditaires litigieuses *pro hærede,* cela se conçoit et cela doit être, lors même qu'il ne s'agirait au procès que d'un objet particulier provenant du défunt, parce que, pour arriver à la restitution de cet objet à son légitime propriétaire, il faut d'abord vider la question préjudicielle des qualités réclamées à la fois par les deux contendants....; mais dès que le défendeur refuse de restituer, sans se poser *en possesseur pro hærede* et même sans oser contester la qualité évidente de son contradicteur, on ne voit réellement pas comment la pétition d'hérédité pourrait procéder contre lui, fût-il de la plus insigne mauvaise foi et le voleur le plus impudent qu'il serait possible d'imaginer.

Les interprètes ont cherché à expliquer cette difficulté; chacun a proposé son système. Il existe dans les textes des traces de controverses entre les différentes écoles des Proculéiens et des Sabiniens sur les questions que font naître les diverses *notions* des possesseurs *pro hærede et pro possessore,* et cette matière est loin d'être encore arrivée à la lumière (1).

Quoi qu'il en soit, Doneau se tire d'affaire, au cas

(1) Voy. la *Thèse* de M. GRUSSE précitée, pag. 12 et 13.

particulier, par un moyen ingénieux qui donne très-probablement la solution de la difficulté dont il s'agit. « Celui, dit-il, qui n'assigne aucune cause spéciale à « sa possession d'une chose héréditaire, fait par cela « même entendre qu'il se pose en qualité d'héritier « apparent (1). » En effet, si celui qui n'allègue aucun titre à l'appui de sa possession, est soumis à la pétition d'hérédité, comme les textes le décident, c'est parce qu'il ne peut invoquer que deux moyens pour la justifier, ou le legs ou le droit universel de succession. Or dès qu'il n'excipe pas d'un legs, il déclare par cela même implicitement qu'il entend retenir la chose héréditaire litigieuse par droit de succession. Voilà pourquoi la pétition d'hérédité procède contre lui.

Sans doute, cela est bien, quand le défendeur se tait. Mais cela est loin de satisfaire la raison de l'interprète, lorsque l'assigné vient déclarer qu'il n'entend pas contester la qualité du demandeur, et que, cependant, il prétend conserver la chose héréditaire à un titre quelconque qu'il ne veut pas faire connaître, en disant simplement : *je possède parce que je possède*. Dans ce dernier cas, il est certain que la pétition d'hérédité procède encore contre lui ; mais alors l'action ne paraît pouvoir être donnée que pour mettre le juge à même

(1) Qui possessionis suæ nullam aliam specialem causam dicit in rebus defuncti hæreditariis tenendis, is, *vi ipsâ*, satis significat *se pro hærede gerere* atque hoc animo res possidere. DONEAU, *Comm.* liv. XIX, cap. XII, n° 25.

d'apprécier ce qui doit être restitué au demandeur. Car le droit de succession de ce dernier étant reconnu ou non contesté devant le magistrat, c'est le cas d'appliquer la règle, *confessus in jure pro judicato habetur* (1).

Si, au contraire, le défendeur allègue un titre spécial à l'appui de sa possession, il cesse d'être tenu de la pétition d'hérédité ; car il n'y a de pétition d'hérédité possible qu'autant qu'il y a controverse sur l'hérédité *ut jus universale*, c'est-à-dire dans le cas où le défendeur possède ou est réputé, *ex interpretatione juris*, posséder *pro hærede, vel pro possessore*.

125. — Sous le système des formules, cette difficulté a dû avoir peu d'importance pratique, parce que au moment de la délivrance de l'action *in jure*, le défendeur était interrogé sur le point de savoir en quelle qualité il entendait posséder la chose réclamée comme héréditaire. De sa réponse dépendait le choix de l'action à diriger contre lui. S'il refusait d'assigner une cause quelconque à sa possession, il était immédiatement considéré comme *un prædo* ou *possessor pro possessore*, et la pétition d'hérédité procédait contre lui (2).

(1) L. 1, ff. *De confessis*.

(2) Petitio hæreditatis contra eos tantùm inter quos et actorem lis *super hæreditate constare potest*. DONEAU, *Comm.*, lib. XIX, cap. XII, XXVI, not. 20, et les docteurs cités par HILLIGER. Voy. L. 4, ff. *De interrog.*, et L. 12, ff. *De hæred. petit.*

Ce système était très-simple et très-rationnel. Mais aujourd'hui, il n'y a plus *d'interrogatoire in jure* préalable à l'instance devant le juge. Toutes les actions réelles et personnelles sont affranchies des entraves formulaires, le défendeur a même la faculté de modifier son système de défense jusqu'à la clôture des débats, et de ne le faire connaître complètement qu'en cours d'instance. Que conclure de là ? C'est que, chez nous, le demandeur peut agir à son choix, par une action conçue d'une manière générale *en délaissement*, sauf ensuite à conclure d'après le système de la défense, en revendication ou en pétition d'hérédité.

Si le défendeur prétend retenir la chose litigieuse, en qualité de successeur *per universitatem* du défunt, ou s'il refuse d'assigner une cause quelconque à sa possession autre que cette possession elle-même, le demandeur conclura *en pétition d'hérédité*.....

Si au contraire, le possesseur prétend retenir la chose héréditaire à un autre titre, par exemple, à titre d'achat, de don, de legs ou d'échange, le demandeur qui ne reconnaît pas son titre, conclura en *revendication*.

126. — Mais, dira-t-on, quelle utilité y a-t-il dans notre droit, à agir par *la pétition d'hérédité* plutôt que par la *revendication*, ou par *la revendication* plutôt que par la *pétition d'hérédité ?* Toutes ces distinctions que vous faites, ne paraissent plus avoir d'importance

réelle dans notre législation dont le système d'actions, *s'il en existe un véritable* (1), laisse toute latitude au demandeur et aux magistrats chargés de juger les procès qui leur sont soumis?

Sans doute, les différences sensibles qui existaient à Rome entre *la petitio hæreditatis* et *la rei vindicatio* ont beaucoup perdu de leur intérêt dans notre civilisation moderne. Ainsi, il nous importe peu de savoir notamment que ces actions, quoique *pétitoires* toutes deux, présentaient des nuances dans leurs formules; que, dans la revendication, le demandeur, en cas de refus du défendeur de fournir la caution *judicatum solvi,* devait s'adresser au magistrat pour obtenir de lui l'interdit *quem fundum,* tandis que la pétition d'hérédité donnait lieu à l'interdit *quàm hæreditatem ;* que le défendeur était tenu différemment de la restitution des fruits, dans l'une et l'autre action.

Mais ce qui nous intéresse encore au plus haut degré, c'est que *dans la revendication,* le demandeur doit aujourd'hui, comme autrefois, au moins en général (2), prouver sa propriété sur la chose qu'il réclame comme

(1) Les auteurs du Code n'auraient pas mal fait de consacrer quelques articles *aux actions*.

(2) Je dis *en général,* car ce principe n'est pas toujours absolu. Je pourrais certainement revendiquer les meubles qui m'étaient confiés à titre de dépôt ou de commodat, sans être tenu de prouver ma propriété. Dans ce cas et autres semblables, ma demande en revendication serait formulée dans la qualité particulière qui m'autoriserait à agir contre les ravisseurs (art. 2279).

lui appartenant : ce qui est parfois difficile à établir judiciairement, tandis que *dans la pétition d'hérédité*, il lui suffit de prouver *sa qualité d'héritier* pour que la succession avec tout ce qui en dépend, n'importe à quel titre, lui soit restituée. En effet, le demandeur en pétition d'hérédité n'agit qu'en qualité d'héritier du *de cujus*. Il ne demande pas comme *siennes* les choses qu'il réclame, il ne les demande que comme *choses héréditaires*.

127. — Exemple : le défunt possédait une chose mobilière à titre de dépositaire ou de commodataire, ou un immeuble appartenant à un étranger, mais qu'il était en train de prescrire avec juste titre et bonne foi. Ces choses font partie de l'hérédité à titre de dépôt, de commodat ou de possession de bonne foi, et, comme telles, elles sont comprises dans les restitutions à faire par le défendeur, bien que le défunt n'en ait jamais été propriétaire et que par conséquent son héritier ne le soit pas davantage. Dès que le possesseur *pro hærede, vel pro possessore* ne détient la chose litigieuse qu'en une qualité apparente d'héritier qui disparaît devant le bien fondé de la demande, il doit restituer tout ce qu'il possède en cette qualité sans que le demandeur soit obligé, comme dans la revendication, de faire la preuve qu'il est réellement propriétaire de la chose revendiquée.....; que si, à l'inverse, le défendeur ne possède pas la chose prétendue héréditaire *en qualité*

d'héritier apparent, si, par exemple, il invoque à l'appui de sa possession un juste titre particulier, comme une vente, une donation, un legs, il pourrait se faire qu'il fût réellement propriétaire de l'objet demandé, et il serait inique de le lui enlever par autorité de justice, quand il pourrait peut-être avoir lui-même le droit de le revendiquer.

Dans cette dernière hypothèse, il est pour le moins douteux que l'héritier véritable soit propriétaire de la chose litigieuse, comme représentant du défunt, et le possesseur doit avoir, en cas de doute, la préférence tant et si longtemps que son adversaire n'établit pas, par une preuve affirmative contraire, que le titre particulier qui lui est opposé n'est qu'un vain titre et qu'il n'a pas transféré la propriété. Or, cette preuve ne saurait résulter des débats de la pétition d'hérédité, puisque *d'une part* la qualité d'héritier est seule en question dans cette action, et que *d'autre part* l'acheteur, le donataire ou le légataire ne possède pas la chose litigieuse avec la prétention de s'attribuer la succession *ut jus universale*.

C'est qu'en effet il ne peut jamais y avoir controverse sur l'hérédité entre l'héritier et le possesseur *pro emptore, pro donato vel pro legato,* puisque ce dernier se prétend *acheteur, donataire ou légataire,* tandis que le premier se prétend *héritier*. Voilà pourquoi la pétition d'hérédité ne se donne pas, comme la reven-

dication, contre tout possesseur quelconque, mais uniquement contre celui qui possède la chose héréditaire *tanquàm hæres, pro hærede,* ou, ce qui revient au même d'après les textes, contre celui qui est trouvé nanti d'un bien quelconque dépendant de la succession, sans autre titre possible que le droit de succéder qu'il n'a cependant pas, et qui, par conséquent, reste muet devant la demande : ne pouvant lui faire d'autre réponse que celle-ci : « *Je possède parce que je possède : possideo quia possideo.* »

128. — *Méthode.* — Nous venons de voir ce que c'est qu'un *héritier apparent de bonne ou de mauvaise foi.* Nous passons maintenant, suivant la division indiquée ci-dessus, aux conclusions de la demande et aux effets de la litispendance.

ART. 3.

A. *Des conclusions de la demande.* — B. *Ce que doit prouver le demandeur pour réussir dans son action.* — C. *Des effets de la litispendance.*

SOMMAIRE.

129. — A. Des conclusions de la demande. L'action en pétition d'hérédité est universelle dans son principe et spéciale dans l'exécution.

130. — B. Ce que le demandeur doit prouver pour réussir dans son action.

131. — Le cessionnaire de droits successifs doit établir la qualité d'héritier de son cédant.

132. — C. *De la litispendance* et de ses effets. — I. *A l'égard des parties.*

133. — Le possesseur peut-il, *pendente lite*, vendre les choses héréditaires?

134. — *La litispendance* suspend l'exercice des actions contre la succession.

135. — La prescription ne cesse pas de courir au profit de la succession *pendente lite*.

136. — Quand la succession est créancière de l'une des parties, l'exercice de l'action est suspendu *pendente lite*.

137. — II. Des effets de la litispendance *à l'égard des tiers*. Elle n'est pas suspensive de l'exercice des actions.

138. — Cas où la litispendance suspend forcément l'exécution.

139. — Lorsque deux personnes se prétendent héritières chacune pour le tout, elles peuvent être actionnées par les créanciers et les légataires du défunt, chacune pour le tout.

140. — Application du principe au cas où l'action des créanciers et légataires est dirigée contre le défendeur à la pétition d'hérédité.

141. — *Quid*, au cas où c'est le demandeur qui est poursuivi par eux? Tempérament ingénieux proposé par Pothier pour adoucir la rigueur du système.

129. — A. — *Des conclusions de la demande.* — L'action en pétition d'hérédité est *universelle* dans ses prémisses et *spéciale* dans son exécution.

Elle a pour objet de faire décider par le juge : 1° que l'hérédité appartient au demandeur ; 2° et que, par suite, toutes et chacune des choses qui en dépendent lui seront restituées *ex æquo et bono* par le possesseur, jusqu'à concurrence de ce qu'il en possède (1).

Ainsi, celui qui est héritier pour le tout ou pour partie, *putà* pour un tiers, un quart, doit toujours formuler sa demande de manière à revendiquer comme *sienne* l'hérédité en totalité ou en partie. Mais le juge ne peut condamner le défendeur à restituer les choses reconnues être *héréditaires* que jusqu'à concurrence de ce qu'il en possède, soit *pour le tout* si l'héritier véritable a droit au tout, soit pour partie s'il n'est héritier que pour partie. Nous savons en effet que la *pétition d'hérédité* se mesure *ex jure hæreditario petitoris non ex personâ possessoris* (2).

130. — B. — *Ce que le demandeur doit prouver pour réussir dans son action.* — Pour établir le bien fondé de sa demande, l'héritier légitime doit prouver *sa qua-*

(1) Dans la pétition d'hérédité, le juge avait des pouvoirs plus étendus que dans la revendication. (Voy. M. DEMANGEAT, *Cours de Droit romain*, tom. I, pag. 472).

(2) L. 10, ff *De hæred. petit.* L. 1, § 1, ff. *Si pars hæred. pet.*

lité d'héritier utilement appelé par la loi à recueillir la succession, soit pour le tout, soit pour partie. Il administre cette preuve à l'aide de généalogies, d'actes de décès, de naissances, d'actes de notoriété, d'intitulés d'inventaires, en un mot, à l'aide de tous les documents qu'il peut se procurer pour éclairer la justice chargée de reconnaître son droit de succession.

Les successeurs aux biens *per universitatem* profitant de la pétition d'hérédité jusqu'à concurrence de ce qui leur est assigné, doivent également prouver qu'ils sont appelés utilement soit par la loi, soit par la volonté de l'homme légalement manifestée. Ils doivent avoir le soin de demander l'envoi en possession ou la délivrance, suivant les formes prescrites, afin de pouvoir *exercer* leurs droits : car ils n'en ont *l'exercice* qu'à cette condition.

Du reste, il arrive souvent que la pétition d'hérédité qui leur compète comme aux héritiers légitimes, se présente confondue avec la demande en délivrance elle-même. C'est ce qui a lieu toutes les fois qu'ils intentent cette demande en délivrance contre les héritiers saisis qui leur contestent leur qualité. Au fond des choses, les demandes en délivrance ne sont que de véritables *pétitions d'hérédité*, lorsque les qualités ne sont pas reconnues.

131. — Si l'action est portée en justice par un cessionnaire de droits successifs, il doit évidemment éta-

blir la qualité d'héritier de son cédant, puisqu'il ne saurait avoir de droits que *ex jure cesso*. Il est clair aussi que le possesseur défendeur peut lui opposer tous les moyens et exceptions qu'il pourrait faire valoir contre celui qui lui a vendu ses droits prétendus.

132. — C. — *Des effets de la litispendance* (1) *en ce qui concerne les parties*. — Le premier effet de la litispendance, *à l'égard des parties*, est de suspendre le partage de la succession. En effet, il est évident que le partage ne peut se faire qu'autant que l'on connaît ceux qui doivent y figurer et pour quelles parts ils ont le droit de s'y présenter. Voilà pourquoi la pétition d'hérédité se produit le plus souvent dans nos tribunaux sous la forme d'une demande en partage. Mais, au fond, il y a deux actions distinctes dans cette manière de procéder, lorsque les qualités sont contestées : 1° la revendication de l'hérédité, *ut jus universale;* 2° et la demande en partage proprement dite, s'il y a lieu, d'après la solution donnée à la question préjudicielle.

(1) Le mot *litispendance (lis pendens)* a deux sens *en droit*. Il signifie *(lato sensu) la cause pendante*, c'est-à-dire le procès qui est porté devant le tribunal ou devant la cour, et qui est en cours d'instruction avant le jugement. On donne à cette expression, en procédure, une autre signification qui, *stricto sensu*, représente à l'esprit l'existence d'une instance antérieurement introduite et non encore jugée, devant un tribunal autre que celui qui est saisi de la contestation principale. C'est dans le premier sens que nous prenons ici le mot *litispendance*.

133. — Le défendeur possesseur des biens héréditaires peut-il, *pendente lite,* les vendre et en recevoir le prix ?...

Dans le droit romain, le défendeur ne pouvait vendre aucun des objets dépendant de la succession dès que le procès était engagé (1). Toutefois, par exception à la règle, on l'autorisait à vendre les choses susceptibles de dépérir, *res perituras,* et même quelques héritages, en cas de nécessité, soit pour faire des réparations urgentes et indispensables, soit pour payer les frais funéraires, soit pour nourrir les esclaves (2).

Cette théorie n'ayant pas été reproduite par le Code Napoléon, nous pensons que le possesseur peut toujours vendre à ses risques et périls les choses héréditaires; seulement, la vente sera ou ne sera pas *valable,* suivant l'événement du procès. S'il est décidé que la succession doit lui rester, l'acheteur ne pourra être évincé. Si au contraire le demandeur triomphe de son adversaire, il pourra revendiquer les immeubles vendus *a non domino,* contre les tiers détenteurs dont les titres seront rescindés *ex tunc,* puisqu'ils ne sauraient

(1) LL. 5, 53. ff. *De hæred. petit.*

(2) Sur la vente *par nécessité,* voy. L. 15, § 1, ff. *De rei vindicatione,* et M. PELLAT, pag. 168. Il y combat une opinion de CUJAS qui reconnaît au demandeur le choix ou d'exiger la véritable valeur, si elle est supérieure au prix reçu, ou le prix effectivement reçu. Le demandeur ne peut exiger que le prix de la vente qui a été faite par le possesseur défendeur, dans le cas indiqué.

acquérir des droits que n'avait pas leur vendeur : le tout sans préjudice des dommages et intérêts contre le possesseur constitué en mauvaise foi par l'effet seul de la demande.

A l'égard des meubles, nous verrons plus loin que la revendication n'a pas lieu, dans notre droit, si ce n'est dans quelques cas particuliers (Cod. Nap., art. 2279) (1).

Le demandeur en pétition d'hérédité qui craint que son adversaire n'abuse de sa position, *pendente lite,* peut faire nommer un séquestre judiciaire qui sera chargé de veiller à la conservation des biens litigieux, jusqu'à la décision définitive du procès (Cod. Nap., art. 1961, 2°).

Rien ne s'oppose non plus à ce que le défendeur demande au tribunal saisi de la contestation, l'autorisation de vendre, en cas de nécessité ou d'une grande utilité. La vente peut être ordonnée, partie adverse présente ou dûment appelée, avec indication de l'emploi à faire des deniers à en provenir (2). Dans cette hypothèse, il est clair que les acquéreurs n'ont pas à redouter la revendication ultérieure de celui des deux contendants qui sera jugé être le *véritable héritier*.

134. — Un autre effet de la *litispendance* est de suspendre l'exercice des actions que l'une ou l'autre des

(1) *Infrà,* nos 223 et suiv.

(2) POTHIER, *Traité* précité, n° 91.

parties peut avoir contre la succession. On sent en effet que ces actions dépendent de l'événement du procès, puisqu'elles auront ou n'auront pas été éteintes par la confusion, suivant que celui qui aurait pu les exercer, aura ou n'aura pas été jugé être le *véritable héritier*. Or, on ne peut connaître cette conclusion avant la prononciation du jugement.

135. — Il ne faut pas cependant conclure de là que la prescription cesse de courir au profit de la succession litigieuse, *pendente lite,* car cette suspension forcée de l'exercice des actions dont il s'agit, ne s'oppose pas aux actes conservatoires et notamment à ceux qui ont pour objet d'interrompre la prescription.

Exemple : Paul créancier du défunt se prétend *héritier*, et en cette qualité, il prend possession des biens héréditaires. Jean qui se prétend aussi *héritier préférable,* l'actionne en pétition d'hérédité. Paul a-t-il le droit, *pendente lite,* de demander et d'obtenir un jugement de condamnation, à raison de son droit de créance contre la succession ? Non ; car s'il demandait purement et simplement cette condamnation, il avouerait par cela même *qu'il n'est pas héritier,* et par conséquent il donnerait raison à son adversaire en pétition d'hérédité. Mais rien ne s'oppose à ce qu'il fasse cette demande subsidiairement et hypothétiquement, pour le cas où, *contre toute attente,* la succession ne lui serait pas adjugée. Ainsi, il a un moyen très-

simple d'interrompre la prescription qui court contre lui. On voit, par là, pourquoi la suspension de l'exercice des actions que les parties peuvent avoir contre la succession, n'empêche pas la prescription de courir à son profit.

136. — Que si le défunt était *créancier* au lieu d'être *débiteur* de l'un des deux prétendants à l'hérédité, l'exercice de l'action que sa succession a à faire valoir est *également suspendu, pendente lite,* puisque l'on ne sait pas encore quel est le véritable héritier, et par conséquent si la créance héréditaire a ou n'a pas été éteinte par la confusion.

Toutefois, cela ne doit s'entendre de cette manière que dans les cas où il y a une véritable incertitude sur l'issue du procès; car le possesseur de l'hérédité doit être admis à exercer les actions du défunt, *même pendente lite,* si la demande en pétition d'hérédité dirigée contre lui ne paraît avoir été imaginée que comme l'un de ces mille moyens dilatoires que les débiteurs emploient souvent pour reculer le paiement de ce qu'ils doivent. *Malitiis non est indulgendum* (1).

137. — II. *Des effets de la litispendance à l'égard des tiers.* — En ce qui concerne les tiers, la *litispendance* n'a pas pour effet de suspendre l'exercice des droits qu'ils peuvent avoir contre la succession.

(1) Voy. POTHIER, *Traité du domaine,* nos 388-389.

On sent qu'il importe peu aux créanciers et aux légataires du défunt que deux prétendants se disputent l'hérédité. Tout ce qui peut résulter pour eux de la *litispendance*, c'est qu'ils ont la faculté de s'adresser à deux personnes au lieu de ne s'adresser qu'à une seule, tant que la justice n'a pas prononcé. Il faut d'abord les payer, et, pour obtenir leur paiement, la loi leur donne des actions qui ne sont paralysées en aucune façon par le procès engagé.

138. — Il est cependant un cas où la *litispendance* suspend forcément l'exécution. C'est celui où *le fond même* du droit est implicitement en cause dans la pétition d'hérédité.

Exemple : L'héritier légitime actionne le légataire universel du défunt en pétition d'hérédité, et il prétend que le testament au moyen duquel ce légataire saisi, suivant l'art. 1006 du Code Napoléon, s'est mis en possession des biens, doit être déclaré *nul* pour une cause ou pour une autre. Il est évident que les droits des légataires particuliers sont subordonnés à la validité du testament et que par conséquent ils ne sauraient agir en paiement de leurs legs, *pendente lite*. Ils ne peuvent que se joindre au légataire universel, en intervenant dans l'instance, afin de soutenir, dans l'intérêt commun, la validité du testament.

139. — Après avoir beaucoup controversé en cette matière, les Romains finirent, dans le Bas-Empire, au

VI^e^ siècle, par un système qui se trouve développé dans la loi 11 au Code *De hæreditatis petitione*. Justinien y règle cette partie du droit au moyen de distinctions et de sous-distinctions entre les créanciers de sommes d'argent, les créanciers de corps certains et les légataires. Mais comme nous n'avons pas de textes à cet égard, il nous semble que nous devons, tout en adoptant la base de la loi du Bas-Empire, nous décider sur les cas particuliers d'après la raison et l'équité.

Or, la raison et l'équité sont d'accord pour nous dire que, lorsque deux individus se prétendent *héritiers*, chacun pour le tout, c'est qu'ils entendent être tenus, envers les créanciers et les légataires du défunt, chacun pour le tout. Ils peuvent donc l'un et l'autre être condamnés *pendente lite* à payer les dettes et les legs, sauf à celui des deux qui, par l'événement du procès, sera jugé n'être pas *héritier* à répéter contre le triomphateur ce qu'il aura été obligé de payer en la qualité qu'il se trouve n'avoir jamais eue.

140. — Lorsque les créanciers agissent seulement contre le défendeur à l'action en pétition d'hérédité, c'est-à-dire contre le possesseur des biens héréditaires, les choses se passent sans inconvénient. Ce dernier condamné à payer les dettes est autorisé, s'il vient à succomber en définitive, à employer ce qu'il a déboursé pour libérer la succession dans son compte des restitutions, et il a incontestablement le droit *de retenir*

les biens jusqu'à ce qu'il soit complètement désintéressé par celui qui est jugé, à la fin, être *le véritable héritier*. En effet, il se trouve par l'événement du procès, avoir acquitté la dette d'autrui, *sine animo donandi*.

141. — Mais le système est empreint d'une certaine sévérité, lorsque les créanciers du défunt agissent uniquement contre le demandeur en pétition d'hérédité; car ce dernier n'a pas, comme le possesseur défendeur, le droit de rétention pour lui garantir le remboursement de ses avances le cas échéant. Aussi, Pothier trouve-t-il la loi romaine trop rigoureuse à l'égard du demandeur en pétition d'hérédité, et il décide que, quand il est actionné en paiement de la dette héréditaire, il a le droit de dénoncer la demande au possesseur *pro hærede* défendeur, et de faire ordonner sa mise en cause, à l'effet de voir dire qu'il sera tenu de donner satisfaction au créancier du défunt, sauf à employer plus tard dans son compte de restitution, suivant l'événement du procès relatif à la contestation sur les qualités, les sommes qu'il aura pu débourser pour cette cause (1).

Cet ingénieux tempérament aux conséquences logiques du système, est trop conforme à l'esprit équitable de notre droit, pour que nous ne nous empressions pas

(1) Pothier, *Traité du domaine*, n° 393.

de l'admettre sous l'empire du Code Napoléon, alors surtout que nous n'avons aucun texte qui s'y oppose.

ART. 4.

Du résultat final de la pétition d'hérédité. Des restitutions réelles et des prestations personnelles qui doivent être faites en exécution du jugement qui a reconnu le bien fondé de la demande.

SOMMAIRE.

142. — Du résultat final de la pétition d'hérédité. Restitution des biens. La pétition d'hérédité est une action *de bonne foi*.

143. — A. Des restitutions réelles. Principe fondamental.

144. — Conséquences du principe.

145. — Application de la théorie aux choses dont le défunt n'était pas propriétaire.

146. — Le défendeur qui succombe doit restituer les choses que le défunt possédait avec juste titre et bonne foi, bien qu'il n'en était pas propriétaire.

147. — Discussion sur cette question.

148. — Réponse de l'héritier véritable à l'héritier apparent.

149. — *Quid juris*, si le défunt avait possédé l'immeuble litigieux de mauvaise foi et sans titre?

150. — Droit romain et ancien droit français sur les restitutions.

151. — La règle *fructus augent hæreditatem* a été modifiée par le Code Napoléon. Théorie de M. Bugnet adoptée par l'auteur.

152. — Du cas où une chose incorporée à un immeuble de la succession ne pourrait en être séparée sans dégradation.

153. — A quelle époque faut-il se placer pour savoir ce que le défendeur doit restituer?

154. — Suite. Il doit restituer tout ce qu'il possède non-seulement au moment de la demande, mais encore au moment du jugement.

155. — Il en est autrement dans les actions spéciales, et notamment dans la revendication.

156. — Réponse à un reproche d'inconséquence que l'on fait au système admis dans cette étude. Interprétation de la loi 18, § 1er, du titre *De hæred. petitione*.

157. — B. Des prestations personnelles dues par le possesseur *pro hærede*.

158. — Par *le prædo*.

159. — Par le véritable héritier.

160. — Les prestations dont il s'agit donnent lieu à des conclusions accessoires dans l'action en pétition d'hérédité.

161. — I. Des prestations personnelles dues par le défendeur.

162. — Formule du principe qui domine cette matière.

163. — Ce que l'héritier évincé doit restituer au véritable héritier.

164. — Décision de la loi romaine, en cas de rétrocession pour un prix différent de celui de la vente primitive, rejetée sous le Code.

165. — L'héritier apparent doit-il restituer les dommages et intérêts qu'il a obtenus d'un acheteur évincé par un jugement de résolution? Non. Distinction.

166. — Solution contraire en ce qui touche *le prædo*.

167. — L'héritier apparent de bonne ou de mauvaise foi doit-il faire état des profits particuliers qu'il a pu tirer *extrinsecùs* des biens héréditaires? Non.

168. — Même décision à l'égard *du prædo*.

169. — De l'obligation de restituer les fruits. *Droit romain*.

170. — *Droit français*.

171. — On suit encore en France la règle : *Prædo fructus suos non facit*.

172. — Epoque à partir de laquelle l'héritier apparent doit restituer les fruits.

173. — *Le prædo* doit compte de ceux qu'il aurait pu percevoir.

174. — Restitution des intérêts des capitaux. *A l'égard de l'héritier apparent*.

175. — *A l'égard du prædo*.

176. — *Quid*, à l'égard des détériorations et des pertes survenues dans les biens de la succession?....

177. — Interprétation de l'art. 1379 du Code Napoléon.

178. — Suite. Cet article a reproduit la théorie de Pothier.

179. — Conclusion et traduction de l'art. 1379 dont la rédaction est vicieuse.

180. — Les héritiers apparents sont-ils responsables des prescriptions acquises par des tiers, *medio tempore*?

181. — L'héritier apparent de mauvaise foi déclaré mal fondé dans ses poursuites contre un débiteur de la succession, faute de qualité, est-il garant envers l'héritier véritable de la prescription qui s'est ensuite accomplie?

182. — II. *Des prestations dont le demandeur est tenu envers le défendeur.*

183. — Les sommes payées par l'héritier apparent pour l'acquittement des dettes et des legs, sont des dépenses *utiles*.

184. — *Quid*, si le paiement n'avait pas tourné au profit de la succession?.....

185. — *En droit français*. L'héritier apparent de bonne foi profitant des fruits, ne peut réclamer de l'héritier véritable ses frais de culture.

186. — Que décider à l'égard *des impenses* faites aux immeubles de la succession?

187. — Il faut, en cette matière, appliquer les règles du Code Napoléon sur la revendication ordinaire. Le reliquat actif du compte de l'héritier apparent est garanti par le droit de rétention.

188. — De la durée de l'action en pétition d'hérédité. Examen de plusieurs hypothèses.

189. — *Première espèce*. Du cas où le défunt a fait un testament annulable ou une donation réductible.

190. — *Deuxième espèce*. L'héritier véritable ne peut revendiquer un bien héréditaire après les trente ans de l'art. 789, lors même que la prescription ne serait pas encore acquise au tiers-détenteur.

191. — *Troisième espèce*. Même décision dans le cas où le conflit s'agiterait entre l'héritier véritable et un successible d'un degré inférieur qui serait en possession des biens héréditaires.

192. — *Quatrième espèce*. Il en serait de même si le défendeur était un enfant naturel ou un autre successeur irrégulier.

193. — *Cinquième espèce*. *Secus*, si l'acceptation de l'héritier véritable a eu lieu avant l'expiration des trente ans à partir du décès.

194. — Dans la théorie contraire à celle ci-dessus exposée, la prescription de la pétition d'hérédité ne court qu'à partir de la prise de possession de l'héritier apparent.

---

142. — *En quoi consiste le résultat final de la pétition d'hérédité. — Méthode.*

Le résultat final de la pétition d'hérédité est la restitution des biens de la succession à l'héritier véritable. Lorsque le magistrat a décidé que le demandeur est réellement le représentant du défunt, et que, par conséquent, le défendeur ne l'est pas, soit pour le tout, soit pour la portion idéale adjugée à son adversaire, il ordonne la remise, soit pour le tout, soit pour partie, suivant les droits reconnus de celui qui triomphe. Cette restitution doit se faire *ex æquo et bono : quantùm ex bonâ fide faciendum est* (1).

(1) Voy. Just. *Inst. de act.*, §§ 28-30, liv. IV, tit. VI.

Le point de savoir si la pétition d'hérédité devait être rangée dans la classe des actions *stricti juris* ou dans celle des actions dites *de bonne foi, bonæ fidei,* paraît avoir fait doute pendant longtemps. Gaïus et Papinien (1), parlent de la nécessité *de l'exception de dol* en cette matière, tandis que d'autres jurisconsultes ne l'exigent pas (2). Il est probable que le juge a dû avoir, dans cette action, quelque pouvoir particulier que nous ne connaissons pas bien, plus étendu que dans les actions *stricti juris,* pour apprécier et vérifier *l'intentio* de la formule.

Ce qu'il y a de certain, c'est que Justinien trancha la question au VI^e^ siècle, et décida que la pétition d'hérédité serait mise au nombre des actions *bonæ fidei* (3), sans doute *quoad officium judicis.*

Toutes les actions étant *de bonne foi*, dans notre législation, nous n'avons plus à nous occuper de cette distinction qui tenait à des considérations particulières au mécanisme du système romain.

Cela posé, passons à la restitution des choses comprises dans la pétition d'hérédité, nous examinerons ensuite les *prestations personnelles* que les parties peuvent se devoir réciproquement à l'occasion de cette action.

(1) L. 39, § 1, L. 50, § 1, ff. *De hæred. petitione.*

(2) L. 58-38-44, *text. hic.*

(3) Inst. Just., § 28, *De actionibus*, et L. 12, § 3, Cod. *De petit hæred.*

143. — A. — *Des restitutions réelles*. — Le principe général qui domine cette matière est que toutes les choses héréditaires corporelles et incorporelles qui peuvent être restituées par l'héritier apparent, font partie de l'exécution du jugement qui a admis la prétention du demandeur (1).

144. — Concluons de là que tout ce qui constitue le patrimoine laissé par le défunt, ni plus ni moins (2), se trouve compris dans ce que le juge impose au défendeur qui succombe.

Or, nous savons que le mot *patrimoine*, *lato sensu*, embrasse toutes les choses que le défunt avait le droit *de retenir* ou *de poursuivre*, ce qui comprend non-seulement tout ce dont le défunt était, au moment de son décès, réellement *propriétaire* ou *possesseur*, ou *propriétaire sans être possesseur*, ou même *possesseur sans être propriétaire*, mais encore tout ce qui était sous un rapport ou sous un autre, simplement à ses risques ou à sa garde (3).

(1) Placuit universas res hæreditarias in hoc judicium venire sive jura, sive corpora sint (L. 18, § 2, ff. *De hæred. petit.*)

(2) Argument des LL. 36 et 20, § 4, ff. *De hæred. petit.*

(3) L. 19, *eod. tit.* La restitution doit se faire *cum omni causâ rei*, c'est-à-dire que non-seulement la chose doit être restituée, mais encore tout ce qui en dépend. En d'autres termes, tout ce que le demandeur aurait eu, si la chose lui eût été restituée au moment de la délivrance de l'action, chez nous, à partir de la demande. (Voy. M. PELLAT, sur la loi 20, *De rei vindicatione*, pag. 199, et L. 75, ff. *De verb. signif.*)

On voit par là que la pétition d'hérédité est de toute les actions, *la plus universelle*.

145. — Précisons par exemple l'application de cette théorie, *en ce qui concerne les choses dont le défunt n'était pas propriétaire, et qui cependant font partie de son patrimoine sous un rapport quelconque*.

Le défunt a acheté un immeuble, sous la réserve par le vendeur d'exercer la faculté de rachat dans un temps donné (Cod. Nap., art. 1659). Ce dernier a déclaré utilement user de cette faculté; mais comme il n'a pu rembourser en totalité le prix principal, les frais et loyaux coûts de la vente, les réparations nécessaires et celles qui ont augmenté la valeur de l'immeuble qu'il a voulu retraire, le défunt en est resté nanti *à titre de droit de rétention* (Cod. Nap., art. 1673). Ce droit de rétention fait partie de son patrimoine, et par conséquent le demandeur qui triomphe de l'héritier apparent doit être réintégré dans la possession de la chose vendue, considérée comme *chose héréditaire* sous le rapport que nous venons d'indiquer : et cela, bien que le défunt soit censé n'en avoir jamais été propriétaire (Cod. Nap., art. 1673-1664). En effet, le droit de rétention est une chose incorporelle de l'hérédité transmissible comme les autres droits, et à ce titre il forme l'un des éléments de l'universalité qu'on peut revendiquer même contre un *possessor juris*.

On peut généraliser la théorie du droit civil relative

à cette classe de choses héréditaires, en disant que, tout ce que le défunt avait à ses risques, *ad periculum ejus,* à sa garde, *ad custodiam et fidem defuncti,* appartient au même titre à l'héritier *ad custodiam et fidem hæredis* (1) : d'où cette conséquence que ce dernier a le droit de faire comprendre au chapitre des restitutions, tout ce que le *de cujus* possédait ou détenait, à titre de commodat, de dépôt, de séquestre, de mandat, de louage, de précaire, et qui se trouve au moment du jugement entre les mains du possesseur *pro hærede, vel pro possessore.*

146. — Que décider dans l'espèce suivante? Le défunt possédait *pro suo* avec juste titre et bonne foi, un immeuble appartenant à un étranger. A son décès, l'héritier apparent s'est mis en possession de cet immeuble et il l'a possédé depuis plus d'une année. Cependant l'héritier véritable exerce la pétition d'hérédité, et il prétend, en vertu du jugement qui a reconnu le bien fondé de sa demande, récupérer l'immeuble dont il s'agit. Le possesseur *pro hærede* sou-

(1) Voy. à cet égard L. 19, ff. *De hæred. petit. In petitione hæreditatis,* continentur 1° universæ res hæreditariæ, et tota universitas, et singulæ res, sive corpora sint, sive jura; quin etiam; 2° eæ quæ non sunt hæreditariæ, quarum tamen periculum spectat ad hæredem, licet fortassè nulla defuncto actio data sit earum nomine, prætereà; 3° pretia rerum ex hæreditate distractarum, actionesve, si quas eo nomine, habet possessor; 4° res comparatæ hæreditati a possessore; 5° denique præstationes quas possessor debet petitori (MUHLENBRUCH, § 707).

tient que l'immeuble n'appartenait pas au défunt, et le fait, après examen, est reconnu exact par le juge ; il est même avoué par le demandeur. L'immeuble dont il s'agit doit-il être compris dans le chapitre des restitutions à faire, ou bien, au contraire, l'héritier apparent peut-il exciper de sa possession d'an et jour pour repousser la prétention de son adversaire ?

En droit romain, cette question ne doit pas avoir fait doute ; parce que l'on y considérait par anticipation l'usucapion comme accomplie au profit du possesseur avec juste titre et bonne foi, de sorte qu'il était protégé contre les entreprises des tiers, par une espèce particulière de revendication qui s'appelait *l'action publicienne*. Il paraît dès lors évident que, dans un tel système, l'héritier demandeur en pétition d'hérédité pouvait sans difficulté obtenir la restitution de l'immeuble litigieux.

En droit français, c'est une question très-délicate que celle de savoir si *la publicienne* existe encore. On sent que, croyant cette action abrogée par voie de prétérition, dans ce qu'elle avait de particulier (1), nous ne pouvons invoquer, pour résoudre la difficulté, un principe ancien dont l'admission chez nous serait dans tous les cas, susceptible d'une vive controverse. Il nous faut donc aller chercher ailleurs des éléments de solution.

(1) *Infrà*, nos 217 et suiv.

147. — L'héritier apparent qui ne veut pas restituer, peut dire à l'appui de sa prétention :

« Je me suis mis à tort, je le reconnais aujourd'hui, « en possession de la succession. Mais je satisfais à la « loi, en remettant à l'héritier véritable tout ce qui « constitue cette universalité juridique. Ce que je pré- « tends, c'est que j'ai possédé pour moi *cum animo* « *mihi habendi*, et pendant le temps fixé pour fonder « en ma faveur la présomption de la propriété de « l'immeuble que mon adversaire avoue lui-même « n'avoir jamais été la propriété du défunt. Or, dès « que j'ai acquis juridiquement le droit de possession « même sans titre, c'est à lui à prouver que le dé- « funt en était propriétaire s'il veut arriver à m'en « dépouiller. Au cas particulier cette preuve lui est « impossible, puisqu'il reconnaît que l'immeuble dont « il s'agit n'a jamais été dans le patrimoine de son « auteur qu'à titre de possession aujourd'hui perdue « sans retour par une conséquence nécessaire de la « mienne. Par conséquent, il doit *quant à cette chose* « *qu'il prétend à tort héréditaire*, être déclaré mal fondé « dans sa demande. »

148. — Ce discours n'est qu'un sophisme ; car l'héritier véritable peut lui répondre :

« La question que vous soulevez ne s'agite pas entre « nous. Vous déplacez le débat, vous n'êtes pas à mon « égard dans la position d'un tiers qui, s'étant emparé

« d'un immeuble appartenant à un étranger, préten-
« drait le conserver au pétitoire par cela seul qu'il en
« aurait acquis la possession d'an et jour, faute par le
« revendiquant de prouver son droit de propriété par
« un titre ancien. La possession sur laquelle vous vous
« appuyez est *équivoque*. Ce n'est pas *pour vous,*
« *comme individualité personnelle*, que vous avez dé-
« tenu l'immeuble litigieux, c'est pour vous en qualité
« de successeur *putatif du défunt*. Or, dès que cette
« qualité disparaît devant la reconnaissance de mon
« droit de succession, votre possession de fait est dé-
« montrée n'avoir plus de base *ab initio,* et, par consé-
« quent, la cause que vous lui assignez n'a aucune
« valeur, puisque vous n'avez pu vous intervertir à
« vous-même votre titre à la conserver (Cod. Nap.,
« art. 2231). Vous devez donc restituer tout ce que
« vous avez possédé en votre qualité d'héritier appa-
« rent et, par suite, l'immeuble qui fait l'objet du
« débat comme faisant partie de la succession, sinon
« à titre de propriété héréditaire au moins à titre de
« possession de bonne foi : ce qui suffit pour qu'il soit
« compris au chapitre de vos restitutions. »

Ainsi, pour résoudre cette question, il n'est pas nécessaire de recourir *à la publicienne*. L'immeuble dont il s'agit dépendait de l'hérédité à un titre quelconque. Il n'en faut pas davantage pour que l'héritier véritable puisse à bon droit le réclamer.

149. — *Quid juris,* si le défunt n'avait possédé l'immeuble dont il s'agit, que de mauvaise foi et sans titre?...

L'héritier apparent évincé ne devrait pas moins le restituer à l'héritier véritable, parce que tout ce que le défendeur à l'action en pétition d'hérédité possède *comme successeur putatif du défunt*, doit être remis au demandeur qui triomphe. La loi n'exige qu'une seule condition, c'est que les choses aient été trouvées dans la succession. *In petitione hæreditatis veniunt et res non hæreditariæ, in hæreditate repert* (1). L'héritier apparent évincé ne peut évidemment exciper du droit d'un tiers à l'égard de l'héritier véritable, dès que la qualité de son adversaire a été juridiquement reconnue.

Si cette théorie doit être admise encore aujourd'hui ainsi que nous le pensons, on sent combien l'héritier véritable a plus d'intérêt à procéder *par la pétition d'hérédité* contre le possesseur même d'un bien particulier provenant du défunt, que par la voie *de la revendication ordinaire* (2).

150. — Les Romains comprenaient dans les restitutions à faire par le défendeur évincé, non-seulement les héritages dépendant de la succession, mais encore

(1) ZOEZIUS, *De hæredit. petit.*, n° 33. MUHLENBRUCK, § 707.

(2) Il est bien entendu que si le possesseur alléguait un titre *spécial, putà: pro emptore, pro donato vel pro legato*, la pétition d'hérédité serait impossible, et qu'il n'y aurait d'autre moyen que d'agir par *la revendication.*

tout ce qui en était provenu à une époque quelconque postérieure au décès. C'est ainsi que les fruits des immeubles, les bestiaux, les ustensiles de pressoirs, les cuves, les instruments aratoires achetés par l'héritier apparent des deniers héréditaires, étaient considérés comme augments de l'hérédité.

A l'égard des objets acquis par le possesseur *pro hærede* de ses propres deniers, Ulpien les considérait comme devant aussi être compris au chapitre des restitutions à faire par lui, sauf par l'héritier véritable à lui rembourser ses dépenses lorsqu'elles avaient été nécessaires ou tout au moins d'une grande utilité pour l'exploitation des héritages laissés par le défunt (1).

Cette théorie paraît avoir été suivie dans l'ancienne jurisprudence française (2).

151. — Doit-elle l'être encore sous l'empire du Code Napoléon ?

La règle *fructus augent hæreditatem* n'est nulle part reproduite dans nos Codes, et, non-seulement elle n'est pas reproduite, mais il semble que le législateur de 1803 a voulu sinon l'abroger complètement (article 856), au moins la modifier sous certains rapports, puisque d'après nos lois actuelles, le possesseur en général gagne les fruits perçus par lui de bonne foi lors

(1) L. 20, ff. *De hæred. petit.*

(2) POTHIER, *Traité de la propriété*, nos 400-402.

même qu'il s'agit d'universalité de biens (Cod. Nap., art. 138, 549, 550). Il nous paraît certain que dans un tel système les fruits perçus sur les héritages provenant du défunt, se détachent de la masse héréditaire et que par conséquent ils ne sauraient l'augmenter.

M. Bugnet professe, avec raison suivant nous, que tout ce qui n'est pas immobilisé par nature ou par incorporation, appartient à l'héritier apparent de bonne foi, lors même que les objets acquis par ce dernier l'ont été des deniers de la succession, *putà* des écus provenant du remboursement d'une créance, sauf bien entendu la restitution qui doit être faite à l'héritier véritable de tout ce qui est héréditaire, c'est-à-dire au cas particulier, du prix des objets payés par le possesseur avec les deniers de l'hérédité (1).

152. — Si la chose a été incorporée à l'immeuble de la succession de telle façon qu'il soit impossible de l'en séparer sans une dégradation sensible, le demandeur doit la prendre avec l'immeuble en remboursant à l'héritier apparent le prix qu'elle a coûté ou la plus-value donnée à l'immeuble (Cod. Nap., art. 555). Il peut même, quand le possesseur a été de mauvaise foi, exiger la suppression des ouvrages et la remise des lieux dans leur état primitif aux frais *du prædo* et cela, sans aucune indemnité et avec dommages et intérêts

(1) Voy. les notes de M. BUGNET sur POTHIER, *Traité* précité, n° 402.

suivant les circonstances (même article). Mais cette dernière disposition étant très-rigoureuse, les tribunaux cherchent toujours dans les faits des échappatoires pour éviter les démolitions, de sorte qu'on l'applique très-rarement dans toute sa sévérité.

153. — Avant de passer aux *prestations personnelles* que les parties peuvent réciproquement se devoir, il nous reste encore un point à examiner à l'occasion des restitutions réelles.

Nous avons vu précédemment que l'héritier appartient qui succombe doit restituer au représentant du défunt tout ce qu'il possède des biens héréditaires, mais nous n'avons pas suffisamment précisé le moment auquel il faut nous placer pour savoir ce qu'il doit restituer.

154. — Doit-il restituer uniquement les biens héréditaires qu'il possédait au moment de la demande? ou bien ne doit-il pas encore restituer tout ce qu'il possède *ex re hæreditariâ* au moment du jugement?...

Il doit restituer tout ce qu'il possédait au moment de la demande, et de plus, tout ce qu'il a commencé à posséder depuis, et qu'il se trouve détenir au moment du jugement, *ex hæreditariâ causâ*. C'est la disposition formelle des lois 4 et 41 de notre titre. *Si hæreditatem petam ab eo qui unam rem possidebat, de quâ solâ, controversia erat, etiam, id quod posteà cœpit possidere restituet.*

Nous pensons même que les objets héréditaires dont la possession serait venue se réunir à celle d'autres objets qu'il possédait antérieurement, devraient encore être restitués en vertu de la sentence.

La raison de cette décision est que, dans la pétition d'hérédité, ce n'est pas tel objet particulier de l'hérédité que le réclamant demande, mais bien *l'hérédité elle-même,* quoi qu'il puisse souvent arriver que la restitution ne porte en fait que sur un objet déterminé. Or, lorsque l'hérédité est adjugée au demandeur, tout ce que le défendeur en possède à une époque quelconque, se trouve implicitement compris dans la condamnation, quoique toutes les choses héréditaires n'y soient pas nominativement désignées (1).

155. — Il en est autrement dans les actions *spéciales*, par exemple, dans la revendication dont le libellé exige la désignation nominative de la chose ou des choses revendiquées. Le tribunal ne pouvant statuer que sur ce qui fait l'objet du procès, il est clair que si le demandeur ne revendique que tel immeuble déterminé, le juge ne doit pas condamner le possesseur à restituer d'abord cet immeuble, et ensuite tel autre immeuble dont le défendeur se serait mis indûment en possession depuis la demande. Il statuerait d'office

(1) In universali judicio, veniunt ea quæ post litis contestationem reus cæpit possidere. *Glose, ad leg. 5* ff. *De hæred. petit.*

sur chose non demandée, et par conséquent, il commettrait un excès de pouvoir (1).

Cette observation fait voir que la différence que nous avons signalée plus haut, n° 124, entre la pétition d'hérédité et la revendication, n'est pas la seule qui distingue ces actions l'une de l'autre.

156. — C'est ici le lieu de répondre à une objection que l'on pourrait faire au système que nous avons exposé précédemment (2).

La solution que vous venez de donner, nous dira-t-on, suppose que la pétition d'hérédité peut être valablement intentée, même contre celui qui ne possède pas au moment de la demande, et cependant vous avez précédemment posé en principe, que cette action ne se donne que contre l'héritier apparent qui possède quelque chose de l'hérédité; il y a donc antinomie dans votre théorie, sous ce rapport.

Voici la réponse : Il est certain, sans doute, que la pétition d'hérédité, comme les autres actions réelles, ne se donne que contre celui qui possède ou qui est réputé posséder quelque bien héréditaire : *Qui petitorio judicio utitur, ne frustrà experiatur, requirere debet an is cum quo instituat actionem, possessor sit, vel dolo desiit possidere* (3).

(1) Arg. de l'art. 1028 5° du Code de procédure civile.

(2) *Suprà*, n° 107.

(3) L. 36, ff. *De rei vindicatione*.

En quel sens cette proposition est-elle vraie ?.... C'est uniquement en ce sens que le demandeur devra succomber en définitive dans sa demande, s'il reconnaît ou s'il est judiciairement reconnu que le défendeur ne possède rien de l'hérédité. Ainsi, il est évident qu'il s'exposerait à voir son action rejetée, s'il acceptait les dénégations du défendeur sur le fait de possession ou s'il avouait que ce dernier n'a jamais été possesseur *pro hærede vel pro possessore* de quelque bien héréditaire.

Mais si, au contraire, il soutient malgré la dénégation du défendeur, que ce dernier possède quelque chose de la succession, ne serait-ce que comme *possessor juris,* il y a alors une question préjudicielle à vider : c'est celle de savoir si le défendeur possède en réalité. La preuve en est à la charge du demandeur. Or, dans les délais nécessaires à l'administration de cette preuve, il peut arriver que le défendeur soit trouvé nanti de la possession de quelque bien héréditaire, et dans ce cas, quoiqu'il ne serait pas prouvé qu'il possédait au moment de l'introduction de l'instance, l'action n'en aurait pas moins régulièrement été intentée contre lui : de sorte qu'il pourrait valablement être condamné par le tribunal saisi de l'affaire à restituer ce qu'il aurait commencé à posséder depuis la demande.

C'est ainsi qu'il faut interpréter la loi 18, § 1, *De hæreditatis petitione,* dont les termes généraux seraient de

nature à faire penser avec le jurisconsulte Gomez, que la pétition d'hérédité peut se donner dans tous les cas, même contre ceux qui ne possèdent ou qui sont réputés ne posséder rien de l'hérédité, pourvu qu'ils contestent la qualité d'héritier du demandeur. Mais nous avons démontré plus haut (1), que ce système n'est pas celui des lois romaines : les actions réelles ne s'y donnant jamais que contre *les possesseurs réels ou fictifs* (2).

En droit français, c'est différent. La demande serait reçue, lors même que le défendeur ne posséderait rien de l'hérédité, s'il contestait la qualité de l'héritier demandeur. C'est, du moins, notre manière de voir (3). Dans ce cas, du reste fort rare, le jugement n'aurait pour objet que de fixer les qualités des deux plaideurs, et il n'y aurait pas lieu à des comptes de restitutions, puisque le défendeur n'aurait jamais eu d'objets héréditaires entre ses mains.

(1) *Suprà*, n° 107.

(2) DONEAU, *Comm. De jure civili*, lib. XIX, cap. XIV, n° 6, et HILLIGER, *in notâ*, cap. XII, n° 13.

(3) *Suprà*, n° 71, not. 2. *Exemple :* Un légataire universel produit un testament du 1er janvier 1855 et pendant qu'il est en instance pour obtenir de la justice l'envoi en possession (Cod. Nap., art. 1008), un autre légataire universel se présente avec un testament postérieur qui révoque le premier. Il intente sa demande en pétition d'hérédité fondée sur la révocation du premier testament, contre le premier légataire. Eh ! bien, quoique ce dernier ne possède pas encore, il peut cependant défendre à l'action en contestant la qualité de son adversaire et en cherchant à prouver la nullité du second testament.

157. — B. — *Des prestations personnelles dont les parties sont tenues réciproquement.*

Quoique *la pétition d'hérédité* soit, comme la revendication, une action principalement *réelle*, il arrive souvent et même presque toujours, qu'elle se trouve accompagnée de conclusions *personnelles* accessoires. Ces conclusions ont leur principe dans les obligations que les parties sont censées avoir contractées l'une envers l'autre, à raison de la gestion de l'hérédité ou de biens en dépendant qui font l'objet du procès.

L'héritier apparent de bonne foi ne contracte pas sans doute, *ab initio*, l'obligation de restituer tous les profits qu'il pourra tirer des biens héréditaires qu'il croit lui appartenir, puisqu'il fait *les fruits siens*, et que nos Codes n'ont pas, sous ce rapport, suivi les principes du droit romain. Mais comme l'équité exige que nous ne nous enrichissions pas aux dépens d'autrui, il est juste qu'il ne puisse retenir aucun des profits qui, s'ils n'étaient pas restitués par lui, auraient pour résultat inévitable de diminuer *la valeur intrinsèque* de l'hérédité. Quelque évidente que soit sa bonne foi, il ne s'en est pas moins mis indûment par l'événement connu plus tard, en possession de la succession, et cet état de choses veut pour satisfaire à la justice, qu'il ne s'enrichisse pas au préjudice de l'héritier véritable : de là l'obligation mise à sa charge de restituer tous les profits qu'il a pu faire et qui seraient susceptibles, s'il

les conservait, de diminuer *la valeur intrinsèque* de l'hérédité.

158. — Si l'héritier apparent de bonne foi est censé avoir contracté cette obligation, il est bien évident qu'il en est *à fortiori* de même en ce qui touche *le prædo* qui, de mauvaise foi, s'est mis en possession des biens héréditaires et qu'à son égard le *vinculum juris* est encore plus resserré *(strictius)* qu'à l'égard de l'héritier apparent de bonne foi.

159. — *Quant à l'héritier véritable,* comme il ne peut pas plus que ses adversaires s'enrichir aux dépens d'autrui, il est censé avoir contracté envers eux l'obligation de leur tenir compte *des dépenses utiles* et à plus forte raison de celles *nécessaires* qui ont pu être faites dans le temps intermédiaire.

160. — Toutes ces obligations donnent naissance à des conclusions *personnelles*, accessoires à l'action principale de la pétition d'hérédité. Nous nous occuperons d'abord *des prestations* dont le défendeur est tenu envers *le demandeur* pour passer ensuite à celles dont ce dernier est tenu envers son adversaire.

161. — I. *Des prestations personnelles dont le défendeur est tenu envers le demandeur.* — La règle générale qui domine cette matière est que l'héritier apparent défendeur *de bonne ou de mauvaise foi*, doit tenir compte à l'héritier véritable de tous les profits qu'il a pu tirer des biens de la succession :

Omne lucrum (n'importe à quel titre, *tam pœnæ quàm pretii nomine) auferendum esse tam bonæ fidei possessori, quàm prædoni dicendum est* (1).

162. — Cette règle, bien que acceptée par Pothier (2) sans restriction comme conforme à l'équité naturelle, n'a pas été reproduite par le législateur de 1803. C'est, ce nous semble, avec raison. Car, malgré l'autorité de Pothier, il nous sera permis de dire que les décisions du droit romain en cette matière sont parfois très-subtiles et très-rigoureuses. Nous serons plus exact au point de vue de l'esprit de notre droit actuel, en formulant cette règle de la manière suivante : *le défendeur est tenu de restituer tous les profits qui, s'ils lui étaient abandonnés, seraient susceptibles de diminuer la valeur intrinsèque de la succession.*

163. — Ainsi, l'héritier apparent évincé, *qu'il ait été de bonne ou de mauvaise foi,* doit rendre à l'héritier véritable le prix qu'il a pu avoir reçu des ventes de biens héréditaires et les capitaux qu'il a pu recouvrer *medio tempore* (3).

Il n'y a pas lieu de rechercher si l'héritier véritable aurait ou non retiré le profit qu'a fait l'héritier apparent. La diligence du défendeur à sauver une créance

(1) L. 23, § 1, L. 28, combinées. *De hæred. petit.*

(2) *Traité du domaine,* nos 419-429.

(3) L. 25, § 18, ff. *De hæred. petit.*

héréditaire compromise, son heureuse précipitation à vendre un immeuble qui a péri ensuite *par cas fortuit,* ne lui profitent en aucune façon, et cela quoique l'héritier véritable n'aurait peut-être pas recouvré la créance mauvaise ou vendu à temps la maison incendiée depuis (1).

164. — Paul poussant la déduction logique du principe romain ci-dessus rappelé jusque dans ses dernières limites, va jusqu'à décider qu'un héritier apparent qui aurait d'abord vendu une chose héréditaire moyennant cent francs, par exemple, et qui ensuite l'aurait rachetée pour soixante, ne se libérerait pas en remettant à l'héritier véritable la chose *en nature* et qu'il devrait de plus tenir compte de la différence du prix de vente comparé avec celui de la rétrocession, c'est-à-dire dans l'espèce, d'une somme de quarante francs.

Cette décision nous paraît trop rigoureuse pour l'héritier apparent de bonne foi et nous la repousserions même en ce qui concerne *le prædo*, quelque disposé que nous soyons à être sévère à son égard. C'est la chose *in specie* qui est héréditaire et dès que l'héritier apparent la remet en nature sans que sa valeur ait été diminuée par son fait (art. 1379), l'héritier véritable doit accepter cette remise comme satisfactoire (2).

(1) L. 20, § 17, *eod. tit.*

(2) *Junge,* M. BUGNET sur POTHIER, *Traité* précité, n° 418.

165. — Que décider dans l'espèce suivante? L'héritier apparent *de bonne foi* a vendu un immeuble de la succession. L'acheteur n'a pas payé son prix d'acquisition. Il a été actionné en résolution du contrat et le jugement qui a prononcé la résolution, l'a condamné en des dommages-intérêts envers le demandeur. L'héritier véritable vient plus tard exercer la pétition d'hérédité contre l'héritier apparent. Peut-il faire comprendre dans les prestations personnelles que lui doit son adversaire, les dommages-intérêts que l'acheteur évincé lui a payés en vertu de la sentence?

Fidèle à son principe, la loi romaine décide cette question par l'affirmative (1).

Chez nous, on doit ce nous semble, la résoudre par une distinction.

Si, comme cela a lieu le plus souvent, les dommages-intérêts n'ont été alloués par le jugement à l'héritier apparent demandeur en résolution que pour lui tenir lieu des fruits qu'il aurait pu percevoir ou des intérêts non payés qui les représentent, il est équitable que l'héritier véritable ne puisse en profiter. Car, si le possesseur *pro hærede* avait perçu ces fruits ou si les intérêts du prix lui avaient été payés, ils lui auraient été acquis définitivement à raison *de sa bonne*

(1) *Sed etsi lege commissoriâ vendidit, idem dicendum est lucrum quod sensit lege commissoriâ, præstaturum*, L. 25, ff. *De hæred. petit.*

foi. Comment dès lors, pourrait-on le contraindre à restituer à son adversaire demandeur en pétition d'hérédité, des dommages-intérêts qu'il n'a reçus que pour lui tenir lieu de ces fruits?

Mais, il faudrait retourner au principe ci-dessus posé si les dommages-intérêts avaient été alloués à l'héritier apparent pour cause de dégradations susceptibles de diminuer la valeur de l'immeuble, parce que dans ce cas les dommages et intérêts ne sont que la représentation d'une partie de la valeur du fonds. Or, l'héritier apparent doit restituer tous les profits qu'il a tirés du fonds sans en être des fruits; autrement il s'enrichirait aux dépens d'autrui.

166. — Comme les mêmes raisons ne sauraient être invoquées par *le prædo* qui ne fait jamais *les fruits siens*, nous lui appliquerions le principe dans toute sa rigueur. En conséquence, il devrait être condamné à restituer dans tous les cas, les dommages-intérêts qu'il aurait obtenus par suite de la résolution de la vente.

167. — L'héritier apparent *de bonne* ou *de mauvaise foi* peut-il être condamné à faire raison à l'héritier véritable des profits qu'il a pu tirer *extrinsecùs* de la chose héréditaire : *putà,* dans le cas où il aurait, à l'occasion d'une convention quelconque relative aux biens laissés par le défunt, touché des arrhes, ou le montant d'une clause pénale, ou un billet de loterie qui aurait gagné un gros lot avec l'argent de la succes-

sion, etc., sans que la valeur de l'hérédité en eût été altérée en façon quelconque ?

Non. Dans ces espèces, l'héritier véritable n'éprouve aucun préjudice, et l'équité de notre droit s'oppose à ce qu'il obtienne autre chose que ce qui constitue en réalité l'importance de la succession. Il n'est pas vrai de dire aujourd'hui que les héritiers apparents ne peuvent faire aucune espèce de profit *à l'occasion* des opérations auxquelles ils se sont livrés sur les biens héréditaires, puisque la loi adjuge elle-même les fruits perçus de bonne foi au possesseur *pro hærede*, lesquels proviennent cependant directement de la succession. A plus forte raison, en doit-il être de même des stipulations heureuses qu'il a pu faire à l'occasion de conventions passées avec des tiers lorsqu'elles n'ont pas diminué la valeur intrinsèque de l'hérédité.

Ainsi que nous l'avons précédemment remarqué, les restitutions à faire au demandeur dans les actions réelles se mesurent *ex jure petitoris, non ex personâ possessoris*.

168. — Quant *au prædo*, la loi française ne l'oblige nulle part à restituer les profits *extrinsèques*. Il est, sous ce rapport, traité sur le même pied que le possesseur *pro hærede* de bonne foi. La restitution *cùm omni causâ* du droit romain n'a pas été reproduite avec toutes ses conséquences par le Code Napoléon, et, dès lors, s'il a profité *d'une stipulation d'arrhes* ou *d'une clause pénale*,

il n'a qu'à *s'éjouir* de sa bonne fortune. Notre législateur est bien moins sévère à l'égard de l'héritier apparent de mauvaise foi, que le législateur romain. Dès qu'il remet les choses héréditaires avec tous les fruits qu'elles ont produits et qu'elles auraient pu produire dans les mains du légitime propriétaire, il est complètement libéré.

169. — *De l'obligation de restituer les fruits.* — *En droit romain,* l'héritier apparent *de bonne foi* paraît avoir été, en principe, tenu de restituer *tous* les fruits perçus depuis sa prise de possession, puisqu'ils faisaient partie de l'hérédité, suivant la règle : *Fructus augent hæreditatem.* Toutefois, comme cette règle appliquée à la lettre aurait été souvent d'une rigueur excessive, on concilia la base du système avec l'équité d'une manière très-ingénieuse, par une distinction relative aux fruits perçus avant la *litis-contestatio.* En conséquence, le possesseur *pro hærede* ne dut être tenu de la restitution de ces fruits que jusqu'à concurrence de ce dont il se trouvait être devenu *plus riche,* à cette époque. Les fruits consommés ne lui étaient pas comptés (1).

Quant *au prædo*, il dut faire état de tous les fruits,

(1) Sur la question de savoir dans quels cas le possesseur *pro hærede* devait être considéré comme étant devenu *plus riche*, il faut voir DONEAU, *Com. De jure civili*, lib. XIX, cap. XIV, nos 31, 32, 33, 34. Voy. aussi M. PELLAT sur la loi 62, § 1, ff. *De rei vind.*

sans que l'on eût à rechercher s'il en avait ou non profité (1).

170. — *Droit français.* — Cette théorie n'a pas été entièrement reproduite par nos Codes. *D'une part,* la règle *fructus augent hæreditatem,* est abrogée en partie par voie de prétérition, et, *d'autre part,* les art. 549 et 550 du Code Napoléon, établissent clairement que le système romain en cette matière, quoique très-équitable mais plein de difficultés pratiques, a été implicitement rejeté par le législateur français. Chez nous, le possesseur d'un bien particulier, et même d'une universalité, fait toujours les fruits *siens* lorsqu'il les *perçoit* avec la bonne foi requise par l'art. 550 précité. Cette création de nos vieux coutumiers constitue un droit nouveau, relativement à l'acquisition des fruits, puisqu'au fond des choses elle est une *nouvelle manière d'acquérir* la propriété, fondée sur l'unique événement *de la perception accomplie de bonne foi* par le possesseur. Dans le droit du Bas-Empire, le possesseur de bonne foi ne faisait les fruits *siens* que sous certaines restrictions (2).

171. — En ce qui touche *le prædo,* le droit romain

(1) L. 40, § 1, ff. *De hæred. petit.* Le possesseur de bonne foi n'était pas tenu des *fructus percipiendi,* mais seulement des *fructus extantes.* Il en était autrement à l'égard *du prædo.*

(2) Voy. M. PELLAT sur la loi 78, ff. *De rei vindicat.* ZACHARIÆ, § 616, note 15.

n'a pas été modifié, et nous appliquons toujours la règle : *prædo fructus suos non facit* (1). Mais nous ne devons pas pour cela ajouter comme la loi romaine : *et augent hæreditatem*. Car il n'est pas nécessaire, pour grever *le prædo* de l'obligation de restituer les fruits, de les considérer comme partie intégrante de l'hérédité. En se mettant ou en restant en possession *de mauvaise foi* des biens héréditaires, il a contracté *quasi ex dolo vel ex delicto*, l'obligation de restituer tous les profits illégitimes de son indue possession (2).

Cela posé, parcourons quelques hypothèses en faisant application de ces principes aux héritiers apparents *de bonne et de mauvaise foi*.

172. — L'héritier apparent *de bonne foi* gagnant les fruits qu'il n'a perçus que dans la croyance où il était d'être héritier véritable, ne saurait être contraint à les restituer au demandeur en pétition d'hérédité qu'à partir du moment où sa bonne foi a cessé. Comme la bonne foi se présume (art. 2268), c'est à son adver-

(1) L. 40, ff. *De hæred. petit.*

(2) La question peut certainement être envisagée à ce point de vue. On peut dire aussi que si les fruits existent, ils sont revendiqués par le représentant du défunt. Les Romains donnaient la revendication de ces fruits contre le possesseur de mauvaise foi, *titulo singulari*, et cela, lors même que ne possédant plus les fruits, *dolo desierat possidere*. La *condictio* était aussi employée dans certains cas. Voy. L. 3 au Code *De condictione ex lege. La revendication* avait lieu pour les fruits existants, et *la condictio ex injustâ causâ* (action personnelle) pour ceux qui étaient consommés. (L. 4, § 1, ff. *De reb. cred.*)

saire à prouver à quelle époque il est devenu *de mauvaise foi*. La bonne foi cesse toujours d'exister à compter du jour de la demande régulièrement intentée contre lui (1).

173. — L'héritier apparent de mauvaise foi *ab initio,* ou dont la bonne foi a cessé *ex post facto,* doit restituer tous les fruits qu'il a perçus *(fructus percepti)* dès le principe, ou depuis la cessation de sa bonne foi, et non-seulement il doit restituer tous les fruits qu'il a perçus, mais encore ceux qu'il a manqué de percevoir, *fructus percipiendi* (2).

174. — *Des intérêts des capitaux.* — L'héritier apparent *de bonne foi* profite des intérêts produits par les capitaux de la succession tant que sa bonne foi ne cesse pas (art. 549, 550).

175. — L'héritier apparent *de mauvaise foi* doit tenir compte au demandeur de tous les intérêts qu'il a perçus, puisqu'il ne fait pas les fruits *siens*. Cela est incontestable. Mais ne doit-il pas, de plus, ceux qu'il aurait pu percevoir ?.....

On peut dire, en sa faveur, qu'il n'en est pas des fruits *civils* comme des fruits *naturels ;* que les fruits civils ne sont que le produit de la loi ou d'une conven-

(1) L. 31, § 3, ff. *Text. h.* Comp. Cod. Nap., art. 550.

(2) L. 25, § 4, ff. et L. 1, § 1, au Cod. *De petit. hæred.* Surtout L. 2, Cod. Just. *De fructib. et litium expensis.* POTHIER, *loc. cit.*, nos 395-397. ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, § 616, 5°.

tion; que nulle part la loi ne fait courir les intérêts, *de plein droit*, au profit de l'héritier véritable contre le possesseur de mauvaise foi; que, par conséquent, ce dernier ne doit tenir compte des intérêts qu'à partir de la demande, dans le cas où les capitaux héréditaires n'ont pas été placés *ad usuras*.

La réponse est que le possesseur *de mauvaise foi* doit non-seulement restituer tous les intérêts qu'il a perçus, mais encore tenir compte de l'intérêt des sommes qu'il a encaissées lors même qu'il ne les aurait pas employées à son usage particulier.

La loi romaine qui faisait à cet égard une distinction entre les fruits *naturels* et les fruits *civils*, nous semble avoir été implicitement abrogée par les art. 1378, 1302 4° et 1153 du Code Napoléon. Dans notre droit, le possesseur de mauvaise foi est toujours considéré comme étant *de plano en demeure*, et il est censé par cela seul qu'il s'est indûment emparé des deniers héréditaires avoir contracté l'obligation de les restituer avec les intérêts au taux légal, à partir de sa prise de possession. Il n'est pas exact de dire avec certains interprètes qu'aucun texte n'autorise cette théorie, car l'article 1378 contient une exception à l'art. 1153 et l'héritier apparent de mauvaise foi rentre précisément dans cette exception (1).

(1) Voy. POTHIER, n° 431, *Traité* précité. *Suprà*, tom. I, n°s 172 et suiv.

176. — Que décider en ce qui concerne les détériorations et les pertes survenues aux biens de la succession, soit par la négligence de l'hérédité apparent, soit par une autre cause?...

En droit romain, le possesseur *pro hærede* pouvait les négliger ou les laisser se détériorer sans être tenu de la perte ou de la détérioration, à moins toutefois qu'il n'eût détérioré les immeubles pour en tirer un profit particulier, par exemple : en faisant des coupes extraordinaires de hautes futaies, en ouvrant des carrières, en démolissant des édifices pour en vendre les produits et en recevoir le prix (1).

Ce système reproduit sans observation par Pothier, paraît avoir été accepté par notre ancienne jurisprudence (2).

177. — Nous régit-il encore aujourd'hui?

C'est une question discutable en présence du texte de l'art. 1379 du Code Napoléon.

On peut alléguer contre l'héritier apparent *de bonne foi* que la fin de cet article fait supposer que la première disposition lui est applicable et que, par conséquent, les héritiers apparents sans distinction sont considérés par notre législateur comme responsables

(1) L. 31, § 3, ff. *De hæred. petit.*

(2) POTHIER, *Traité du domaine*, n° 435. Voy. sur cette matière M. PELLAT *ad leg.* 15, § 3, ff. *De rei vindicat.*, pag. 171 et suiv., et la loi 17, § 1.

des détériorations et de la perte des choses héréditaires, dans les cas où cette perte ou ces détériorations ont eu lieu *par leur faute* et que, à la différence de ce qui existait à Rome, le possesseur *pro hærede* est maintenant censé en se mettant en possession même de bonne foi avoir contracté l'obligation de restituer les biens en nature, de les conserver en bon état ou tout au moins de ne rien faire qui puisse leur enlever quelque chose de leur valeur; que sans doute la question de savoir si les détériorations ou la perte sont le résultat d'une faute imputable au défendeur en pétition d'hérédité, rentre dans le pouvoir interprétatif du juge, mais qu'il n'en est pas moins tenu suivant le texte de l'art. 1379 de faire raison à son adversaire de la perte ou détérioration arrivée *par sa faute*.

178. — Nous pensons que ce système n'est pas celui de la loi, qui n'a voulu au fond que reproduire la théorie de Pothier. Seulement, la rédaction de l'article précité donne lieu à une équivoque que nous allons faire disparaître :

1° *Celui qui a reçu* (traduisez ici celui qui s'est mis en possession) *de mauvaise foi la chose litigieuse*, est tenu *tout à la fois et de sa faute et des cas fortuits*, le possesseur de mauvaise foi étant toujours *de plano* en demeure dans notre droit;

2° Au contraire, *celui qui a reçu la chose de bonne foi n'est tenu ni de sa faute ni des cas fortuits*. Car celui

qui néglige sa propre chose ne commet pas de faute. *Qui rem suam neglexit nullæ culpæ subjectus est... qui rem alienam quasi suam neglexit nullâ actione tenetur* (1). Il ne peut évidemment commettre une faute par rapport à une chose dont il se croit propriétaire, avec le droit d'en disposer.

Mais il peut se faire et il arrivera souvent que s'étant mis en possession de l'hérédité qu'il a cru lui appartenir, *sa bonne foi* vienne à cesser *ex post facto*. Alors, il quitte sa qualité de possesseur de bonne foi, pour revêtir celle d'un possesseur *de mauvaise foi* (2). A quelle époque devra-t-on le considérer comme un *prædo* responsable des cas fortuits (3)? Sera-ce au moment précis où il aura su que l'hérédité dont il s'est mis de bonne foi en posssession ne lui appartenait pas? Non; car mille circonstances peuvent faire qu'à l'instant où il découvre son erreur, il n'ait ni le temps ni les moyens d'avertir l'héritier véritable qu'il ne connaît peut-être pas encore. Son silence ne prend le caractère de la mauvaise foi *du prædo* qu'à partir du moment où *il doit et peut* restituer la succession à qui de droit. Ce n'est par conséquent qu'à partir de cette

(1) L. 25, § 11, L. 31, § 3. ff. *De hæred. petit.* Voy. MUHLENBRUCH, § 708. ZACHARIÆ, *loc. cit.*, § 616 3°.

(2) *Incipit prædonis loco haberi.*

(3) L. 40, ff. *De hæred. petit.*

époque, qu'il répond des cas fortuits. Mais, dans le temps intermédiaire qui s'écoule à partir du moment où il a découvert son erreur jusqu'au moment où *il peut* restituer la succession au véritable héritier, il se trouve dans une position équivoque. Il est encore plus près de la bonne que de la mauvaise foi; car la bonne foi se présume et rien n'autorise à penser qu'il penchera vers le mal. Toutefois, comme il sait désormais que la chose n'est pas sa propriété, il est tenu de la conserver *en bon état* et d'apporter à son administration comme un gérant d'affaires tous les soins d'un bon père de famille (Cod. Nap., art. 1374). Or, pour un bon père de famille, la négligence est une... *faute*. Si donc, la chose vient à se détériorer ou à périr par sa négligence et par suite *par sa faute*, il est censé avoir contracté envers le légitime propriétaire l'obligation de lui en payer la valeur dès qu'il ne lui est plus possible de la restituer en nature, ou tout au moins l'estimation de la dépréciation arrivée par son fait.

179. — Tel est le sens de l'art. 1379 qui repose sur l'équité et sur la raison, quoique les termes dont le rédacteur s'est servi soient loin de reproduire nettement sa pensée. Si l'on se croyait obligé de prendre cet article *verbò tenùs*, il consacrerait un système d'une dureté excessive, puisque le possesseur de bonne foi serait tenu, contre toute raison, des cas fortuits à

partir du moment précis où il découvrirait son erreur, lors même qu'il n'aurait ni les moyens ni le temps de remettre la chose litigieuse au légitime propriétaire.

Ainsi il faut traduire l'art. 1379 de la manière suivante :

« Si la chose indûment reçue *de bonne foi* est un « corps certain, celui qui l'a reçue en la croyant *sienne* « est censé à partir du moment où il a découvert son « erreur avoir contracté l'obligation de la restituer en « nature si elle existe encore, ou sa valeur si elle est « périe ou détériorée par *sa faute*.

« S'il l'a reçue de *mauvaise foi* ou si l'ayant reçue « la croyant *sienne*, sa bonne foi vient à cesser *ex post* « *facto*, il est garant non-seulement de sa faute à « partir du moment où il a découvert son erreur, bien « qu'il n'ait pu encore restituer, mais encore des cas « fortuits à partir du moment où *il aurait pu* restituer « au légitime propriétaire (1), à supposer toutefois que « la chose n'eût pas également péri entre les mains du « véritable maître. »

180. — Les héritiers apparents sont-ils responsables des prescriptions acquises par des tiers dans le temps intermédiaire?...

(1) L'art. 1379 suppose le cas très-grave où l'on *a reçu de mauvaise foi* (sachant dès lors à qui on devait rendre) ce qui n'était pas dû et ce qu'on ne devait pas recevoir. *Nam et dolus præteritus venit in hæreditatis petitionem*. L. 13, § 2, ff. *De hæred. petit.* (Voy. M. PELLAT sur les lois 62 et 63, ff. *De rei vindicat.*

D'après ce que nous venons de dire, il est clair que la question ne saurait s'agiter à l'égard de l'héritier apparent *de bonne foi*, tant qu'il n'a pas découvert son erreur, puisqu'il a pu, sans danger pour lui, négliger les choses qu'il croyait lui appartenir (1). Mais dès que la lumière s'est faite dans son esprit, il est responsable de sa négligence, lors même qu'il se serait trouvé dans l'impossibilité de restituer au légitime héritier. Il doit par conséquent être déclaré garant des prescriptions qui se sont accomplies *par sa faute* à partir de cette époque (art. 1379).

181. — Que décider dans l'espèce suivante ? L'héritier apparent de mauvaise foi, *ab initio,* ne connaît pas le véritable héritier. Il ne poursuit pas moins l'un des débiteurs de la succession, en paiement de la dette héréditaire. Celui-ci, qui ne peut se libérer valablement entre les mains du possesseur des titres de créance qu'à la condition de faire son paiement de bonne foi (Cod. Nap., art. 1240), refuse de donner satisfaction au demandeur qu'il sait être un *prædo*. En conséquence, il lui oppose son défaut de qualité, et de cette manière il fait tomber les poursuites dirigées contre lui. L'héritier apparent déclaré non recevable dans sa demande est-il garant envers l'héritier vé-

(1) *Le prædo* lui-même ne serait pas responsable, s'il ne poursuivait pas les débiteurs, pour interrompre les prescriptions, puisqu'il n'a pas d'action contre eux. (L. 31, § 4, ff. *De hæred. petit.*)

ritable de la prescription qui s'est accomplie ensuite?.....

Ulpien décide qu'il n'est pas responsable du préjudice qui s'est produit. *D'une part*, il a fait tout ce qu'il était humainement possible de faire pour sauvegarder la créance héréditaire, et *d'autre part*, il n'a pas été en son pouvoir de remettre les titres à l'héritier, puisqu'il ne le connaissait pas encore. On ne saurait, par conséquent, lui faire aucune espèce de reproche, puisqu'il n'avait pas d'action contre le débiteur héréditaire (1).

Cette décision nous semble devoir être suivie sous le Code, malgré l'argument d'analogie que l'on pourrait tirer de l'art. 1379, d'après lequel *le prædo* est garant de la perte de la chose arrivée même *fortuitement*; car cet article ne s'applique pas aux créances; et comme sa disposition est très-rigoureuse, il faut plutôt la resserrer que l'étendre. Dans notre législation, il n'est pas plus permis de s'enrichir aux dépens d'un fripon, qu'il ne l'est de s'enrichir à ceux d'un homme de bien.

182. — II. *Des prestations personnelles dont le demandeur en pétition d'hérédité est tenu envers l'héritier apparent de bonne ou de mauvaise foi.*

Si l'héritier apparent est parfois obligé envers le demandeur en pétition d'hérédité à certaines prestations

(1) Cod. Nap., art. 1375. L. 31, § 4, ff. *De hæred. petit.*

personnelles, ce dernier est aussi de son côté censé avoir contracté envers son adversaire l'engagement de lui rembourser les dépenses utiles et nécessaires qui ont été faites dans le cours de sa gestion (1).

En droit romain, les dépenses même voluptuaires devaient être remboursées au possesseur *pro hærede* (2), par suite du principe qui ne l'obligeait envers son adversaire que jusqu'à concurrence de ce dont il s'était *enrichi*. Il ne devait rien perdre de ce qu'il avait dépensé à l'occasion des choses héréditaires qu'il avait crues être sa propriété.

A l'égard *du prædo*, on ne lui allouait ses dépenses qu'autant qu'elles avaient été utiles ou nécessaires (3).

Aujourd'hui, ces distinctions n'existent plus, et les dépenses utiles et nécessaires doivent être remboursées à l'héritier apparent de bonne ou de mauvaise foi, sans qu'il puisse exiger en aucun cas les dépenses *voluptuaires*. C'est au tribunal saisi de l'action en pétition d'hérédité, à apprécier suivant les circonstances

(1) Cod. Nap., art. 1375 précité.

(2) Voy. cependant DONEAU, qui rejette même en droit romain, les dépenses voluptuaires comme inutiles à l'hérédité. *Comm.* lib. XIX, cap. XV, n° 18. Mais voy. MUHLENBRUCH, § 708. *Justus hæreditatis possessor omnia* quæ sibi debentur *deducet* ex hæreditate, prædo verò non, nisi ea quæ petitori *expediat dissolvi*. L. 31, §§ 1, 2, L. 25, § 12, *De hæred. petit.*

(3) L. 39, § 1, L. 38, ff. *De hæred. petit.* Voy. cependant en ce qui concerne les dépenses utiles L. 37, ff. *De rei vindicat.* L 7, § 12, *De acquir. dom.* L. 5, Cod. *De rei vindicat.* Inst. *De rerum divisione*, § 30. Les textes conservent des traces de controverses à cet égard.

l'utilité ou la nécessité des dépenses réclamées par le défendeur.

183. — Au nombre des dépenses utiles, on doit évidemment comprendre les sommes versées par l'héritier apparent pour l'acquittement des dettes et des legs (1).

Le possesseur *de bonne ou de mauvaise foi* peut également employer en dépense, dans son compte de restitution, ce que lui devait le défunt (2). Les Romains en décidaient autrement à l'égard *du prædo* (3).

184. — *Quid juris*, si le paiement n'avait pas tourné au profit de la succession?

On peut supposer pour exemple un paiement fait par l'héritier apparent à une personne qui s'est prétendue faussement créancière du défunt.

En principe, les juges ne doivent pas allouer cette dépense; car elle n'a pas été utile à la succession. Il ne reste donc à l'héritier apparent que *la condictio indebiti* contre le prétendu créancier qui a reçu ce qui ne lui était pas dû. Cependant s'il existait des raisons très-plausibles de faire le paiement, la dépense pourrait être admise au chapitre des prestations à fournir par le demandeur en pétition d'hérédité ; car alors elle

(1) L, 31, ff. *De hæred. petit.*

(2) L. 31, § 2, *eod. tit.*

(3) L. 31, § 1, *eod. tit.* Voy. L. 12, ff. *De condict. indebiti.*

aurait été *utile*, ne fût-ce que pour éviter des frais de poursuite de la part du prétendu créancier peut-être insolvable qui se trouvait nanti de titres en apparence valables (1).

Même solution pour le cas où l'héritier apparent a acquitté un legs en vertu d'un testament déclaré nul à une époque postérieure (2).

185. — Nous avons vu précédemment que les fruits des héritages ne se conçoivent que déduction faite des frais nécessaires pour les obtenir, et que cette règle ne souffre aucune exception.

Le possesseur *de mauvaise foi* a tout aussi bien que celui *de bonne foi* le droit de les retenir pour les comprendre à son avoir dans son compte des restitutions (3).

Les Romains, très-favorables *au possesseur pro hærede de bonne foi,* décidaient même qu'il pouvait faire cette rétention lorsqu'il n'avait récolté aucun fruit (4).

Il est évident que cette manière de voir a été implicitement rejetée par nos codes, puisque chez nous l'héritier apparent de bonne foi profite des fruits, con-

(1) Voy. M. BUGNET sur POTHIER, *Traité du domaine*, n° 439.

(2) Sur ces matières, voy. L. 17, ff. *De hæred. petit.*, et POTHIER, n^os^ 439-443. Il existait à cet égard des distinctions *en droit romain*, qui ne seraient plus admises aujourd'hui.

(3) L. 36. § 5, *eod. tit.*

(4) On lui restituait tout ce qu'il avait déboursé.

trairement à ce qui se passait chez nos maîtres en législation. Dans le système qui nous régit, il doit courir la chance de n'en pas récolter. Ses dépenses de culture ne sauraient être *utiles* à l'héritier véritable dans l'hypothèse indiquée.

Il est cependant un cas dans lequel le demandeur en pétition d'hérédité doit tenir compte à l'héritier apparent *de bonne foi* des frais de labours et semences, lors même qu'il n'aurait récolté aucun fruit, la récolte ayant manqué ; c'est celui où le demandeur en pétition d'hérédité a intenté son action à une époque où les fruits étaient encore *aux champs*. Comme l'héritier véritable profitera de ces fruits, il est juste que les frais de culture et d'ensemencement avancés par le possesseur évincé lui soient remboursés (art. 548).

186. — Que décider à l'égard des impenses faites aux immeubles de la succession?

Droit romain. — Les impenses *nécessaires*, c'est-à-dire celles qui avaient eu pour objet *la conservation des biens héréditaires* et que le véritable héritier aurait été obligé de faire lui-même si elles n'eussent pas été faites par son adversaire, étaient allouées sans distinction au possesseur *pro hærede* et *au prædo*.

Les impenses *utiles*, c'est-à-dire celles qui avaient été faites pour *augmenter* la valeur des fonds héréditaires, étaient également allouées pour le tout au possesseur *pro hærede*, sans qu'on eût à rechercher s'il en

était résulté ou non une plus-value à la chose. Quant *au prædo*, il n'y avait droit qu'autant que la chose en avait été améliorée (1).

Les impenses *voluptuaires*, celles faites *pour embellir*, étaient allouées en totalité à l'héritier apparent de bonne foi, tandis qu'elles étaient rejetées du compte *du prædo* qui n'avait que la faculté d'emporter ce qui pouvait s'enlever sans dégradation (2).

187. — Le Code Napoléon n'ayant pas reproduit les textes du droit romain en cette matière, il faut ici appliquer les règles qui régissent la revendication ordinaire.

Concluons de là :

1° Que le possesseur *de bonne ou de mauvaise foi* doit être indemnisé de toutes les impenses *nécessaires* qu'il a pu faire aux immeubles de la succession (3) ;

2° Que ni l'un ni l'autre n'a droit au remboursement des impenses *voluptuaires* (4). En effet, le véritable héritier n'est tenu que des dépenses dont il peut profiter, c'est-à-dire de celles qu'il aurait été dans la nécessité de faire lui-même et de celles qui ont augmenté la valeur de son bien. Or, non-seulement les

(1) L. 38, ff. *eod. tit. Prædo autem non aliter quam si res melior sit.*

(2) L. 39, § 1, ff. *eod. tit.* A cette occasion, L. 38, ff. *De rei vindicat.*

(3) Cod. Nap., art. 1381.

(4) Arg. de l'art. 1381 et POTHIER, *Traité du domaine,* n° 346.

impenses *voluptuaires* ne donnent pas de plus-value aux immeubles, mais encore elles portent en elles-mêmes leur remboursement dans le plaisir que celui qui les a faites a eu ou pouvait avoir d'en jouir ;

3° Que les impenses *utiles* doivent être remboursées en principe, mais sous les distinctions suivantes :

Si les plantations, constructions et ouvrages ont été opérés par l'héritier apparent *de bonne foi*, le véritable héritier ne peut demander la suppression des travaux. Il a seulement le choix ou de rembourser la valeur des matériaux et le prix de la main d'œuvre, ou de payer une somme égale à celle dont le fonds a augmenté de valeur (Cod. Nap., art. 555).

Si les impenses ont été faites par un héritier apparent *de mauvaise foi*, le véritable héritier a le choix *ou* de les retenir en payant à son adversaire tout ce qu'il a déboursé sans avoir égard à la plus ou moins grande augmentation de valeur que le fonds a pu acquérir, *ou* d'exiger l'enlèvement des ouvrages aux frais *du prædo* et la remise des lieux dans leur état primitif, sans préjudice des dommages et intérêts pour le tort qui aura pu lui être causé suivant les circonstances (Cod. Nap., art. 555).

C'est d'après ces bases que les prestations personnelles doivent se régler aujourd'hui dans le compte qui vient à faire entre les parties, à la suite de l'action en pétition d'hérédité.

Il est inutile d'ajouter que quand le passif de l'héritier véritable est plus considérable que son actif, il doit payer l'excédant au défendeur et que ce dernier est autorisé suivant les articles 867, 1673 et 1948 du Code Napoléon, à conserver la possession des biens de la succession jusqu'au remboursement effectif de ce qui lui est dû : ce qu'on appelle *le droit de rétention*.

188. — *De la durée de l'action en pétition d'hérédité.* — L'action en pétition, comme en général les autres actions réelles et personnelles, se prescrit par trente ans (Cod. Nap., art. 2262). Elle se trouve virtuellement éteinte au préjudice de l'héritier saisi dans le principe, toutes les fois que le possesseur peut invoquer contre lui la prescription de la faculté d'accepter (Cod. Nap., art 789). Il faut bien se garder de confondre la prescription de la pétition d'hérédité avec la déchéance du droit de succession prononcée par l'article 789 contre l'abstenant trentenaire. Parcourons quelques hypothèses :

189. — *Première espèce.* — Le défunt a fait un testament annulable ou une donation réductible. Mais l'héritier saisi n'en a pas demandé la nullité ou la réduction dans les trente ans du décès, de sorte que le titre du légataire ou du donataire n'ayant pas été attaqué en temps utile est devenu désormais à l'abri de toute atteinte. L'éviction est impossible puisque le titre est purgé des vices qui l'infectaient dans le principe.

Dans cette hypothèse, il est clair que la pétition d'hérédité est virtuellement éteinte trente ans après le décès, et que la prescription a pu courir utilement contre elle à compter de l'ouverture de la succession, lors même que le légataire ou le donataire n'aurait commencé à posséder les biens que plusieurs années après. Voilà un cas où l'action en pétition d'hérédité est essentiellement liée, quant à son efficacité, et périt virtuellement avec une autre action éteinte par la prescription. L'héritier pouvait agir à partir du décès, s'il ne l'a pas fait, c'est à lui seul qu'il doit s'en prendre (1).

190. — *Deuxième espèce.* — Le défunt est mort le 1er janvier 1830. L'héritier saisi était en Amérique ; il a ignoré le décès. Cinq ans après, le 1er janvier 1835, un étranger s'est mis en possession réelle des biens de la succession et il a commencé à les usucaper à son profit par la prescription de trente ans. Le successible appelé par la loi à l'hérédité ne fait pas acte d'héritier dans les trente ans de l'ouverture, de sorte qu'il est déchu de la faculté d'accepter (art. 789) : ce qui, dans notre système, équivaut à une renonciation expresse (2). Pourra-t-il venir exercer utilement la pétition d'hérédité contre *le prædo* trente ans après le décès, mais

(1) ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, tom. V, § 616 4°, et not. 26.

(2) *Suprà*, tom. I, n° 102.

avant que la prescription ne soit acquise au détenteur des biens héréditaires ? Non. Parce que pour exercer utilement l'action dont il s'agit, il faut être *héritier*, et que le successible qui s'est abstenu pendant trente ans, est considéré suivant l'art. 789, comme ne l'ayant jamais été. Il doit donc être repoussé de sa demande, faute de qualité. Ce n'est pas, il est vrai, parce que l'action réelle est prescrite qu'elle ne peut se produire avec effet au cas particulier ; mais parce qu'elle n'a jamais existé au profit de l'abstenant trentenaire. Donc, dans l'espèce, l'usurpateur des biens héréditaires, restera malgré lui en possession, et il pourra compléter à son profit, l'usucapion de trente ans, si un autre successible d'un degré inférieur ne vient pas exercer utilement la pétition d'hérédité contre lui.

191. — *Troisième espèce.* — Au lieu d'un étranger à la famille, c'est un parent du second degré qui voyant l'héritier du premier s'abstenir, a fait acte d'héritier et a pris possession des biens héréditaires. Celui que le précédait dans l'ordre de successibilité, s'est abstenu pendant trente ans.

Dans cette hypothèse, le possesseur *pro hærede* est encore à l'abri des effets de la pétition d'hérédité que l'héritier saisi dans le principe viendrait exercer contre lui trente ans après l'ouverture de la succession, et cela, sans qu'on ait à se préoccuper de l'époque à laquelle aurait commencé la possession réelle. En effet,

l'acceptation du parent du deuxième degré se trouve avoir dans ce cas été faite utilement *ex die, à titre d'héritier*. Ses effets remontent au jour même du décès, suivant l'art. 777 du Code Napoléon ; de sorte qu'à sa possession réelle il joint la possession que le défunt lui a transmise *de plano*, d'après les principes qui régissent la saisine qu'il se trouve, par l'abstension trentenaire de son adversaire, avoir acquise *ab initio*, comme s'il eût été seul appelé à l'hérédité (1).

192. — *Quatrième espèce*. — Même solution pour le cas où le possesseur *pro hærede* au lieu d'être un membre de la famille, ne serait qu'un enfant naturel ou tout autre successeur irrégulier (2) : la loi n'ayant fait aucune distinction entre les diverses espèces de successeurs.

193. — *Cinquième espèce*. — Le successible du deuxième degré ou le successeur irrégulier a fait acte d'acceptation pendant l'inaction de l'héritier saisi au premier degré, et il a possédé les biens depuis vingt-neuf ans à partir de sa prise de possession effective. Le décès remonte à plus de trente ans. L'héritier du premier degré se présente et il déclare accepter la succession qui lui est déférée suivant l'art. 724 du Code

(1) *Junge*, Cass., 14 juillet 1840. DEVILL., 1840, I-590, et Cass., 13 juin 1855. DEVILL., 1855, I-689. *Suprà*, tom. II, l'interprétation de l'art. 789, nos 72-94. *Coutume de Paris*, art. 118 et 318.

(2) Voy. l'arrêt de Cass. du 13 juin 1855, ci-dessus cité.

Napoléon, *avant l'expiration des trente ans* de l'art. 789. Puis, il vient exercer la pétition d'hérédité contre le possesseur qui n'a pas encore usucapé les biens héréditaires par la possession de trente ans. *Quid juris*, son action est-elle recevable? Sans aucun doute, et cela, quoi qu'il se soit écoulé plus de trente ans entre le décès et sa demande.

En effet, en acceptant à une époque encore utile, le successible saisi au premier degré, a fait tomber dans le néant l'acceptation du parent du second degré qui n'était saisi que éventuellement pour le cas où son adversaire renoncerait à la succession ou s'en abstiendrait pendant trente ans (art. 785-789); l'acceptation de ce dernier étant devenue radicalement nulle, *defectu vocationis*, n'a pu produire d'effet rétroactif au jour de l'ouverture, comme cela aurait eu lieu si l'héritier du premier degré avait renoncé, ou, ce qui revient au même, s'il s'était abstenu pendant trente ans (art. 789).

Le possesseur n'a donc commencé à usucaper utilement les biens à son profit qu'à partir de sa prise de possession effective, comme s'il était un étranger à la famille.

Or, comme nous supposons dans l'espèce que l'héritier véritable vient exercer la pétition d'hérédité avant l'accomplissement de l'usucapion de trente ans, l'héritier apparent ne saurait être fondé à lui opposer

la prescription de la pétition d'hérédité comme ayant couru en sa faveur à partir du décès. Pourquoi cela ? C'est parce que la prescription d'une action ne court jamais contre celui qui ne peut pas agir. Du décès au jour de la prise de possession par le parent du deuxième degré, l'héritier du premier n'avait pas d'adversaire contre lequel il pût diriger son action. Ainsi voilà un cas dans lequel la prescription de l'action en pétition d'hérédité ne court pas à partir du décès, mais seulement à partir de la prise de possession réelle de l'héritier apparent.

194. — Dans la théorie enseignée à l'école qui fait *un héritier nécessaire* du successible saisi abstenant trentenaire, la prescription de la pétition d'hérédité ne court jamais qu'à partir de la prise de possession effective de l'héritier apparent. Mais cela n'est vrai, suivant nous, que quand il y a eu acceptation utile dans les trente ans de l'ouverture de la succession de la part de l'héritier véritable, et il n'y a aucune distinction à faire entre le cas où l'héritier apparent est un parent du défunt ou un étranger. Qu'est-ce en effet qu'un parent d'un degré inférieur qui se trouve évincé de la possibilité d'arriver à la succession par l'acceptation utile de celui qui le précède, si ce n'est un étranger par rapport à l'hérédité ?

Cela dit sur *la pétition d'hérédité*, nous passons à *la revendication*.

§ 2.

DE LA REVENDICATION.

SOMMAIRE.

195. — Méthode. Différences entre l'action réelle et l'action personnelle.
196. — Notion de la *revendication*.
197. — Ce que doit prouver le demandeur.
198. — Le défendeur est possesseur.
199. — Nécessité de la règle sur le cumul du pétitoire et du possessoire.
200. — Du cas où on ne peut agir par la pétition d'hérédité et où a lieu la revendication.
201. — Les ventes faites par l'héritier apparent sont-elles valables?...
202. — Analyse des textes qui les déclarent implicitement *nulles*.
203. — Dissentiment avec plusieurs auteurs et avec la Cour de cassation.
204. — Argument tiré de l'art. 777 du Code Napoléon.
205. — Réfutation de l'argument tiré de la jurisprudence de plusieurs des anciens Parlements.
206. — La Cour de cassation déplace la question.
207. — L'argument d'analogie qu'elle tire de l'art. 1240 n'a pas de portée sur le point en litige.
208. — De deux choses l'une, ou la vente est valable ou elle est nulle. Il faut se placer à un point de vue radical pour raisonner en cette matière.

209. — *Premier système*. Celui de l'auteur. Jurisconsultes qui le professent.

210. — *Deuxième système*. Opinion de Merlin, Malpel, Dalloz et de plusieurs cours souveraines. Fausse interprétation de la loi 25, § 17, au Digeste *De hæred. petit*. Sens de cette loi célèbre.

211. — Ce système ne déclare toutefois les ventes valables qu'à la condition qu'il y aura *bonne foi* simultanée de la part du vendeur et de l'acheteur. Réponse.

212. — *Troisième système*. Celui de Zachariæ. Sa réfutation.

213. — Examen de l'argument qu'il tire à tort de l'article 132 du Code Napoléon.

214. — *Quatrième système*. Celui de la Cour de cassation.

215. — Idée de M. Taulier réfutée.

216. — Conclusion.

217. — La publicienne existe-t-elle encore sous le Code Napoléon?

218. — Ancienne jurisprudence. Pothier.

219. — Raisonnement des partisans du maintien de la publicienne.

220. — Cette action n'existe plus comme action *sui generis*.

221. — Système adopté par l'auteur.

222. — Réfutation des raisons alléguées par les partisans du maintien de la publicienne.

223. — De la revendication des meubles de la succession.

224. — Contre quelles personnes peut s'exercer la revendication. Résumé du système.

225. — Cas dans lesquels la revendication n'a pas lieu.
226. — L'art. 2279 ne s'applique pas aux universalités de meubles.
227. — Il est renvoyé pour les prestations personnelles à ce qui a été dit à propos *de la pétition d'hérédité*.
228. — *Méthode*.

---

195. — MÉTHODE. — *Différences entre l'action réelle et l'action personnelle*. — Comme l'action en revendication appartient à un traité du droit de propriété plutôt qu'à des *études* sur le droit de succession, nous nous contenterons d'en résumer *la notion généralisée* et de la suivre dans celles de ses conséquences qui sont relatives à l'acquisition de l'hérédité : lesquelles, à ce titre, rentrent dans notre sujet. Cela nous donnera l'occasion de parler de la célèbre question de la validité ou de l'invalidité des ventes faites par l'héritier apparent, comme aussi de celle de savoir si *la publicienne* existe encore aujourd'hui et dans quel sens.

Nous terminerons cette partie de notre travail par un résumé du système actuel sur la revendication des meubles et des immeubles.

Mais avant d'entrer en matière, il est nécessaire que nous nous rappelions les différences sensibles qui sont à noter entre la nature de l'action *réelle* et celle *de l'action personnelle* dans notre droit actuel.

1° L'action personnelle a sa cause essentielle dans un droit de créance contre telle personne déterminée *jus ad rem, officium personæ in personam*. La personne elle-même se trouvant obligée dans cette action ne peut s'y soustraire par le délaissement de la chose litigieuse.

Dans l'action réelle, au contraire, le demandeur établit son litige sur un *jus in re* qu'il prétend lui appartenir. La personne du défendeur ne figure au procès que par accident et simplement comme un représentant physique de la chose revendiquée. Dès qu'elle a cessé d'être en possession, elle échappe à l'action *in rem*, parce que la cause essentielle de cette espèce d'action n'a plus de base contre elle (1);

2° *Dans l'action personnelle,* la juridiction et la compétence sont différentes de la juridiction et de la compétence *en matière réelle,* à moins qu'il ne s'agisse de choses *mobilières :* auquel cas l'action mobilière, même lorsqu'elle est *réelle,* est toujours soumise à la compétence *des actions personnelles* (Cod. procéd., art. 59, § 1er);

3° *Dans l'action réelle*, l'héritage revendiqué doit être nominativement désigné, de manière que toute confusion soit impossible (Cod. proc., art. 64). Cette désignation n'est pas rigoureusement indispensable

(1) Voy. DONEAU, *Comm. De re judicatâ, ad leg.* 12, (tom. XI, pag. 200).

dans le libellé de l'action *purement personnelle*. Il suffit que la prétention y soit indiquée clairement. Du reste, cette règle n'a rien d'absolu (1);

4° *Dans l'action réelle,* le demandeur qui succombe sur une revendication conçue sans énonciation du titre en vertu duquel il agit, est repoussé par l'exception de la chose jugée s'il revendique ultérieurement la chose litigieuse en vertu d'un titre qu'il n'a pas fait valoir dans la première instance...; tandis que, dans *l'action personnelle*, je puis très-bien prétendre que telle personne est obligée envers moi à tel titre, succomber faute de preuve dans ma demande, et soutenir ultérieurement qu'elle est obligée envers moi *à un autre titre,* par rapport à la même chose.

La raison de cette différence vient de ce que, en agissant par l'action réelle d'une manière générale et absolue, nous sommes censés y avoir compris toutes les causes sur lesquelles peut reposer la propriété réclamée. *Causa dominii multiplicari non potest*. Il n'en est pas de même dans l'action personnelle, parce que les causes de l'obligation que nous y prétendons exister à notre profit, peuvent être *multiples* relativement à la même chose. La chose jugée ne devient un obstacle à une nouvelle demande personnelle qu'autant qu'il y a, dans les deux instances, identité d'objet,

(1) Voy. M. PELLAT, sur la L. 6, ff. *De rei vindicatione*.

identité de causes et identité de parties (Cod. Nap., art. 1351) (1).

196. — *Notion de la revendication.* — La revendication *(vindicatio rei)* est l'action réelle par excellence au moyen de laquelle le propriétaire d'une chose qui en a perdu la possession, réclame cette chose en justice et fait condamner celui qui la détient à la lui restituer. La base de cette action se résume dans le brocard suivant : *Je reprends mon bien partout où je le trouve* (2).

Dans la revendication *l'intentio* (la prétention) du demandeur est conçue d'une manière générale et absolue. *Je prétends que telle chose est mienne* (3), et je

(1) Voy. BERRIAT SAINT-PRIX, *Cours de procédure*, 7e *édition*, tom. I, pag. 112-113, note 2. CUJAS, sur la loi 14, § 2, ff. *De except. rei judicat.* lib. LXXI, *Pauli ad edictum*.

(2) Voy. sur *la revendication*, M. DEMANGEAT, *Traité du droit romain*, tom. II, pag. 482, et surtout le savant et lucide commentaire de M. PELLAT, sur le titre au Digeste *De rei vindicatione*.

(3) Voici un exemple de formule *pétitoire: Lucius Octavius judex esto. Si paret fundum capenatem de quo agitur, ex jure quiritium auli agerii esse, neque is fundus aulo agerio restituetur, quanti ea res erit tantam pecuniam n. negidium aulo agerio condemna : si, non paret, absolvito.* (Voy. GAÏUS, IV-51, *in fine*, et à cet égard, ZIMMERN, *Traité des actions*, § 65.) Dans le système formulaire, on tendait à la restitution de la chose litigieuse d'une manière *indirecte*. Le défendeur restituait pour éviter la condamnation. M. PELLAT a prouvé dans son excellent livre sur les principes généraux de la propriété contre M. DUCAURROY qui a reconnu son erreur, que ces mots *aut jure gentium* qu'on lit dans la L. 23, au Digeste *De rei vind.*, n'ont pas été interpolés. Une fois le domaine acquis *ex jure quiritium*, soit par un mode du droit des gens, *putà* par la *traditio ex justâ causâ* d'une chose *nec mancipi* ou par un mode du droit civil, par exemple, par la *man-*

la revendique comme telle, non pas parce que le possesseur a contracté une obligation envers moi, à son occasion, mais parce qu'elle m'appartient. Voilà la conclusion principale de l'ajournement. Il peut se faire sans doute et il arrivera même le plus souvent que le détenteur de la chose litigieuse que je prétends être *mienne*, aura contracté ou sera censé avoir contracté envers moi quelques obligations relativement à cette chose ; mais ces obligations, comme celles dont je pourrais être tenu de mon côté envers lui, ne sont que des accessoires du procès et quoiqu'elles peuvent donner naissance à des *prestations personnelles* réciproques, elles ne changent pas pour cela la nature réelle de l'action dont il s'agit. C'est que les actions en général se déterminent quant à leur nature juridique, par leurs causes dominantes et essentielles, et non pas par les circonstances accidentelles et accessoires qui parfois s'y rencontrent (1).

197. — *Ce que doit prouver le demandeur.* — Dans l'action en revendication, le demandeur doit avant

cipatio d'une chose *mancipi*, on n'a pas, en ce qui touche les actions *in rem* civiles comme la revendication, à se préoccuper des moyens qui ont servi à cette acquisition. Voy. M. PELLAT, *introduction*, nos 32 et 33. PAUL, L. 23, pro., ff. *De rei vindicatione*. M. DEMANGEAT, *Traité élémentaire du droit romain*, tom. II, pag. 488. C'est ainsi que l'entendait CUJAS, sur la loi 23 précitée, liv. XXI, *Pauli ad edictum*.

(1) Voy. BOITARD, *Code de procédure*, art. 59, n° 134. LOYSEAU, *Du déguerpissement*, liv. II, chap. I, *De l'action mixte*, n° 4.

tout établir son droit de propriété sur la chose qu'il revendique comme *sienne*. Il ne lui servirait à rien de prouver que son adversaire n'est pas *propriétaire*. En effet, outre qu'il n'existe pas d'action sans intérêt, cette preuve *négatoire* du droit du défendeur ne saurait avoir pour résultat final l'adjudication de ses conclusions, puisque la demande a pour objet principal de le faire reconnaître comme *propriétaire* et par suite de lui faire obtenir contre son adversaire le délaissement de la chose litigieuse.

Mais il est bien entendu que le demandeur en revendication établit son droit à la propriété de cette chose d'une manière suffisante, dès qu'il prouve qu'il l'a acquise juridiquement à une époque antérieure. Si le défendeur vient à prétendre que la propriété ainsi établie ne réside plus sur la tête du revendiquant, c'est à lui à prouver à son tour le bien fondé de son exception : *Reus excipiendo fit actor* (1).

198. — Lorsque la preuve de l'exception est administrée, le demandeur au principal est déclaré non-recevable ou mal fondé dans sa demande en

(1) L. 6, au Cod. *De probat.* Dans la revendication, il ne suffit pas au demandeur de prouver qu'il a acquis la chose par l'un des modes d'acquérir *dérivés*. Il lui faut de plus établir la propriété en la personne de ses auteurs (Voy. M. PELLAT, sur la loi 9 au Digeste, *De rei vindicatione*). Le célèbre article 6 de la loi du 23 mars 1855, n'a pas saisi la portée de cette règle en ce qui touche le privilége de vendeur, dans un système sous lequel la transcription ne doit dessaisir l'aliénateur qu'en lui conservant son privilége !

revendication, et cela, sans que le défendeur qui reprend son rôle primitif, soit tenu de prouver qu'il est lui-même *propriétaire*. Il lui suffit, en sa qualité de défendeur au principal, d'avoir démontré la non-recevabilité de la prétention du revendiquant, pour être relaxé des fins de la demande. *D'un autre côté,* la possession lui appartient nécessairement en sa qualité de défendeur au pétitoire : car, en refusant au demandeur le droit d'agir désormais au possessoire, la loi a interprété la conduite du revendiquant comme une reconnaissance formelle, quoique implicite, de la possession du défendeur (1). Or, *in parì causâ, melior est causa possidentis* (2).

199. — On voit par là l'importance que chacun des plaideurs doit attacher au rôle de défendeur. Aussi les contendants ne manquent-ils jamais de se faire préalablement la guerre sur la question de possession.

La conclusion de cette guerre, comme de toutes les guerres possibles, est..... *la paix*....., sur le point capital de savoir quel est celui des deux adversaires qui sera *demandeur* ou *défendeur* au pétitoire. Ainsi

(1) Cass., 2 février 1857. DEVILL., 1857, I-650. Cass., 10 janvier 1860. DEVILL., 1860, I-340. Quand la possession juridique est bien établie ou reconnue, la preuve du droit de propriété ne peut être faite que par titre ou par prescription.

(2) Instit. Just., *De interdictis*, IV.

s'explique la règle qui prohibe le cumul *du possessoire et du pétitoire* (1).

200. — Cela posé, suivons l'héritier saisi du droit de succession dans les revendications qu'il peut avoir à intenter contre ceux qui, sans lui contester *sa qualité d'héritier,* prétendent cependant se perpétuer dans la possession de quelques biens héréditaires, à certains titres particuliers, *putà* d'achats, d'échanges, de legs, etc....

Nous avons vu précédemment (2), que quand le possesseur excipe d'un titre particulier à l'aide duquel il entend maintenir sa possession, l'héritier ne peut agir contre lui par la voie *de la pétition d'hérédité,* parce que un débat sur l'hérédité est impossible entre deux plaideurs dont l'un se prétend *héritier,* tandis que l'autre se prétend *acheteur, donataire, légataire* ou *échangiste.*

(1) Cod. procéd., art. 26. A Rome, la propriété et la possession n'ayant *rien de commun*, celui qui avait commencé une procédure en revendication, pouvait, *pendente judicio*, faire poser la question de possession, au moyen de l'interdit *uti possidetis* ou *undè vi*. Il n'était pas censé avoir renoncé à la possession en revendiquant (L. 12, § 1, ff. *De adquir. possess.*) Nous suivons d'autres principes, à cause de l'ancienne règle : *Possession vault moult, en France, quoi qu'il y ait du droit de propriété entremêlé. Le possessoire* doit être vidé avant *le pétitoire :* ce qui n'empêche pas que nous puissions réduire *à deux principaux*, les soixante-douze effets que nos vieux coutumiers attribuaient à leur proverbe : *Beati possidentes !...* J'aimerais mieux le système romain que le nôtre, sous ce rapport. Voy. à cet égard CRÉMIEU, *Théorie des actions possessoires*, n° 59. La défense de cumuler le possessoire avec le pétitoire gêne trop souvent le juge dans l'exercice de ses fonctions.

(2) *Suprà*, n^os^ 123 et suiv.

Mais si la voie de la pétition d'hérédité est fermée à l'héritier dans ces espèces, celle de *la rei vindicatio* lui reste bien évidemment ouverte. Il peut toujours, comme représentant son auteur, exercer toutes les actions que le défunt aurait pu intenter et de la même manière que lui.

Lorsque le tiers détenteur d'une chose héréditaire n'a commencé à la posséder que depuis le décès, à quelque titre particulier, *putà pro emptore*, *pro donato*, *pro legato*, l'héritier qui prétend que cette possession ne repose sur rien de valable, a le droit incontestable de revendiquer la chose litigieuse, en prouvant la propriété du défunt et par suite la sienne propre, pour arriver de cette manière à se la faire restituer par la justice.

C'est surtout dans ces hypothèses que la matière qui nous occupe, acquiert une grande importance pratique. Tout le monde sait quel retentissement ont eu, et quel étonnement ont provoqué dans la science, les arrêts de la Cour de cassation qui ont consacré la validité des ventes d'immeubles faites par l'héritier apparent. Nous ne pouvons, pour notre compte, expliquer cette jurisprudence qu'en pensant que nous vivons à une époque de transition qui se ressent encore des ébranlements révolutionnaires. Est-ce que l'erreur d'un tiers, fût-elle invincible, peut jamais avoir la puissance de me dépouiller sans mon consentement de

ce qui m'appartient? On perd trop souvent de vue que ce qu'il y a de mieux en droit, est presque toujours ce qui se rapproche le plus de la naïveté. Examinons donc cette question célèbre. Il faut la poser de la manière suivante.

201. — Les ventes d'immeubles que l'héritier apparent a consenties dans le temps intermédiaire, au profit d'acquéreurs *de bonne foi* (1), sont-elles *valables* : de telle sorte que l'héritier dont la qualité n'est pas contestée, ou est jugée ne pouvoir l'être, ne puisse revendiquer les biens aliénés contre les tiers détenteurs?

Il nous semble que de quelque côté que l'on veuille sérieusement examiner cette question *au point de vue de l'interprétation de nos Codes*, on arrive à conclure que ces aliénations sont *nulles*, et que par conséquent la revendication de l'héritier véritable doit être admise, tant et si longtemps que l'usucapion n'est pas acquise aux tiers détenteurs.

1° C'est un principe général que nous ne pouvons transporter à d'autres des droits que nous n'avons pas. *Nemo dat quod non habet.... nemo plus juris in alium transferre potest quàm ipse habet.* Le vendeur, dit l'art. 2182 du Code Napoléon, ne transmet à l'acquéreur que la propriété et les droits qu'il a lui-même sur

(1) *La bonne foi* est la conscience du possesseur qui croit que celui qui lui a livré la chose était propriétaire et pouvait aliéner (L. 109, ff. *De verbor. signif.*)

la chose vendue. Or, si l'héritier apparent vendeur n'a jamais eu de droits sur la chose vendue, il est bien clair qu'il n'a pu céder ce qui ne lui appartenait pas. Il semble que c'est là l'une de ces vérités qui ne souffrent pas de réplique.

2° Chez nous, la vente de la chose d'autrui est nulle (Cod. Nap., art. 1599). Il ne suffit pas au vendeur de s'arranger de telle sorte que l'acheteur puisse simplement avoir la chose, *ut habere liceat,* de manière à la posséder sans trouble. Notre législateur exige plus ; il ne veut pas que nous vendions le bien d'autrui que nous ne devons ni prendre ni retenir *à notre escient,* et, si malgré la prohibition de la loi civile d'accord sur ce point avec l'un des commandements divins, nous nous permettons de le faire, nous sommes passibles de dommages et intérêts envers l'acquéreur de bonne foi. Pourquoi cela ?... si ce n'est parce que la vente faite *à non domino* n'étant pas valable, l'acquéreur est soumis à l'action en revendication de la part du légitime propriétaire. Or, dans notre espèce, qu'est-ce qui est propriétaire ? Est-ce l'héritier apparent qui n'est qu'un *intrus* dans la famille ? Evidemment non. Il n'y a donc que celui qui est utilement saisi, suivant l'art. 724 du Code Napoléon, qui puisse l'être. C'est qu'en effet, lui seul a le domaine *(plena in rem potestas)* des biens héréditaires, comme le défunt dont il continue la personne, l'avait avant sa mort. Comment, dès lors, un

étranger pourrait-il en disposer à son préjudice ? Est-ce que le droit de propriété n'est pas, de sa nature, le plus absolu et le plus exclusif de tous les droits ?...

3° Celui qui vend la somme des droits attachés à sa qualité d'héritier, c'est-à-dire l'hérédité comme universalité juridique, sans en spécifier les objets en détail, n'est, d'après l'art. 1696, tenu de garantir à l'acheteur que sa qualité d'héritier ; mais il est toujours tenu de garantir sa vocation utile à l'hérédité : autrement la convention tomberait faute de cause et d'objet. Eh bien ! si celui qui vend l'hérédité doit garantir sa qualité d'héritier, même dans une hypothèse où il ne devrait pas la garantie de l'éviction successive des biens pris individuellement, c'est apparemment que celui qui achète peut être évincé. Et qui pourrait l'évincer ? si ce n'est l'héritier véritable !... Donc l'art. 1696 du Code Napoléon suppose avec les art. 2182 et 1599 précités, que la revendication existe au profit de ce dernier contre le tiers détenteur.

4° L'art. 137 décide en termes exprès que l'absent auquel une succession est échue peut exercer :

1° *La pétition d'hérédité,* c'est-à-dire la revendication de l'hérédité contre l'héritier apparent ;

2° Et *autres droits,* c'est-à-dire la revendication des immeubles ou des créances héréditaires que les tiers, en traitant avec l'héritier apparent, ont cru acquérir, mais qu'ils n'ont pu acquérir réellement, parce que

leur vendeur n'en était propriétaire qu'en apparence.

5° Enfin, est-ce que la bonne foi a jamais été, dans notre législation, rangée parmi les manières d'acquérir (Cod. Nap., art. 711)? *Insuffisante* pour l'acquisition des fruits, puisqu'elle exige encore *la perception* en sus *de la bonne foi* (1), et des meubles eux-mêmes (2), elle l'est, à bien plus forte raison, pour l'acquisition des immeubles. N'est-il pas évident que dans le système du Code Napoléon, je ne suis pas *propriétaire* de l'immeuble que j'achète, quelque juste que soit mon titre et quelque éclatante que soit ma bonne foi, quand l'art. 2265 me reconnaît seulement la possiblité de le devenir par une possession de dix ou vingt ans? A quoi servirait cette disposition législative, si l'acquisition faite *de bonne foi, à non domino*, me rendait à elle seule *propriétaire?*.....

202. — Je ne sais si je suis dans l'aveuglement, mais il me semble que Merlin, Malpel, Dalloz et les autres jurisconsultes qui ont suivi leur opinion, ont apporté dans leurs recherches beaucoup trop de préoccupations étrangères à l'interprétation de nos Codes. Ils sont allés se perdre dans les nuages du droit romain, qu'ils ont interprété tout de travers, tandis que la

(1) Art. 549.

(2) Art. 2279.

lumière brillait à leurs yeux du plus vif éclat dans les textes qui nous régissent (1).

Ils se sont imaginés que Ulpien refusait la revendication à l'héritier véritable contre l'acheteur, de peur d'exposer le vendeur de bonne foi aux conséquences d'un recours en garantie d'éviction, quand Ulpien n'avait jamais eu cette pensée. Mais ce n'est pas là le sens véritable du fameux § 17 de la célèbre loi 25, *De hæreditatis petitione,* et le jurisconsulte romain serait bien étonné si, revenant du tombeau, il voyait l'abus que l'on a fait en cette matière de ses commentaires sur l'édit du préteur. Ce texte n'a voulu décider qu'une chose, à savoir, que la question doit être jugée contre le possesseur *pro hærede,* à cause de l'intérêt qu'il a de ne pas être passible du recours que pourraient exercer les acheteurs, et que, dès lors, il est contradicteur légitime devant les centumvirs. Qu'est-ce que cela fait à notre question *en droit français?*

Est-ce que nous ne sommes pas avant tout, est-ce que nous pouvons être autre chose que des esclaves de la loi? Est-ce qu'il nous est permis de créer des exceptions arbitraires? Apparemment que si le Code Napoléon a gardé le silence sur la difficulté imaginaire que nous discutons, en consacrant le principe général

(1) Il est hors de doute que la revendication appartient, en droit romain, à l'héritier véritable contre les tiers possesseurs. (Voy. L. 2, Cod. *De petit hæred.* L. 7, Cod. L. 4, au Cod. *In quib. causis cessat long. temp. præscrip.*

nemo dat quod non habet dans l'art. 2182, c'est qu'il a jugé que l'héritier saisi, légitime propriétaire de la chose héréditaire vendue par l'héritier apparent, devait être utilement protégé dans tous les cas possibles, et que, par conséquent, les raisons d'équité qui semblent militer en faveur des acheteurs de bonne foi, devaient se taire devant les intérêts bien autrement sacrés de la famille et de la propriété.

203. — Voyons maintenant les objections à l'aide desquelles la Cour de cassation prétend repousser notre système (1).

Le principal motif, sur lequel s'appuie la Cour, est « qu'il résulte virtuellement de l'art. 775 du Code « Napoléon, que le degré de parenté ne suffit pas pour « faire reposer sur la tête du plus prochain lignager la « pleine et actuelle propriété des biens héréditaires; « que c'est *l'acceptation* qui l'investit réellement de

(1) Voy. Cass. 16 juin 1843. Palais, tom. I, 1843, pag. 331. DEVILL. 1843, I-97 et la note. Voy. sur la question, le même arrêtiste, vol. V, I-83. Rouen, 25 mai 1839. DEVILL. 1839, II-451 et la note où les autres arrêts sont résumés. Voy. aussi DALLOZ, *Répert.*, *nouvelle édition*, *V° Succession*, n^os^ 548-549, et la longue dissertation qui se trouve aux n^os^ 550 et suivants. Chose remarquable et bien difficile à expliquer dans l'ordre d'idées que paraît vouloir imposer la jurisprudence de la Cour suprême, la Cour de cassation (arrêt du 26 août 1833, DEVILL. 1833, I, pag. 737), la cour de Rouen (16 juillet 1834, audience solennelle, DEVILL. 1834, II, pag. 443) et la cour d'Agen (19 janvier 1842) déclarent *nulle* la vente que l'héritier apparent a faite de l'hérédité, *ut jus universale*, à un acheteur de bonne foi : de sorte que celui qui ne peut pas disposer du tout peut disposer de la partie du tout, quand il n'a droit à la partie qu'autant qu'il a droit au tout !

« tous les droits et le soumet à toutes les charges de « l'hérédité et qui constitue le véritable représentant « du défunt : que par conséquent si un parent du « subséquent degré accepte la succession *pendant l'ab-* « *stension de l'héritier premier saisi,* et en jouit publi- « quement et paisiblement, ce parent gère et admi- « nistre pour lui-même et dans son intérêt personnel ; « et s'il vend un meuble ou un immeuble de la suc- « cession, il est *réputé* disposer, non de la chose ap- « partenant à un autre, mais de sa propre chose. »

Ce motif n'est fondé que sur une fausse intelligence de la règle *n'est héritier qui ne veut*. En effet, comme nous l'avons longuement démontré dans notre étude sur *la notion de la saisine héréditaire* (1), cette règle signifie deux choses : 1° le successible peut répudier la saisine acquise activement, suivant l'art. 724 ; 2° et il lui suffit de *s'abstenir* pour ne pas être grevé de l'hérédité passive, sauf les cas exceptionnels où la loi le répute acceptant (art. 797-800). Mais la Cour de cassation confond ici la saisine active et la saisine passive, qu'il faut cependant distinguer avec soin, tant qu'on se trouve dans les délais de l'art. 789, et, d'après sa doctrine, l'héritier le plus proche n'est saisi, n'est investi des biens héréditaires par la loi, *activement* que sous la condition : *s'il accepte !...*

(1) *Suprà*, tom. I, n^os^ 41 et suiv.

Ce système n'est certainement pas celui du Code Napoléon. Sous son empire, l'héritier le plus proche est saisi *de plano* activement, *dans son intérêt,* de la propriété et de la possession des choses héréditaires, même *sans qu'il le sache,* sous l'unique condition de ne pas renoncer, et non pas *sous celle d'accepter*, et il peut, en acceptant, exercer toutes les actions du défunt, comme ce dernier qu'il représente aurait pu le faire lui-même. L'acceptation qui vient après la saisine légale, n'est pas *le mode d'acquérir* l'hérédité active déjà acquise *de plein droit ;* elle a pour effet unique, sous le rapport qui nous occupe ici, de réaliser la condition de l'acquisition *de l'hérédité passive,* en confirmant irrévocablement l'acquisition de *l'hérédité active.* Cette vérité fondamentale est démontrée à n'en pas douter, par l'histoire *de la saisine coutumière*. Elle ressort, au surplus, de la combinaison des art. 724, 775, 777 et 784 du Code civil.

Si le système de la Cour suprême était fondé, la maxime *le mort saisit le vif,* serait *un non-sens*, et il n'y aurait aucune différence essentielle entre la théorie du Code Napoléon et celle du droit romain sur l'acquisition de l'hérédité. La Cour a oublié que, *chez nous, c'est l'hérédité qui vient nous trouver,* tandis qu'à Rome, il fallait *aller la trouver*. Mais il n'en est rien au fond des choses. Il suffit pour faire tomber l'argument invoqué contre nous par les arrêts précités, de se reporter

à la notion *de la saisine* telle qu'elle nous a été transmise par Domat et Pothier qui ont posé, comme règle du droit français admise sans contestation, que *par l'effet seul de la loi*, l'héritier saisi est fait, au moment même du décès, propriétaire de tout ce dont le défunt était propriétaire et possesseur de tout ce dont il était possesseur, sans même que le successible le sache. C'est la coutume, dit Tiraqueau (1), qui transfère à l'héritier *possessionem plenissimam, sine actu naturali* aut artificiali, *vel etiam ficto*, avant l'appréhension. Par conséquent, ce n'est point l'adition d'hérédité qui rend l'héritier possesseur et propriétaire. Il s'agit ici de l'un de ces cas, dans lesquels *dominium sine possessione quæritur vel traditur*.

A la vérité, l'héritier saisi peut perdre la possession comme le défunt aurait pu la perdre lui-même, par le fait d'un tiers ou d'un autre successible qui se serait emparé *cum animo sibi habendi* des biens héréditaires à ses risques et périls. Mais cette possession même juridiquement acquise tombe *au pétitoire,* devant le droit supérieur de l'héritier premier saisi, dès qu'il vient l'exercer par la revendication ou par la pétition d'hérédité : le tout suivant la règle : *Le mort saisit le vif habile à lui succéder*.

(1) Voy. à cet égard TIRAQUEAU, Traité : *Le mort saisit le vif. Déclaration* V, § 5, et *l'Ancien Journal du Palais*, tom. II, pag. 449.

Il est donc évident que, si le successible, *premier saisi*, peut perdre la possession par des entreprises étrangères continuées pendant plus d'une année, ce n'est pas une raison pour le priver de la propriété des choses héréditaires qui lui ont été transmises par l'effet seul de la loi. Il ne peut les perdre que par *l'usucapion* juridiquement acquise au profit des tiers détenteurs, ou par une renonciation régulière, ou par l'événement qui en tient lieu, c'est-à-dire par l'abstension continuée pendant trente ans (Cod. Nap., art. 789).

Tels sont les vrais principes de l'acquisition de l'hérédité en France. La Cour suprême s'est mise à côté de la loi, lorsqu'elle a décidé pour les besoins de son système de prétendue validité des ventes faites par les héritiers apparents, que l'héritier le plus proche *n'acquiert la propriété des biens de la succession* qui lui est déférée que sous la condition, *sine quâ non,* par lui de faire incontinent après le décès, *un acte d'acceptation.*

204. — Continuons, et poussons nos adversaires jusque dans leurs derniers retranchements.

J'admets un instant avec la Cour que l'héritier plus proche ne soit saisi des biens du défunt que *sous la condition s'il accepte* (art. 777). Résultera-t-il de là que cet héritier ne devra pas être considéré comme ayant été propriétaire *ergà omnes* des choses héréditaires, à partir de l'ouverture de la succession, et qu'un possesseur *pro hærede* aura pu valablement vendre les biens

dans le temps intermédiaire ? En aucune façon. Car l'acceptation, dans le système lui-même que je combats, ne pourrait, dans tous les cas, constituer *que la réalisation d'une condition,* et à ce titre, ses effets rétroagiraient nécessairement au moment du décès (art. 777-1179-1181). Par conséquent, l'usurpateur ou le possesseur *pro hærede,* arrivant l'accomplissement de la condition par la demande en revendication, serait censé n'avoir jamais été propriétaire, et devrait être assimilé à un incapable *ex tunc*, en ce qui touche *le droit de disposer*. Cela est évident.

Notons avant de passer à un autre moyen, que les arrêts que nous critiquons, condamnent implicitement la théorie de l'école qui rejette l'abstension comme n'existant plus dans notre législation actuelle. Sous ce rapport, la Cour est, suivant nous, dans le vrai. Car si l'héritier le plus proche est saisi *de plano activement,* contrairement à sa doctrine, il est certain qu'il n'est saisi *passivement* que par l'acceptation ou par les équipements qui en tiennent lieu (Cod. Nap., art. 792-797-800). Mais les arrêts précités ont le tort de pousser trop loin les choses. Ils ne tiennent pas compte de ce *medium in rebus* où se trouve si souvent la vérité, et ils se jettent dans un excès contraire à celui de la théorie des anciens praticiens enseignée à l'école avec le fameux *filius ergo hæres*, en faisant de l'acceptation une condition essentielle à l'acquisition de l'hérédité *active;*

tandis qu'elle n'a jamais eu en France, et qu'elle ne peut avoir encore aujourd'hui, sous ce rapport, pour objet que de confirmer l'acquisition préexistante qui résulte *de plano* de la saisine légale, et de réaliser en même temps la condition qui affecte l'hérédité passive (art. 775-777), ainsi que nous croyons l'avoir démontré (1). Non. L'acceptation n'a jamais été, dans notre législation ancienne et moderne, *un moyen d'acquérir l'hérédité,* elle n'a jamais été et elle n'est encore qu'un moyen *d'obliger* le successible saisi au paiement des dettes du défunt. La confusion qu'a faite le rédacteur des arrêts entre les deux branches *de la saisine légale,* a été la cause de son erreur, et voilà pourquoi nous ne suivons pas, dans l'exercice de nos fonctions, la jurisprudence de la Cour suprême, bien que nos collègues croient devoir s'y rattacher.

205. — « Mais, dit la Cour de cassation, la juris-« prudence des Parlements déclarait valables, dans « l'ancien droit, les ventes faites par l'héritier appa-« rent, à des acquéreurs de bonne foi (2), et le Code « Napoléon ne contient, à l'égard de ces ventes, au-« cune disposition nouvelle (on passe sur les art. 2182-

(1) *Suprà*, nos 41 et suiv. et les autorités citées dans *l'Ancien Journal du Palais*, édit. de 1713, tom. II, pag. 448 et suiv.

(2) Voy. les arrêts du Parlement de Toulouse des 18 mars 1773, 2 septembre 1779, 7 septembre 1789, 9 avril 1788, rapportés par MALPEL, *Success.*, n° 211. Paris, 1744. FURGOLE, *Test.*, chap. X, § 2, n° 100.

« 1599-1696 et 137, en faisant semblant de ne pas les « voir). Or les motifs *de droit* (à peu près *nuls*) et « *d'équité (très-contestables)* et les puissantes considéra- « tions *d'ordre et d'intérêt public (il faut opter entre la « famille et le public ; la Cour sacrifie la famille)* qui « servaient de base à cette jurisprudence (je nie, parce « que autrefois on ne comprenait pas le véritable sens « du § 17 de la loi 25 au Digeste *De hæred. petit.*, et « que c'est à cette circonstance qu'il faut attribuer la « jurisprudence qu'on invoque) ont conservé leur « force, et ont même acquis un nouveau degré d'éner- « gie, puisque le législateur moderne est plus favorable « que l'ancien, à la libre et facile circulation des « biens (1). »

206. — Ne déplaçons pas la question. Il est possible, sans doute, que le pouvoir législatif sanctionne un jour les idées de la Cour en cette matière. Il est même certain que son opinion sera mise dans la balance, lorsqu'il s'agira de réviser le Code Napoléon. Mais, en ce moment, nous faisons *de l'interprétation*, et c'est uniquement à ce point de vue que nous combattons *pro aris et focis*. A nos yeux, le foyer domestique vaudra toujours pour le moins un tiers détenteur que rien n'aura contraint à acheter la chose héréditaire d'un

(1) A la condition que celui qui les fait circuler soit propriétaire (art. 2182-1599) et qu'il puisse les transmettre (art. 1108).

héritier apparent, et nous savons que la Cour qui nous conduit tous le plus souvent dans les voies de la justice, n'hésite pas à revenir à la vérité, quand ses disciples lui signalent une erreur : ce qui nous rassure sur l'avenir du système que nous défendons contre elle-même.

Voyons donc sérieusement le fond des choses qui sont dans ce débat, en ayant le soin de les ramener à leur juste valeur.

La Cour invoque à son appui l'ancienne jurisprudence des Parlements. Soit. Mais, au cas particulier, ce motif est loin d'être décisif.

En effet, ce que *certains* Parlements (notons que dans l'ancienne jurisprudence, on était loin d'être unanime sur la solution de la question) déclaraient valables les ventes consenties par l'héritier apparent, et refusaient la revendication à l'héritier saisi contre les acquéreurs de bonne foi, en se fondant sur la loi 25, § 17 du titre *De hæreditatis petitione* à laquelle ils donnaient une fausse interprétation, d'accord avec les commentateurs anciens qui leur servaient ordinairement de pilotes dans l'exercice de leur ministère, est-ce qu'il résulte que nous devions suivre leur exemple aujourd'hui, quand les travaux modernes nous ont révélé que les lois romaines ont ici une tout autre signification que celle qu'on leur donnait autrefois? Il ne faut pas perdre de vue que, avant la naissance de

nos Codes, le droit romain était toujours, ou presque toujours, suivi dans les cas où les coutumes étaient muettes, et que la loi 25, § 17, précitée avait reçu une interprétation qu'on ne contestait même plus, ainsi que Merlin l'a établi dans sa dissertation sophistique qui a eu dans ces matières une si fâcheuse influence (1).

L'autorité des Parlements doit donc être mise de côté, sous le rapport qui nous occupe. D'ailleurs, ils avaient ce que nous n'avons plus maintenant. Ils exerçaient non-seulement *l'imperium juridictionis*, mais encore *l'imperium* législatif que le chef de l'Etat ne leur déniait pas dans les affaires purement civiles; tandis que le Code Napoléon ne reconnaît à la magistrature même la plus élevée, que le droit *d'interpréter* (Cod. Nap., art. 5), et non pas celui de *légiférer*.

207. — Enfin, la Cour suprême cherche à consolider sa théorie à l'aide d'un argument qu'elle tire *péniblement* de l'art. 1240 du Code Napoléon. Le voici.

« L'ancienne et la nouvelle jurisprudence ont cons-
« tamment admis que les débiteurs d'une succession
« se libèrent valablement entre les mains de l'héritier
« apparent. Or, si les paiements ainsi faits sont va-

(1) M. ETIENNE, en expliquant les lois 13, § 4, et 25, § 17, au Digeste *De hæred. petitione*, a relevé les erreurs de Merlin et des autres commentateurs du Code civil sur l'interprétation du droit romain en cette matière. Voy. *ses Institutes de Justinien*, traduites et expliquées, tom. I, pag. 579 et suivantes.

« lables, c'est parce que l'équité exige que celui qui se « libère avec une bonne foi fondée sur une erreur « invincible, ne puisse être contraint à payer deux « fois. Pourquoi, dès lors, ne maintiendrait-on pas « également les acquisitions faites avec une bonne foi » fondée aussi sur une erreur invincible?... »

Cet argument repose sur une analogie. Examinons-en la valeur.

Notons d'abord que le fait de recevoir un paiement ne constitue chez nous qu'un acte d'administration que l'héritier apparent qui administre provisoirement l'hérédité, semble pouvoir faire sans que l'on puisse en conclure qu'il ait nécessairement *le droit de libre disposition*.

Tout le monde sait que rien n'est souvent plus dangereux que de raisonner sur des analogies, et que la règle *ubi eadem ratio idem jus* est de celles qui demandent à être appliquées avec le plus grand discernement. On tient à son égard pour constant quelle n'est pas admise en matières *exceptionnelles*. Nos anciens auteurs notaient avec le plus grand soin qu'elle ne s'appliquait que dans les cas favorables, *in favorabilibus*, disait Tiraqueau.

Or, qui ne voit que l'art. 1240 du Code Napoléon est *une exception* à la règle générale qui veut que *celui qui est propriétaire d'une créance ait, seul, le droit d'en recevoir le montant et de décharger valablement le débi-*

teur (1)? Au cas de l'art. 1240, le possesseur de la créance, ici l'héritier apparent, peut contraindre le débiteur à payer ce qu'il doit à la succession si ce dernier ne prouve pas qu'il existe un autre héritier, légitime propriétaire de l'hérédité, et par conséquent de la créance à raison de laquelle il est poursuivi. Le débiteur assigné ou sommé de payer, ne peut se débarrasser de la demande de l'héritier apparent qu'en s'engageant dans un procès chanceux. Dès lors, la loi a dû venir à son secours et lui permettre de se libérer utilement entre les mains du possesseur *pro hærede*, sauf à l'héritier véritable à se débattre plus tard avec ce dernier quand il exercera l'action en pétition d'hérédité. Mais, comme le dit fort bien M. Mourlon (2), quelle nécessité y a-t-il que les tiers contractent avec un héritier apparent? S'ils éprouvent des doutes, qu'ils s'abstiennent! S'ils passent outre, qu'ils subissent les conséquences de la position qu'ils se sont faite volontairement.

Ainsi, il n'existe pas d'analogie sérieuse entre les deux cas. Un paiement auquel le débiteur ne saurait

(1) Le paiement *étant une aliénation* ne pouvait, en droit romain, se faire valablement par le débiteur du défunt à l'héritier apparent qui n'avait pas *le pouvoir d'aliéner*. Toutefois, la remise de la somme touchée faite par l'héritier apparent à l'héritier véritable qui s'en contentait, libérait complètement le débiteur. L'art. 1240 du Code Napoléon provient d'une fausse interprétation des lois romaines (Voy. L. 25, § 17, *in fine*, *De hæred. petit.*).

(2) *Répét. écrit.*, tom. II, pag. 81.

échapper, peut être déclaré valable à l'égard du légitime créancier (l'héritier saisi), lorsqu'il est fait de bonne foi au possesseur de la créance (l'héritier apparent), sans pour cela que la vente acceptée volontairement du possesseur de l'immeuble héréditaire doive nécessairement être déclarée valable au mépris des art. 2182, 1599, 1696 et 137 du Code Napoléon (1).

208. — Nous venons de raisonner d'un point de vue radical, sur la question que nous discutons. C'est ainsi, en effet, que la Cour de cassation se place pour résoudre le problème. C'est, du reste, avec toute raison ; car de deux choses l'une : ou la vente consentie par l'héritier apparent *est valable* et, alors, l'héritier saisi perd la revendication contre les tiers détenteurs, ou elle est *nulle* et, alors, la revendication existe à son profit tant que l'usucapion n'est pas un obstacle à son exercice.

Mais il ne faut pas croire que tous les jurisconsultes que l'on cite à l'appui du système consacré par la Cour suprême, partagent sa doctrine au fond des choses. Il existe au contraire, à notre connaissance, *quatre* manières différentes d'envisager la question :

Il y a d'abord : 1° Les deux systèmes extrêmes : celui

(1) M. DEMOLOMBE, tom. II, *Traité de l'absence*, n° 236, croit tirer de cet art. 1240 un puissant argument en faveur de son opinion. Nous pensons qu'il ne faut jamais étendre les exceptions d'un cas à un autre.

que nous défendons contre les attaques dont il est l'objet et celui de la Cour de cassation;

2° Et, ensuite, deux autres systèmes intermédiaires qui se rapprochent plus ou moins des deux extrêmes.

209. — *Le premier, qui est le nôtre*, admet sans difficulté *la nullité* des ventes d'immeubles faites par l'héritier apparent dans le temps intermédiaire, et par suite la revendication de l'héritier véritable contre les tiers détenteurs sans distinction tant que la prescription n'est pas acquise.

Il peut invoquer en sa faveur les noms des jurisconsultes ci-après : Lebrun (1), Mornac (2), Cochin (3),

(1) *Success.*, liv. III, chap. IV, n° 57. « Il est certain, dit-il, que l'héritier le « plus éloigné (celui qui s'est mis indûment en possession de l'hérédité) n'a pas « pu aliéner au préjudice du plus proche héritier. »

(2) Sur la loi 25, ff. *De hæredit. petit.* Il y admet la revendication contre l'acheteur qui n'a pas prescrit par dix ou vingt ans et il ajoute que cela se jugeait ainsi de son temps. *Quod judicat semper, de more, ordo amplissimus* (la conférence de l'ordre des avocats).

(3) Tom. VII de ses œuvres, pag. 417. « Quand l'héritier apparent vend un « bien de la succession, il ne transfère pas à l'acquéreur une propriété incom- « mutable. Il peut lui fournir un juste titre au moyen duquel l'acquéreur, étant « de bonne foi, puisse prescrire par dix ou vingt ans. Mais de prétendre que la « vente faite par l'héritier apparent ne laisse aucune ressource au véritable hé- « ritier qui réclame ses droits dans les dix ans, c'est ce qui *choque* directement « tous les principes *qui n'ont jamais souffert d'exception*, dans le cas d'une « succession recueillie par celui qui se croyait héritier et qui ne l'était pas. » On voit que l'ancienne jurisprudence française n'était pas aussi unanime que la Cour de cassation veut bien le dire. Au surplus, Toullier l'a prouvé sans réplique.

Grenier (1), Toullier (2), Proudhon (3), Marcadé (4), Duranton (5), Troplong (6); Mourlon (7), Bonjean (8), Boileux (9), Larombière (10). M. Valette l'enseigne à son cours.

210. — Cette opinion est partagée en principe par une série d'autres jurisconsultes qui ne l'admettent toutefois qu'avec une restriction qu'ils prétendent tirer de la loi 25, § 17, au Digeste *De hæredit. petit.*, à laquelle ils donnent un sens qu'elle ne saurait avoir dans notre droit, et qu'elle n'a même jamais eu *en droit romain*.

A cette catégorie appartiennent Merlin (11), Malpel (12), Dalloz (13), et plusieurs arrêts des cours souveraines (14)

(1) *Traité des hypothèques*, tom. I, pag. 101, nos 51 et 152.

(2) Tom. IV, n° 289, tom. VII, n° 31, et surtout *les additions* au tom. IX, pag. 541 et suiv., où se trouve sa réponse à Merlin.

(3) *De l'usufruit*, tom. III, n° 1319, à la note..

(4) Art. 137-IV.

(5) Tom. I, nos 552-579.

(6) *Hypothèques*, tom. II, n° 468, *Vente*, tom. II, n° 960.

(7) *Répét. écrit.*, tom. II, pag. 81.

(8) *Traité des actions*, § 281-II, à la note.

(9) Art. 1696, *in fine*.

(10) *Traité des obligations*, art. 1165, n° 25, tom. I.

(11) *Questions de droit*, *V° Héritier*, § 3.

(12) *Traité des successions*, n° 211 (dissertation).

(13) *V° Succession*, nos 548 et suiv.

(14) Poitiers, 10 avril 1832. Bordeaux, 14 avril 1832. Orléans, 27 mai 1836. Montpellier, 9 mai 1838. Ces arrêts sont rapportés par DALLOZ, *loc. citato*.

qui contiennent en cette matière la doctrine enseignée autrefois par Furgole de la manière suivante (1) :

« Ce qui a été fait par l'héritier apparent qui a aliéné « les biens héréditaires pendant sa jouissance, doit-il « subsister ? Il semble qu'on doive décider par la né- « gative, parce qu'il n'y a que le propriétaire incom- « mutable qui puisse aliéner irrévocablement : *Satis ab- « surdum est et irrationabile rem quam in suis bonis purè « non possidet, eam ad alium posse transferre* (L. 3, § 2, « Cod. *Communia de legat. et fideicommiss.*).

« Cependant il faut décider *pour la validité* des alié- « nations, suivant les lois 20, §§ 6, 12, 13, 15, 17, et « 25, § 17, ff. *De hæred. petit.* : lesquels textes veulent « que le vrai héritier qui demande une hérédité au « possesseur de bonne foi qui a fait des aliénations, ne « puisse prétendre que le prix de la chose aliénée dont « il a profité, sans pouvoir évincer l'acheteur lorsque « celui-ci a une action de garantie contre le vendeur. « Il est vrai que le président Faber, sur la loi 25, § 17, « *De hæred. petit.*, a cru qu'il fallait corriger ce texte (2). « Mais ces sortes de corrections ne doivent pas être « souffertes, et il faut s'en tenir au texte. »

Nous ne reconnaissons pas, en cet endroit, le sens juridique d'ordinaire *si exquis* de Furgole. Comment

(1) *Traité des testaments*, chap. x, sect, 2, n° 100.

(2) En lisant : *etsi* au lieu de *nisi*.

une chose qu'il reconnaît lui-même *absurde,* serait-elle consacrée par les textes qu'il invoque à l'appui de sa prétendue validité des ventes faites par l'héritier apparent, en ce sens qu'elles auraient chez nous la puissance de transférer la propriété à l'acheteur *à non domino?*.....

Comme on le voit, cette seconde opinion diffère de la première en ce qu'elle refuse la revendication à l'héritier saisi contre le tiers détenteur, dans le cas où l'éviction de ce tiers détenteur de bonne foi exposerait l'héritier apparent également de bonne foi à une condamnation en garantie supérieure à celle qu'il aurait eue à supporter s'il n'eût eu à se défendre que contre la demande en pétition d'hérédité directement intentée contre lui.

Dans cette théorie aussi bien que dans la nôtre, les ventes sont nulles en principe. Mais par une exception nuageuse tirée péniblement à l'aide d'une erreur d'interprétation de la loi 25, § 17, ff. *De hæred. petit.*, que l'on suppose gratuitement devoir s'appliquer encore dans notre droit avec le sens erroné que l'on y attache, la revendication de l'héritier véritable, c'est-à-dire du propriétaire de la chose litigieuse, n'est pas admise contre l'acheteur de bonne foi : si bien que cet acheteur ne pouvant être évincé, se trouve absolument dans la même position que s'il avait acquis la chose litigieuse du légitime propriétaire !.....

Nous répondons aux partisans de ce système que si les jurisconsultes précités avaient approfondi la théorie des exceptions, *ex personâ venditoris, ex personâ emptorum, quod præjudicium hæreditati non fiat,* pour se fixer sur le véritable sens de la loi 25, § 17, qu'ils invoquent comme leur donnant raison, ils ne se seraient pas égarés comme ils l'ont fait avec les cours souveraines que leur autorité a entraînées dans des voies de traverse anti-juridiques. Ils se seraient bien vite convaincus que dans cette loi célèbre qui a fait le tourment des anciens interprètes, il s'agit de savoir, non pas si la revendication sera refusée au légitime héritier contre l'acheteur de l'héritier apparent de bonne foi, avant l'usucapion accomplie (Ulpien aurait été bien étonné s'il avait pu prévoir que Furgole, Merlin et la Cour de cassation lui prêteraient une telle pensée) (1)....., mais bien uniquement de rechercher (ce qui est beaucoup plus délicat) s'il n'y aurait pas un moyen indirect de paralyser, au moins momentanément, l'action du revendiquant, en le renvoyant à faire juger préalablement la question préjudicielle de pétition d'hérédité, devant les centumvirs, avec l'héritier apparent qui a vendu et livré la chose héréditaire alors qu'il n'en était point propriétaire, lorsque cet

(1) Cela est si vrai que dans la loi 13, § 4, ff. *De hæred. petit.*, Ulpien lui-même donne une action en pétition d'hérédité utile universelle contre l'acheteur de l'hérédité, *ne singulis judiciis* (traduisez *revendicationibus) vexaretur.*

héritier apparent que l'on suppose de bonne foi et qui ne saurait en toute hypothèse être tenu de la pétition d'hérédité que jusqu'à concurrence de ce dont il s'est enrichi, *n'a rien à rendre sur le prix* que son acheteur ne lui a pas encore payé, et que cependant, dans l'espoir d'échapper à la garantie d'éviction, il vient *s'offrir* (par *l'oblatio liti)* au procès de la pétition d'hérédité, en prétendant, par exemple, que c'est lui qui est le véritable héritier et que le revendiquant ne l'est en aucune façon.

Voilà le problème à résoudre. Il doit se poser ainsi : L'héritier apparent *non encore devenu plus riche,* peut-il, oui ou non, défendre utilement à la pétition d'hérédité et opposer au légitime propriétaire revendiquant l'exception *quod præjudicium hæreditati non fiat inter actorem et eum qui venumdedit,* dont l'objet est de paralyser, *pendente lite,* l'action en revendication du véritable héritier, jusqu'à ce que le débat sur la qualité d'héritier ait été souverainement décidé ?.....

La raison de douter est que, dans le système romain, l'héritier apparent de bonne foi *(possessor pro hærede)* qui n'a pas profité des choses héréditaires, n'est pas tenu de la pétition d'hérédité, puisque nous savons que cette action ne procède utilement contre lui que quand son immixtion dans la succession *l'a enrichi* d'une manière quelconque, et jusqu'à concurrence seulement de ce dont il a été *enrichi (quatenùs locuple-*

tior factus est). Or, comme au cas particulier il n'a rien à rendre sur le prix qu'il n'a pas touché de son acheteur, il paraît difficile que *le prudent* puisse en faire un défendeur régulier à la pétition d'hérédité. Donc, en principe, la revendication doit suivre son cours contre l'acheteur qui détient la chose héréditaire, et l'exception *quod præjudicium,* etc., n'est pas proposable. On ne peut défendre à une action quelconque qu'autant qu'on y a un intérêt. Il ne saurait y avoir d'action sans intérêt.

Mais pourtant, se dit Ulpien, si la revendication est admise sans entraves possibles, l'acheteur évincé par le légitime héritier sera en droit d'exercer une action en recours contre son vendeur (l'héritier apparent de bonne foi), et celui-ci, malgré sa bonne foi, va se trouver condamné à lui payer, à raison de la garantie qu'il doit, une somme supérieure nécessairement à l'émolument qu'il aura retiré de son immixtion *in bonis defuncti*. puisqu'il n'en a encore retiré aucun !..... Et de cette manière, l'héritier apparent *qui putat se esse hæredem,* sera injustement *vexé* au moyen d'un biais, quand il ne saurait l'être directement par la pétition d'hérédité non recevable contre lui !..... Que faire? C'est très-délicat. Ulpien balance dans son entendement les raisons pour et contre ; puis, la lumière se faisant dans son esprit avec cette admirable sagacité qu'on ne rencontre que chez les jurisconsultes romains....., il finit

par trouver le moyen de sortir à son honneur de la difficulté. En conséquence, il décide qu'il *suffit* à l'héritier apparent qui a livré la chose héréditaire au tiers actionné en revendication par l'héritier véritable, de l'intérêt qu'il a d'éviter le recours en garantie de l'acheteur menacé d'une éviction imminente, pour lui faire jouer utilement le rôle de défendeur dans la pétition d'hérédité à introduire incidemment devant les centumvirs. De cette manière, les droits de tous seront convenablement garantis. Les intérêts en conflit auront toute la latitude possible de se débattre *rebus integris*, malgré l'instance en revendication au jugement de laquelle *le judex* surseoira, toutes choses restant en état, jusqu'à ce que les centumvirs se soient prononcés sur la pétition d'hérédité. Alors il arrivera de deux choses l'une. Ou l'héritier apparent gagnera son procès sur la pétition d'hérédité.....; dans cette hypothèse, l'acheteur ne sera pas évincé, et par conséquent le possesseur *pro hærede* échappera au recours en garantie que redoute Ulpien..... Ou l'héritier véritable triomphera de son adversaire devant le grand tribunal, et alors la condamnation qu'il y aura obtenue n'ayant pu comprendre le prix de la chose vendue que l'héritier apparent de bonne foi n'a pas touché, vu qu'il n'est tenu que *quatenùs locupletior factus est,* ne sera pas un obstacle à l'éviction de l'acheteur que *le judex* de la revendication prononcera en toute sûreté de cons-

cience, puisqu'il sera souverainement démontré par la sentence des centumvirs que le tiers détenteur a acquis *à non domino*, et qu'il n'a pas encore usucapé la chose héréditaire.

C'est ainsi que l'exception *quod præjudicium hæreditati non fiat,* etc..., dont Merlin a cependant entrevu l'importance pour l'interprétation du texte litigieux sans toutefois aller jusqu'au fond des choses, pouvait utilement s'opposer au cas dont il s'agit, quoique les vrais principes du droit civil semblaient devoir s'y opposer, lorsque l'héritier apparent *bonæ fidei, non locupletior factus*, et par conséquent affranchi de la pétition d'hérédité, venait pour éviter les conséquences d'un recours en garantie d'éviction, s'offrir par *l'oblatio liti* à jouer le rôle de défendeur dans la pétition d'hérédité devant *les centumvirs* qui étaient seuls compétents pour en connaître.

Mais il est bien entendu et hors de contestation que la revendication du légitime héritier se trouvait inévitablement repoussée, lorsque d'une manière ou d'une autre il avait ratifié la vente et la tradition consenties par *le possessor pro hærede*, *putà* en recevant de lui l'estimation ou le prix de la chose litigieuse (1).

Comme il est facile de le comprendre par tout ce

(1) Voy. M. Etienne, *loc. suprà citato*, et aussi l'excellente thèse de M. Grusse, sur *la pétition d'hérédité et sur la transcription*, pag. 14 et 15.

qui précède, il ne s'agit dans tout cela que de questions de hiérarchies judiciaires, que de sursis, que d'incidents de procédure qui ne touchent en rien au fond du droit de revendication appartenant toujours au légitime propriétaire contre les possesseurs quelconques, suivant la règle : *Nemo plus juris in alium transferre potest quàm ipse habet*. Il nous paraît donc certain que Furgole, Merlin et tous ceux qui les ont suivis dans la voie qu'ils ont indiquée se sont étrangement égarés lorsqu'ils ont déclaré *valables*, en droit français, les ventes faites par l'héritier apparent en s'appuyant sur la loi célèbre dont nous venons de donner le véritable sens. Les arguments ou plutôt les aveuglements qu'on s'est acharné à en tirer dans les systèmes contraires au nôtre, ne sauraient avoir aucune espèce d'influence sur la difficulté imaginaire et subversive de la propriété comme droit essentiellement *exclusif* que l'on n'a pas craint de soulever, *en droit français,* à l'occasion des ventes consenties par l'héritier apparent. Si la théorie romaine avait été mieux étudiée dans le principe, personne n'aurait jamais eu l'idée bizarre et absurde qu'un héritier légitime propriétaire en vertu de la saisine (art. 724) d'un immeuble provenant de son père, pût être privé du droit de le revendiquer entre les mains d'un acquéreur *à non domino* qui n'en a pas encore conquis la seigneurie par *l'usucapion*. Aussi la question qui vient

de nous occuper un instant paraît-elle définitivement résolue suivant le sens que nous indiquons, dans les cours de nos meilleurs professeurs et notamment dans celui de notre rectiligne M. Valette qui a cent fois raison contre M. Demolombe et contre tous ceux qui sont appelés à se laisser séduire par le délicieux mandataire *cum liberâ* du savant doyen de la faculté de Caen (1).

(1) En voyant M. DEMOLOMBE exposer avec sa netteté habituelle et l'érudition de bon aloi que nous lui connaissons, les précédents historiques ainsi que le déplorable état actuel de la question dans son *Traité de l'absence* (nos 234-258) et réfuter si victorieusement les étonnants motifs allégués par la Cour de cassation à l'appui de ses décisions cassantes sur la matière en litige, nous le comptions déjà avec un vif plaisir parmi les défenseurs du foyer domestique et de la propriété compromise par l'inadvertance et l'inattention de la jurisprudence. Dans notre esprit, il devait être le chef d'une nouvelle croisade à entreprendre contre les Sarrasins de la Terre-Sainte. Mais notre désenchantement a été grand, lorsqu'en arrivant à la fin de sa dissertation nous l'avons vu s'oublier au point de sacrifier en définitive à un débris de l'autel de la reine du jour qu'il venait de démolir lui-même d'une manière si remarquable et si brillante. M. DEMOLOMBE, tout en rejetant les raisons invoquées par la Cour suprême, prétend justifier sa conclusion en transportant dans notre droit, bien qu'il n'y ait pas de texte à cet égard, le mandat *cum liberâ* du procureur général *universorum bonorum* des Romains, ou de l'esclave et du fils de famille qui, comme on le sait, avaient le pouvoir d'aliéner *animo gerendi negotii* les choses faisant partie du patrimoine ou du pécule, pour en retirer une valeur équivalente *sans faire tort au propriétaire*. Mais cette idée est bien inadmissible dans notre législation, puisque la validité des ventes émanées de l'héritier apparent serait susceptible de porter préjudice au légitime propriétaire et qu'il est de principe chez nous que le mandat général d'administrer, à le supposer existant dans la plus large mesure possible au profit du possesseur *pro hærede*, ne contient jamais celui d'aliéner (Code Napoléon, art. 1988.) Les baux qu'il aurait faits devraient être réduits à la durée de ceux que peuvent consentir les administrateurs ordinaires, et on veut qu'il puisse user du droit de disposer souverainement des immeubles héréditaires!... Tout cela n'est évidemment pas soutenable. Aussi n'avons-nous trouvé dans l'ancienne jurisprudence qu'un seul auteur, Jean-Baptiste DENIZART (*Vo Héritier*, § 2, n° 16) qui ait émis une idée à peu près semblable à celle de M. DEMOLOMBE.

211. — Cette théorie, comme on le voit, valide les ventes faites par l'héritier apparent, mais à une condition *sinè quâ non*, c'est que le vendeur et l'acheteur auront tous deux été *de bonne foi* au moment de la convention, c'est-à-dire que l'un aura cru vendre sa chose et que l'autre aura cru acheter la chose du vendeur.

Elle a eu un assez grand nombre de partisans, surtout dans les Cours d'appels. La Cour suprême leur a répondu avec raison qu'on ne voit pas sur quoi pourrait se fonder cette distinction, quand *la bonne ou la mauvaise foi* du vendeur ne doit avoir aucune influence dans un débat qui se concentre entre les droits et les intérêts de l'héritier revendiquant et ceux de l'acheteur.

Il ne s'agit, en effet, au cas particulier que de la propriété aux prises avec une usurpation.

Nous répondons victorieusement dans notre système, que pour devenir *propriétaire* il faut non-seulement posséder en vertu d'un titre *translatif*, mais qu'il faut de plus établir que celui qui a voulu nous transférer le domaine en était lui-même investi (Cod. Nap., art. 2182), que *la bonne foi, à elle seule*, n'a jamais été et ne sera jamais *une manière d'acquérir* (Cod. Nap., art. 2265-711), et que le principe sur lequel repose la saisine des héritiers légitimes, fait tomber la solution donnée par les arrêts ci-après cités, tout aussi bien que

celle adoptée par la Cour de cassation qui les critique justement (1).

212. — *La troisième opinion* est celle de Zachariæ. Elle est approuvée par MM. Aubry et Rau, ses annotateurs. Voici comment elle est formulée dans *le très-excellent résumé dogmatique* du professeur de Heildelberg, si supérieurement commenté et développé par les savants professeurs de Strasbourg (2).

Les actes de disposition *à titre onéreux* sont valables à l'égard de l'héritier, abstraction faite de la bonne ou de la mauvaise foi du possesseur de l'hérédité. Ecoutons bien la restriction : « mais cela n'a lieu que « lorsque ce dernier se trouve être *parent* du défunt « au degré successible, qu'il a appréhendé l'hérédité « en cette qualité par suite de l'absence ou de l'inac- « tion des parents plus proches, que la possession pu- « blique et paisible de cette hérédité a dû le faire « *notoirement* considérer comme héritier, et que enfin, « les tiers avec lesquels il a traité *ont été de bonne foi.* »

Ainsi, d'après Zachariæ, les ventes faites par le possesseur *pro hærede* étranger à la famille, sont *nulles* dans tous les cas possibles et l'héritier véritable peut exercer la revendication contre les tiers détenteurs,

(1) Voy. Poitiers, 13 juin 1822. Paris, 12 avril 1823. Toulouse, 5 mars 1833. Limoges, 27 décembre 1833. Bordeaux, 24 décembre 1834. Bourges, 16 juin 1837. Toulouse, 21 décembre 1839. Rapportés par DALLOZ, *loc. cit.*

(2) § 616 5°, et la note 31. *Dissertation.*

tant que l'usucapion ne leur est pas juridiquement acquise.

Sous ce rapport, sa théorie se confond avec la nôtre. Toutefois, les motifs de décision ne sont pas les mêmes. Pour le professeur allemand, les ventes consenties par l'étranger usurpateur de la qualité d'héritier ne sont point *nulles* parce qu'elles émanent *à non domino*, mais uniquement parce que les tiers acquéreurs ne sauraient invoquer en leur faveur une *erreur invincible*.

En effet, ils n'ont dû traiter avec le possesseur *pro hærede* étranger à la famille, qu'après s'être enquis de sa vocation à l'hérédité. S'ils ne l'ont pas fait et s'ils ont traité à la légère sans contraindre le vendeur à leur justifier de sa qualité, ils ont une imprudence ou une faute à se reprocher et par conséquent la revendication doit pouvoir se donner contre eux sans que l'équité soit blessée.

Que si, au contraire, l'héritier apparent est un membre de la famille de l'un des degrés subséquents ou si le possesseur *pro hærede* est un successeur irrégulier que tout portait à faire croire comme étant *seul* investi de l'hérédité; dans cette dernière hypothèse, Zachariæ veut que les aliénations *à titre onéreux* (1)

(1) Ces expressions *à titre onéreux* sont de nature à faire penser que ZACHARIÆ regardait comme *nulles* les donations consenties par les héritiers apparents. Et cependant, si l'on reconnaît au possesseur *pro hærede* le droit et

consenties par cette espèce de successeur *putatif* soient déclarées valables, parce que les acheteurs n'ont pas eu les moyens que la prévoyance commune pouvait leur faire connaître pour *vaincre l'erreur* dans laquelle ils se sont trouvés en traitant avec un tel possesseur de l'hérédité.

Ainsi l'auteur très-justement estimé dont nous parlons, fonde son système sur des considérations tirées du brocard : *error communis facit jus*. Son idée qui ne repose du reste que sur une erreur de droit, est très-ingénieusement présentée, et si elle était admissible au point de vue de l'interprétation du Code Napoléon, elle serait de nature à concilier toutes les opinions divergentes. Chacune y trouverait son compte; chacune?... mais *non;* car la saisine héréditaire n'y trouverait pas le sien et voilà pourquoi nous avons fini par la repousser après l'avoir méditée.

213. — Toutefois, comme on prétend la justifier à l'aide d'un argument *à fortiori* que l'on tire de l'article 132 du Code Napoléon, nous allons réduire cet argument à sa juste valeur et démontrer que la raison invoquée est loin d'être décisive.

« L'absent qui revendique son propre patrimoine, « disent MM. Aubry et Rau, est obligé de le reprendre

le pouvoir de vendre, il faut bien aussi lui reconnaître la faculté *de donner*, puisque la donation n'est qu'une espèce du genre *aliénation* et que rien n'autorise, dans nos textes, à faire une distinction entre la vente et la donation.

« dans l'état où il se trouve : en d'autres termes, il n'a « pas le droit de faire révoquer les aliénations consen- « ties par les envoyés en possession définitive. Com- « ment, dès lors, serait-il possible de reconnaître un « pareil droit à l'absent venant réclamer l'hérédité « dont il a été écarté à raison de son absence (art. 136)? « L'art. 132 tranche donc virtuellement la question de « validité des ventes faites par l'héritier apparent pour « le cas d'absence et sa disposition peut être invoquée « *à fortiori* pour le cas où, quoique sur les lieux, le « parent plus proche a laissé des parents plus éloignés « s'emparer de l'hérédité à laquelle il se trouvait ap- « pelé. »

Nous répondons que cet argument, prétendu *à fortiori*, ne repose que sur une analogie trompeuse. En effet, de ce que la loi, après trente-cinq ans à partir du départ ou des dernières nouvelles de l'absent, a donné aux envoyés en possession définitive *le pouvoir d'aliéner* irrévocablement les immeubles qui lui appartiennent, parce qu'elle le considère comme *mort* et, par suite, les envoyés comme devenus propriétaires définitifs des biens à l'égard du public, est-ce que l'on peut conclure *à fortiori*, sans aucun texte, que l'héritier saisi qui vient faire valoir ses droits quelque temps après le décès, dans tous les cas avant moins de trente ans à partir de l'ouverture de la succession, doive être privé de la faculté que le droit commun lui garantit

de revendiquer *ses* immeubles partout où il les trouve? Evidemment, ces idées n'ont pas de rapports entre elles.

Que l'on suppose même existante l'analogie que l'on veut y trouver, est-ce que la loi n'aurait pas pu, afin que la propriété ne restât pas indéfiniment incertaine, limiter dans un cas particulier la règle de la revendication quand toutes les présomptions l'autorisaient à prendre des mesures définitives? Non-seulement elle l'aurait pu, mais elle a dû même agir comme elle l'a fait.

Loin donc d'être hostile à notre opinion, l'art. 132 du Code Napoléon vient lui prêter son appui, puisque c'est un principe *en droit* que *les exceptions confirment la règle*.

Mais il n'est pas nécessaire d'aller jusque-là et de voir dans l'art. 132 une exception à l'art. 137. Ces deux articles statuent pour des cas différents qui n'ont pas *d'analogie* entre eux.

Cet argument écarté, que reste-t-il en faveur du système développé par MM. Aubry et Rau? Une distinction qui ne repose sur rien entre des étrangers usurpateurs de la qualité d'héritier et d'autres étrangers à l'hérédité qui, quoique membres de la famille, ne doivent pas moins être considérés comme *tels* dès qu'en fait ils ne sont pas *utilement saisis*; une distinction que rien ne justifie entre des individus qui, par

rapport à l'héritier véritable et aux tiers acquéreurs, ne sont *propriétaires* ni les uns ni les autres et qui par conséquent se trouvent dans une position identique.

214. — *Le quatrième et dernier système* est celui de la Cour de cassation que nous avons réfuté plus haut. Ses partisans rejettent avec raison la théorie des Cours d'appel qui exigent *la bonne foi simultanée* de l'héritier apparent et de l'acheteur au moment de la vente.

Mais, comme nous l'avons établi, ce système nous paraît être en contradiction flagrante avec le principe fondamental de la saisine et de la transmission de la propriété entre vifs telle qu'elle existe en France par la combinaison des règles : *Le mort saisit le vif* et *nemo dat quod non habet,* ou *personne ne peut transmettre la propriété de ce qui ne lui appartient pas* (Cod. Nap., art. 724-2182).

Outre les arrêts de cassation précités (1), ce dernier système peut invoquer en sa faveur les noms de Chabot de L'Allier (2), de Belost-Jolimont (3), de Duvergier (4), de Fouet de Conflans (5), de Poujol (6) et de Taulier (7).

(1) *Suprà*, n° 302.
(2) Art. 756, n^os^ 13 et suiv.
(3) Observ. 4 sur le même article.
(4) *Traité de la vente*, tom. I, n° 225.
(5) Art. 724, n° 7.
(6) Art. 756-757, n° 10.
(7) Tom. III, pag. 211.

215. — L'auteur *de la Théorie raisonnée* du Code civil, nous concède bien que notre manière de voir a pour elle les textes de la loi. C'est un aveu dont nous prenons acte et qui a certainement son mérite, puisque si la loi a parlé en notre faveur il n'y a plus à raisonner. Mais il n'existe pas, selon lui, de règles sans exceptions ; il n'y a pas de généralités qui ne fléchissent devant les spécialités. En conséquence, il trouve un caractère *exceptionnel* dans les aliénations faites par l'héritier apparent et, se rangeant quant au résultat définitif à la doctrine enseignée à la Cour de cassation, par d'autres motifs toutefois que ceux invoqués par elle, il établit sa prétendue exception *sans texte* sur une base qui, il faut le reconnaître, serait bien inébranlable si elle était vraiment fondée, puisque à l'en croire, cette base aurait ses racines *dans les entrailles mêmes de la société!...* abstraction faite, sans doute, des entrailles de la propriété, sans laquelle la société ne saurait subsister !... Le tout appuyé de considérations qui pourront être pesées un jour lors de la révision du Code Napoléon, mais qui n'ont rien à faire dans la discussion de la question au point de vue de l'interprétation qu'il s'agit de donner à ses dispositions.

216. — Voilà à quoi nous réduisons ce célèbre procès qui soulève encore tant de tempêtes dans les tribunaux, malgré la jurisprudence de la Cour régula-

trice. Si les serviteurs de Thémis, au lieu de s'égarer dans des chemins de traverse, ne consultaient que leur bon sens naturel, ils ne poseraient pas même la question ! Mais ce serait trop simple et trop naïf, et alors on discute pour conclure en définitive *à l'erreur,* malgré les notions élémentaires de la science et de la raison !... Un jour, les voies de la jurisprudence seront redressées en cette matière. En attendant, passons à un autre point de doctrine qui nous paraît présenter bien plus de difficultés que celui que nous venons d'examiner.

217. — *La publicienne* existe-t-elle encore sous le Code Napoléon? *Espèce :* le défunt avait acquis des immeubles avec juste titre et bonne foi *à non domino* (1), il est décédé sans avoir conquis la propriété par l'usucapion qui n'était qu'en cours d'exécution au moment de l'ouverture de sa succession (art. 2265). Un étranger s'est mis en possession de l'un des immeubles de l'hérédité *cum animo sibi habendi,* et il en a acquis la possession juridique depuis plus d'une année. Il a vendu ensuite l'immeuble litigieux à un acheteur de bonne foi. Tout-à-coup l'héritier véritable se présente, et il vient intenter la revendication contre l'acheteur

(1) L. 1, ff. *De publi. in rem act.* M. PELLAT, pag. 445 à 449, pense que les mots *à non domino* qu'on y lit, ont été ajoutés au VI^e^ siècle, et que l'édit était conçu de la manière suivante : *Si quis in quod bonâ fide emit, vel id quod traditur ex justâ causâ, et nondùm usucaptum, judicium dabo.*

qui, sans contester sa qualité d'héritier, allègue pour repousser l'action qui le menace d'éviction que le demandeur doit avant tout prouver son droit à la propriété de la chose revendiquée; que, dans l'espèce, le défunt étant mort sans être encore propriétaire et son représentant légal ayant perdu la possession faute de l'avoir reconquise en temps utile, doit être déclaré non recevable dans sa demande. Le tiers détenteur doit-il triompher dans son exception?...

Chez les Romains, le demandeur dont il s'agit était admis à la revendication lorsque le défunt avait été de bonne foi, si la tradition de la chose lui avait été faite *ex justâ causâ,* c'est-à-dire avec l'intention translative *d'une part,* et l'intention acquisitive *de l'autre,* et si la chose qui lui avait été livrée ainsi était susceptible d'être usucapée. On considérait, par une fiction, l'usucapion comme accomplie quoiqu'elle ne l'était pas encore, et, à l'aide de cet ingénieux mécanisme de la législation, le revendiquant *(ici, l'héritier véritable)* profitait par anticipation de tous les avantages attachés à l'usucapion réellement acquise. Gaïus nous a fait connaître la formule de cette espèce particulière de revendication que l'on nommait la *publicienne* du nom du préteur *Publicius* qui l'avait inventée (1).

(1) La publicienne ne différait de la revendication que sous le rapport de sa base et de la preuve qu'elle exigeait. Tout ce qui concernait la responsabilité

Le Code Napoléon et le Code de procédure sont muets sur le point de savoir si cette action existe encore aujourd'hui. Cette lacune est très-regrettable ; car, *d'une part,* la publicienne reposait sur un motif d'équité très-satisfaisant, et, *d'autre part,* elle donnait le moyen désirable d'atteindre utilement l'usurpateur *de mauvaise foi*, tout en respectant les droits du légitime propriétaire et du possesseur primitif *de bonne foi* qui ayait eu le malheur de se laisser ravir la possession. Il lui suffisait de prouver qu'il avait acquis la possession *ex justâ causâ*.

La question qui nous occupe a donc la plus haute importance, et nous nous expliquons difficilement comment elle n'a pas attiré plus spécialement l'attention de nos interprètes du Code Napoléon. Comme nous ne voulons pas encourir le reproche que Cujas adressait aux élèves de Barthole, nous allons tenter une solution sur ce point scabreux de notre législation.

218. — *Ancienne jurisprudence française.* — La *publicienne* paraît avoir été admise par nos anciens, sans contestation. Pothier raisonne en cette matière comme si le doute était impossible (1). Cela se comprend très-bien, à une époque où les textes du droit

du dol, de la faute, de la demeure, de la restitution des fruits, le remboursedes impenses, avait lieu dans la publicienne comme dans la revendication. Voy. M. PELLAT sur la loi 7, § 8, *De publicianâ in rem act.*, pag. 504.

(1) *Traité du domaine de propriété*, nos 292 et suiv.

romain avaient encore, le plus souvent, une autorité législative sur les points non réglés par les coutumes.

M. Bugnet, dans ses notes sur Pothier, ne paraît pas non plus mettre en question l'existence actuelle de cette action, puisque d'après lui, « *elle remplace dans* « *notre droit, plus souvent que ne le croient les praticiens,* « *la véritable revendication* (1). »

On conçoit, en effet, que si la publicienne existe encore, les actions réelles en délaissement seront plus souvent des *publiciennes* que des *revendications* proprement dites, par une conséquence du système qui régit la transmission de la propriété en France. Car, nous ne pouvons guère prouver que nous sommes, *dans le sens rigoureux du mot*, propriétaires des héritages que nous possédons. Nous sommes bien plutôt *des possesseurs de bonne foi* que *de véritables propriétaires,* puisqu'il n'y a que *l'occupation,* dans quelques cas très-rares, et l'usucapion juridiquement acquise, qui puissent nous assurer complètement le domaine des choses de nos patrimoines. Sous le Code Napoléon on devient très-difficilement propriétaire incommutable d'un immeuble.

Mais cette théorie enseignée par M. Bugnet, suppose résolue par l'affirmative la question, à notre sens fort délicate, que nous posons à nos lecteurs. Or, sur ce

(1) Bugnet sur Pothier, *loc. cit.* à la note.

point, nous ne voyons rien, soit dans les auteurs, soit dans la jurisprudence qui soit de nature à nous satisfaire. Il faut donc chercher une solution dans les lumières de la raison et dans la combinaison des textes qui peuvent avoir trait à la matière.

219. — Les partisans du maintien de *la publicienne* dans notre droit actuel peuvent tenir ce langage :

« L'ancienne jurisprudence française a conservé « cette action. Cela est indubitable. Rien n'est de na- « ture à faire penser que le législateur de 1804 ait « voulu la proscrire. La loi abrogatoire du 30 ventôse « an XII ne saurait ici recevoir son application, puis- « que la matière n'a pas été réglée par le Code. Donc, « les anciens principes sont restés en vigueur sous ce « rapport. Cette manière de voir doit être acceptée « avec d'autant plus d'empressement que la raison « d'équité qui formait la base de la *publicienne* n'a pas « cessé d'être. Ce serait souvent réduire le possesseur « avec juste titre et bonne foi à l'impuissance et même « à l'impossible, que d'exiger de lui qu'il prouvât sa « propriété régulièrement établie pour être admis à « revendiquer les biens qu'il a possédés avec la con- « science d'un véritable propriétaire, et dont on lui a « ravi la possession légale par une jouissance annale. « Notre législateur qui se distingue surtout par son « caractère équitable, n'a pu vouloir rétrograder vers « *l'ipsum jus* primitif des Romains, alors que nos

« maîtres en législation avaient eux-mêmes senti la « nécessité de créer une revendication particulière, « pour le cas qui nous occupe, en sus de la *rei vin-* « *dicatio*.

« Est-il, d'ailleurs, bien exact de dire qu'il n'existe « aucun texte dans nos Codes qui reproduise cette ac- « tion ? L'art. 2262 du Code Napoléon n'a-t-il pas, au « contraire, conservé les actions anciennes, sans tou- « tefois les définir, en disposant *que les actions réelles* « *et personnelles se prescrivent par trente ans?* Or, « parmi les actions anciennes, se trouvait certainement « *la publicienne :* donc, elle existe encore aujourd'hui. »

Ce raisonnement mérite assurément toute l'attention des magistrats appelés à se prononcer sur la question.

220. — Les partisans de l'abrogation implicite de la publicienne appuient leur opinion sur le silence du Code, et sur les effets de l'acquisition de la possession, tels qu'ils sont réglés par la théorie des actions possessoires.

C'est ce dernier système que nous embrassons avec certaines restrictions. Nous pensons que la publicienne n'existe plus comme action *sui generis,* parce que une institution ancienne non reproduite dans une législation qui a eu pour objet de réglementer le droit civil à nouveau, ne saurait se suppléer par le raisonnement.

Toutefois, ce motif quelque sérieux qu'il soit, quand il s'agit d'une institution aussi importante que *la pu-*

blicienne, ne nous semble pas suffisant pour faire rejeter *absolument* toutes les conséquences équitables de cette action abrogée par voie de prétérition, dans les cas où le magistrat pourrait, sans grave inconvénient et sans violer la loi, se décider d'après les circonstances.

221. — Ainsi, nous croyons que la revendication étant, dans notre droit, une action *de bonne foi,* en ce sens que l'office du juge y est bien plus étendu que dans *les actions réelles* des Romains, est admissible toutes les fois que les tribunaux peuvent raisonnablement, par appréciation des faits et des titres, décider que le demandeur a *suffisamment* prouvé, autant que possible, son droit de propriété, et que, souverains appréciateurs des circonstances, ils doivent être d'autant plus portés à considérer cette preuve comme *suffisante,* même lorsqu'elle laisserait quelque chose à désirer, que le défendeur se trouve être d'une bonne foi plus ou moins équivoque.

Mais nous n'oserions aller jusqu'à dire que *la publicienne* existe encore avec toutes ses conséquences spéciales, que, par exemple, le demandeur qui avouerait *qu'il n'est pas propriétaire* ou qui serait jugé *ne l'être pas,* ne devrait pas moins être admis à revendiquer la chose litigieuse, comme étant censé l'avoir usucapée, quoique le temps prescrit pour l'acquisition *ex lege* ne serait pas encore révolu, ou serait inter-

rompu avec préjudice pour le possesseur de bonne foi, par la perte annale de sa possession, dans le temps intermédiaire. Il faudrait, pour aller jusque-là, des textes qui n'existent plus.

C'est en cela que notre opinion diffère de la première qui nous paraît trop absolue et aller outre l'esprit des textes qui nous gouvernent. La loi n'établit nulle part que nous puissions avoir, en France, une position intermédiaire participant tout à la fois de celle d'un propriétaire et de celle d'un possesseur, sans que nous puissons cependant nous dire ou *propriétaires* ou *possesseurs*. Nous ne pouvons être que, *ou propriétaires ou possesseurs*, puisque la loi ne reconnaît pas de milieu entre ces deux qualités.

Sur quoi d'ailleurs le juge pourrait-il se fonder pour s'arroger le pouvoir assurément exorbitant qui ne saurait appartenir qu'au législateur, de faciliter au demandeur par une remise en possession contraire aux prescriptions de la loi sur les actions possessoires, les moyens de prescrire par un délai plus court que celui fixé par le titre des prescriptions, la propriété d'autrui, alors qu'il aurait perdu cette possession par sa négligence, et qu'elle aurait été juridiquement acquise à son détriment, par le possesseur annal ?...

222. — Mais, dira-t-on, on n'est jamais sûr que le réclamant est *propriétaire*, et il faut bien lui donner un moyen efficace de récupérer sa possession

perdue, quand il croit l'être avec juste titre et bonne foi ?.....

Je réponds que ce moyen légal existe dans la complainte possessoire et que c'est à lui à veiller à ses intérêts. S'il a commis la faute de laisser le terme fatal assigné à la complainte s'écouler sans avoir réclamé la possession, c'est son fait et il ne doit s'en prendre qu'à lui-même du préjudice qu'il finit par supporter.

Quant à la considération que, dans notre droit, on n'est jamais sûr que le réclamant soit propriétaire, elle est indifférente à la solution du problème ; car, chez les Romains aussi, on ne pouvait guère plus que chez nous, même avec les formes solennelles *de la mancipation* et de la cession *in jure* (1), avoir cette certitude. C'est même pour cela, qu'ils avaient introduit l'usage de *la publicienne* en sus de la *rei vindicatio*. La question n'est donc pas où on la pose, elle est seulement là où nous la plaçons. Et nous la résumons de la manière suivante : *Tant et si longtemps qu'un texte législatif ne viendra pas décider que le revendiquant reconnu ou avoué n'être pas propriétaire, doit triompher contre le possesseur de fait, parce qu'il était, lui revendiquant, en cours d'usucapion : tant, dis-je, qu'un texte ne vien-*

(1) Dans les modes d'acquérir *dérivés*, l'acquéreur ne pouvait toujours obtenir que les droits qu'avait eus son auteur. Sans l'usucapion, il eût été par trop difficile de faire preuve de la propriété régulière dans la revendication : de là, la *publicienne*. Voy. L. 20, ff. *De acquir. rer. domin.*

dra pas consacrer formellement ce système, nous serons autorisés à dire que la publicienne n'existe plus.

Ainsi, dans l'espèce ci-dessus posée, l'héritier saisi perd la revendication contre l'acheteur possesseur actuel. Il n'a que la pétition d'hérédité contre l'héritier apparent qui a vendu l'immeuble dont il s'agit, et, si cet héritier apparent est devenu insolvable au point de ne pouvoir restituer le prix de la vente qu'il a faite, l'héritier véritable perd tous les avantages qu'il aurait pu retirer de la possession que le défunt lui a transmise avec juste titre et bonne foi.

Nous avons vu précédemment qu'il n'en est pas de même lorsque la pétition d'hérédité est mise en exercice contre le possesseur *pro hœrede* qui est encore détenteur de la chose héréditaire.

223. — *De la revendication des meubles de la succession.* — Tout le monde sait qu'une modification très-importante a été apportée par le Code Napoléon à la suite des idées nouvelles qui s'étaient déjà introduites en France, aux principes du droit romain en cette matière. Dans notre législation *les meubles ne se revendiquent pas*, si ce n'est dans quelques cas particuliers (Cod. Nap., art. 2279. Comp. L. 1, § 1, ff. *De rei vind.*).

Comme cette règle aurait besoin d'être étudiée avec soin, et comme une étude sur cet article nous entraînerait hors de notre sujet et nous mettrait dans la

nécessité de réfuter les doctrines de Toullier (1), critiquées avec raison par M. Troplong (2), nous nous contenterons de résumer les conséquences du système de la loi tel que nous le comprenons tant à l'égard des immeubles qu'à l'égard des meubles, sans nous arrêter à développer la théorie qui régit l'acquisition de cette dernière espèce de biens.

224. — *Résumé du système.* — L'héritier saisi peut exercer la revendication des biens particuliers de la succession :

1° Contre le possesseur *d'un immeuble* à titre singulier, *putà pro emptore, pro donato, pro legato*, etc..., *de mauvaise foi* pendant trente ans (art. 2262) ;

2° Contre le possesseur de bonne foi avec juste titre, tant que l'usucapion ne lui est pas acquise, c'est à-dire pendant dix ou vingt ans (art. 2265) ;

3° Contre le possesseur même de bonne foi, d'une créance qui lui aurait été cédée par l'héritier apparent, pendant trente ans (3) ;

4° Contre le possesseur qui a trouvé une chose mobilière *perdue,* et contre le voleur qui a soustrait soit comme auteur, soit comme complice, quelque meuble

(1) *Traité du contrat de mariage,* tom. XIV, n° 116 et suiv.

(2) Sur l'art. 2279, *Traité des prescriptions.*

(3) L'art. 2279 ne s'applique pas aux créances. On pourrait même se demander si une créance est susceptible d'une prescription acquisitive; et il nous semble que rien dans nos Codes n'autorise l'usucapion des créances.

pendant trente ans. L'art. 2279 ne profite qu'au tiers acquéreur *de bonne foi* (1);

5° Contre le possesseur *pro emptore* qui a acquis même de bonne foi, la chose perdue ou volée pendant trois ans (art. 2279.) Dans cette hypothèse le revendiquant lui rembourse ce qu'elle a coûté, au cas particulier de l'art. 2280;

6° Contre l'héritier apparent qui a cessé *par dol* de posséder soit les meubles, soit les fruits produits par les immeubles, pendant trente ans. *Pro possessione dolus est* (2);

7° Et contre tous les complices du dol de l'héritier apparent, qui détiennent des objets dépendant de la succession, pendant trente ans (3).

225. -- *Au contraire,* l'héritier ne peut exercer la revendicatiou des choses héréditaires :

1° Contre le possesseur avec juste titre et bonne foi d'un ou de plusieurs immeubles pris individuellement, lorsqu'il les a possédés utilement pendant dix ou vingt ans (art. 2265);

2° Contre le possesseur annal avec juste titre et

(1) Voy. Dijon, 28 novembre 1856. DEVILL., 1857, II-223. Bordeaux, 3 janvier 1859. DEVILL., 1859, II-452. Aix, 17 mai 1859. DEVILL., 1859, II-621.

(2) Dans notre droit, c'est plutôt un cas d'application de l'art. 1382 qu'une revendication.

(3) C'est un cas de *pétition d'hérédité* plutôt qu'une *revendication* proprement dite, si le demandeur agit à la fois contre ses deux adversaires.

bonne foi d'un immeuble provenant du défunt, lorsque l'héritier véritable avoue, ou qu'il est reconnu que cet immeuble n'était pas la propriété du *de cujus* quoiqu'il le possédât avec juste titre et bonne foi (1);

3° Contre le possesseur *pro suo* qui possède de bonne foi les meubles corporels pris individuellement à titre d'achat, de don, d'échange ou de gage, lors même que son titre émanerait *à non domino* (art. 2279). Une exception à ce principe résulte de l'art. 2102 1°, en faveur du propriétaire créancier gagiste d'un locataire ou d'un fermier qui a déplacé les meubles garnissant les lieux loués, sans son consentement;

4° Enfin, tout détenteur des biens héréditaires même depuis moins de dix, vingt ou trente ans, peut faire déclarer le revendiquant non recevable dans sa demande, faute par lui de justifier *de sa qualité d'héritier acceptée utilement dans les trente ans de l'ouverture de la succession* (2).

226. — Il est bien entendu que ce que nous venons de dire ne se réfère qu'au cas de la revendication de choses *particulières*, et non pas à la pétition d'hérédité qui dure toujours trente ans. Comme l'art. 2279 ne s'applique pas aux universalités des meubles, l'héri-

(1) *Suprà*, nos 217 et suiv.

(2) *Suprà*, tom. II, n° 87 4°, et les arrêts cités, tom. I, à la note du n° 102.

tier véritable pourrait toujours exercer la revendication du *mobilier comme universalité* pendant trente ans, même contre un acquéreur de bonne foi. La règle de l'art. 2279 demande à être entendue avec beaucoup de discernement. Elle ne signifie pas simplement, comme on le soutient à tort dans les tribunaux, que le possesseur d'un meuble est présumé propriétaire jusqu'à preuve contraire. C'est une grave erreur des praticiens, contre laquelle on ne saurait trop se prémunir.

227. — Il est inutile que nous nous arrêtions à traiter ici des prestations personnelles que les parties peuvent avoir à se réclamer réciproquement. Nous nous en sommes occupé dans l'exposition des principes qui régissent la pétition d'hérédité. Le Code Napoléon n'a pas reproduit les légères différences qui pouvaient exister à Rome sous ce rapport, entre la pétition d'hérédité et la revendication, de sorte que les règles sont aujourd'hui les mêmes dans l'une et l'autre action, en ce qui touche les restitutions de fruits et les prestations personnelles que les parties peuvent se devoir (1).

228. — *Méthode.* — Ici se termine notre exposition

(1) *Suprà*, nos 157 et suiv. Voy. POTHIER, *Traité du droit de propriété*, nos 334 à 342 et 343 à 353, pour la restitution des fruits et les prestations *accessoires à la revendication*.

proprement dite du droit de succession. Il nous reste maintenant, pour accomplir la tâche que nous nous sommes imposée, à traiter *du partage et de la succession aux biens*. Les deux études que nous consacrons à ces matières, peuvent à la rigueur se concevoir détachées de ce qui précède. Toutefois, elles sont nécessaires pour compléter l'exposition du système aux prises avec les faits.

FIN DE LA CINQUIÈME ÉTUDE.

ÉTUDE VI

DU PARTAGE ET DE SES SUITES.

229. — Méthode. -— Après avoir traité successivement de la saisine héréditaire, des événements qui la rendent inopérante, des régimes de confusion et de séparation collective, des effets de l'hérédité acquise et des moyens sanctionnateurs du droit de succession, nous passons au partage de l'hérédité déférée à plusieurs héritiers.

Mais avant d'exposer la théorie du Code Napoléon en cette matière, il est nécessaire que nous déblayons d'abord le terrain des événements juridiques et des opérations qui sont les préliminaires du partage.

Nous diviserons cette étude en dix chapitres :

Le premier sera consacré *à la notion* de l'indivision entre les héritiers.....;

Le second, à celle du partage provisionnel.....;

Dans *le troisième*, nous traiterons du partage définitif en général, de ceux qui ont le droit d'y prendre part et de ceux qui peuvent en être écartés.....;

Dans *le quatrième*, du partage et de la licitation amiables.....;

Dans *le cinquième,* du partage et de la licitation judiciaires.....;

Dans *le sixième*, de la forme du partage et de la licitation.....;

Dans *le septième,* des rapports en nature et en moins prenant.....;

Dans *le huitième,* du droit que la loi accorde aux créanciers de s'opposer et d'intervenir au partage.....;

Dans *le neuvième*, des effets du partage et de la garantie des lots.....;

Et dans *le dixième* et dernier, de la rescision du partage.

Ainsi divisée, cette sixième étude formera un traité du partage des biens indivis, c'est-à-dire de la matière la plus importante au point de vue pratique du titre 1^er^ du livre III du Code civil.

CHAPITRE Ier

De l'indivision et de ses effets.

230. — *Des causes de l'indivision. — Méthode.* — Si l'héritier est unique, il est clair qu'il occupe à lui seul activement et passivement la place que le défunt occupait avant sa mort, puisque son auteur se continue dans sa personne... Il n'est pas moins clair, s'il y a plusieurs héritiers, qu'ils occupent cette place *à eux tous*.

Cela posé, nous devons rechercher au cas de concours de plusieurs héritiers, ce que chacun d'eux acquiert activement et passivement. Chacun succède-t-il pour le tout ou seulement pour partie? En principe, chacun des ayants-droits n'acquiert l'universalité juridique qu'en proportion *de sa part héréditaire, pro parte hæreditariâ* (1). Mais, comme cette division idéale ne peut recevoir en réalité son application immédiate qu'à l'égard de certains biens que la loi divise de plein droit (Cod. Nap., art. 1220), toutes les autres choses

(1) Cependant il y a quelque chose *d'indivisible* dans la saisine héréditaire sous certains rapports. En cas de renonciation de l'un des successibles, les autres acquièrent sa part *potiùs jure non decrescendi quàm accrescendi*. Voy. Zachariæ-Aubry et Rau, tom. V, § 609.

composant le patrimoine héréditaire restent pendant un temps plus ou moins long, à partir du décès, dans le *statu quo* qui prend alors le nom *d'indivision, d'état d'indivision ou de communauté.* Cet état d'indivision transitoire de sa nature, appelle une opération subséquente qui est... *le partage*, à moins cependant que les co-héritiers n'aiment mieux vivre en promiscuité d'intérêts, ce qui n'arrive du reste que très-rarement, car l'expérience a depuis longtemps condamné la communauté. Elle va même jusqu'à soutenir avec raison contre les idéologues et utopistes modernes, que si la communauté, outre les autres inconvénients qu'elle entraîne toujours à sa suite, produit quelquefois des penseurs très-capables de prêcher *le droit au travail* ou plutôt *le droit de ne rien faire,* il lui arrive très-rarement de produire *de véritables travailleurs* appliqués à bien faire. « *Quod multorum commune est,* a dit « l'esprit le plus fortement trempé des temps anciens, « *in eo minùs adhibetur diligentiæ. De propriis enim* « *maximè curant homines, communia tanquàm alio cu-* « *rante, ab aliis negliguntur* (1). »

(1) ARISTOTE, II. *Polit.*, III. Voilà pourquoi les bons pères de famille n'engagent jamais leurs intérêts dans les sociétés autres que celles *anonymes*, à moins d'en être eux-mêmes *les administrateurs*. Il n'est pas rare de voir surtout dans les sociétés en commandite, *des masses noires* (en langage de palais), malgré toutes les précautions que la loi a prises pour en extirper les abus. De plus, *communio discordias solet excitare* (PAPINIEN, L. 77, § 20 ff. *De legat).*

Nous diviserons ce chapitre en deux sections. *Dans la première,* nous traiterons de *la notion de l'indivision,* et des choses qui en sont ou non susceptibles. *Dans la seconde,* nous nous occuperons des effets de cet événement juridique.

SECTION Ire.

Notion de l'indivision et des choses qui n'en sont pas susceptibles.

SOMMAIRE.

231. — Notion de l'indivision.
232. — Suite.
233. — Les créances et les dettes *divisibles* ne sont pas indivises.
234. — Motifs du principe de la division. La séparation des patrimoines des art. 2111 et 2113 du Code Napoléon que nous appelons *la confusion restreinte*, ne fait pas exception à la règle de l'art. 1220.

---

231. — *Notion de l'indivision.* — En principe, la propriété est un droit essentiellement exclusif : ce qui appartient à l'un ne saurait appartenir à un autre (1).

(1) Cod. Nap., art. 544. La loi du 23 mars 1855 semble pourtant reconnaître une propriété *relative*.

Il est donc impossible de comprendre que plusieurs personnes puissent jamais être, en même temps, propriétaires, chacune de leur côté, d'une chose entière. Mais il est bien évident que rien ne s'oppose à ce que plusieurs personnes puissent avoir ensemble la propriété de cette chose pour des parts égales ou inégales. Réunies, elles forment alors à elles toutes, *un propriétaire exclusif, unius loco habentur :* ce qui n'empêche pas chacune d'elles d'être *propriétaire* de la portion idéale qui lui appartient dans la chose commune.

Ce rapport juridique qui existe souvent entre plusieurs personnes et une même chose, s'appelle *condominium, co-propriété*. Les Romains qui n'exprimaient pas leurs idées dans le langage spiritualiste moderne, et qui, par suite, ne désignaient jamais le *droit de propriété* que par la chose corporelle qui en était l'objet, disaient : *fundus quem cum alio communem habet.... plures rem pro indiviso possident* (1). Aujourd'hui, nous appelons le rapport dont il s'agit : *Droit de co-propriété sur une chose indivise.*

Cet événement juridique se produit, tantôt comme une conséquence de l'existence d'une société, soit universelle, soit particulière, et tantôt sans même qu'il y ait eu société conventionnelle. Dans cette dernière

(1) Voy. notamment L. 4, § 6. L. 7, ff. *Finium regund.* L. 8, ff. *De rei vindicatione.* L. 5, ff. *De stip. servo.* L. 25, ff. *De verbor. significatione.*

hypothèse, c'est *la chose* et *non le consentement* qui fait tomber les co-propriétaires en promiscuité d'intérêts. *Cum hærede non contrahimus*, dit la loi romaine, *sed incidimus in eum* (1). On sent que c'est à cette dernière hypothèse qu'il ne faut pas confondre avec les sociétés que l'indivision qui nous occupe, appartient (2).

(1) Voy. à cet égard, L. 25, § 16, ff. *Famil. erciscundæ*. L. 2, ff. *Comm. divid*. L. 1, § 1, LL. 2, 52, § 8, ff. *Pro socio*, et à cet égard, ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, tom. II, § 221.

(2) On tient généralement pour constant que les sociétés commerciales constituent *des personnes juridiques*. L'indivision dont il est ici question, n'y commence à exister réellement entre les associés qu'à partir de la dissolution. Jusque-là, c'est l'être collectif ou moral qui est propriétaire des choses qui en dépendent, et ce sont ses gérants qui parlent pour lui dans les procès qu'il peut avoir à soutenir contre les tiers. Cette théorie se base principalement sur la nature de ces sociétés, et sur les art. 50, 59 et 60, § 6 du Code de procédure civile. Chose remarquable, on ne veut pas qu'il en soit de même *dans les sociétés civiles conventionnelles*, malgré l'identité de raison et d'analogie qui devrait y faire admettre les mêmes principes. La Cour suprême tout en professant que les sociétés civiles forment des *êtres collectifs ou des personnes morales* comme les sociétés commerciales, prétend cependant que leurs administrateurs n'ont pas le pouvoir, comme les gérants des sociétés de commerce, comme les maires des communes, comme les syndics de faillite, comme les hommes mariés en communauté, d'agir pour elles dans les procès qui les intéressent. Si nous en croyons ses arrêts, les sociétés civiles ne seraient pas à proprement parler *des personnes morales*, mais simplement des réunions d'individus ayant des intérêts semblables et des biens communs, agissant ensemble et de concert, tout en conservant, *constante societate*, leurs personnalités distinctes : de telle sorte que, dans les affaires où ces sociétés se trouvent mêlées, il y a nécessité par leurs adversaires, sans qu'ils en retirent le moindre avantage, d'appeler des quatre points cardinaux de la France, tous les associés en cause ! Et cette étonnante théorie se fonde, dit-on, sur ce que *nul en France, ne plaide par procureur*, excepté le *Roi* : ce qui signifie que pour intenter ou soutenir une action judiciaire, il faut être en nom dans l'instance. Nous avouons pour notre compte que cela dépasse notre intelligence, et que nous ne voyons pas en quoi une société civile, *comme être collectif*, ne saurait être valablement représen-

Il y a sans doute entre la communauté et la société proprement dite des points de rapprochement qui engendrent des devoirs et des obligations semblables, mais ce n'est pas un motif suffisant pour confondre les deux événements juridiques. Dans les sociétés on s'associe pour faire et partager des bénéfices à résulter d'une chose mise en commun. En entrant en société, on efface son individualité propre dans l'intérêt social. Dans les communautés qui nous occupent, au contraire, on se trouve réunis *par la chose même,* et chacun des communistes y conserve son indépendance particulière. Les sociétaires agissent *ut universi*, les co-héritiers *indivis, ut singuli*. Voilà ce qu'il ne faut jamais perdre de vue, et nous ne nous expliquons pas comment la Cour de cassation méconnaît ce principe à l'égard *des sociétés civiles* qui constituent des personnes morales, quoique avec des obligations différentes sous le rapport de la solidarité, tout aussi bien que *les sociétés commerciales* (1).

tée devant la justice par ses agents ou par ses administrateurs. Comment concevoir que tous les associés puissent conserver leurs personnalités dans un événement juridique qui a précisément pour objet d'effacer toutes les individualités en les absorbant dans un être collectif et moral? Jamais les art. 50, 59 et 60 du Code de procédure n'ont voulu l'impossible. Aussi la jurisprudence de la Cour n'est-elle suivie en pratique que dans les cas où elle est praticable. Voy. Cass., 8 novembre 1836. DEVILL., 1836, I-811. Cass., 26 mai 1841. DEVILL, 1841, I-483. Mais voy. la dissertation de M. DUVERGIER *dans son Traité du contrat de société*, n^os^ 371 et suiv., et en sens divers, tous les auteurs et arrêts cités par MM. AUBRY et RAU sur ZACHARIÆ, tom. I, § 54 et note 14.

(1) Voy. ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, tom. I, § 54, note 15.

232. — Lorsque la succession est déférée à plusieurs héritiers, chacun d'eux acquiert par l'effet de la saisine légale (art. 724), *le droit réel (jus in re)* tel que l'avait le défunt sur toutes les choses héréditaires. Ce droit, universel par nature, ne porte pas exclusivement sur telle ou telle chose déterminée. Il s'exerce, au contraire, tout à la fois sur toutes les choses de l'hérédité, et sur toutes les molécules de chaque chose : *est totum in totâ, et totum in quâlibet parte*. Ce caractère de solidarité inhérent à la co-propriété, ne peut cesser que par une assignation de parts ou par un *cantonnement* soit conventionnel, soit judiciaire, du droit de chacun des communistes sur une portion de la chose commune.

Tel est le principe qui domine tout ce qui est susceptible d'indivision. Or, tous les droits héréditaires qui ont pour objet *immédiat* une chose corporelle, sont, par nature, susceptibles d'être possédés en commun par plusieurs co-héritiers.

233. — Mais si les choses corporelles et les droits réels *(jura in re)* sont susceptibles d'indivision, il existe d'autres valeurs héréditaires qui portent en elles un caractère de divisibilité tel que leur nature même échappe à l'idée d'une véritable communauté : d'où il suit que par cela seul qu'elles sont échues à plusieurs, elles se trouvent partagées, *de plano,* suivant les droits de chacun. Ce sont les *jura ad rem* et les *officia perso-*

narum in alias personas qui y correspondent, c'est-à-dire les *créances et les dettes*. On sent, dès lors, que n'étant pas susceptibles d'indivision, elles ne peuvent être comprises *comme choses indivises* dans l'action en partage (1).

Voyons la raison de cette différence.

« Elle se trouve, dit Alban d'Hauthuille (2), dans la nature même des droits réels et personnels. Le droit réel a pour objet *immédiat* une chose, le droit personnel s'adresse tout d'abord à un individu. S'il a également une chose pour objet, ce ne peut être que *médiatement*, et par la contrainte qu'il impose à cet individu de la livrer. De là il résulte que l'on ne peut concevoir de division d'un droit réel, par exemple d'un droit de propriété, que par la division de la chose qui en est l'objet, soit par une assignation de parts, soit par des cantonnements sur différentes portions ; tandis que pour la division du droit personnel, il n'est nullement besoin d'une assignation de parts sur la chose qui en est l'objet *médiat et éloigné*. Il suffit que l'obligation personnelle qui est elle-même l'objet *immédiat*, soit divisée et que le débiteur ne puisse être forcé par chacun des créanciers qu'à lui délivrer une partie de

(1) In hoc judicium *(familiæ erciscundæ)* nomina non veniunt. L. 2, § 5. L. 4, ff. *Familiæ erciscundæ*. Comparez Cod. Nap., art. 1220.

(2) *Essai sur le droit d'accroissement*, pag. 49. Voy. aussi sur le principe de la division LAROMBIÈRE, *Théorie des obligations*, art. 1220, nos 1 et suiv.

la chose. Or, cette obligation est divisée *de plein droit*, sitôt qu'il y a plusieurs créanciers. Car rien n'est si divisible que l'action personnelle et l'obligation qui y correspond, rien n'est si simple que de demander la moitié, le tiers, le quart de ce qu'on aurait demandé par l'action entière, rien n'est si simple que de devoir payer la moitié, le tiers, le quart de ce qu'on aurait dû par l'obligation pour le tout.

« En un mot, de ce que la chose est l'objet *immédiat* du droit réel et *médiat* seulement du droit personnel, il s'ensuit qu'elle ne se divise entre les co-propriétaires que par une assignation de parts faites entre eux, et qu'elle se divise, au contraire, entre les co-créanciers, par cela seul que le débiteur ne peut être forcé par chacun d'eux qu'à un paiement partiel.

« Ainsi, la solidarité est *de droit commun* entre co-propriétaires indivis, et elle ne cesse que par l'assignation de parts, tandis qu'elle est *de droit exceptionnel* entre co-créanciers à l'égard desquels elle ne peut exister qu'autant que le débiteur est soumis à payer la totalité au premier réclamant. »

Rendons cela sensible par un exemple : *le droit réel* de propriété sur une chose *(jus in re)* et le droit personnel *(jus ad rem)* qui tend à se faire délivrer cette même chose, ont en définitive le même objet, mais l'un *immédiatement* et l'autre *médiatement*. Cependant, si le droit de propriété appartient en même temps à

deux personnes, il faudra une assignation de parts pour que chacun puisse exercer son droit indépendamment de l'autre, puisque le *jus in re*, c'est-à-dire le *jus ne alius impediat quominùs commodum herus ex re capiat* de l'un, est nécessairement paralysé dans son exercice par le *jus in re* semblable de l'autre...; tandis que si l'action *ad rem* obvient à deux co-héritiers, chacun d'eux aura sans avoir besoin de faire un partage, le droit d'en demander la moitié au débiteur, à moins toutefois que l'obligation ne soit indivisible par nature ou d'une prestation partielle impossible : auxquels cas, la division légale n'a pas lieu (Cod. Nap., art. 1221), puisque la loi ne saurait diviser, *de plano*, ce qui est ou ce qu'elle considère comme étant *indivisible* dans l'exécution (Cod. Nap., art. 1217-1218).

Concluons donc que *les droits réels* demeurent indivis et solidaires jusqu'à assignation de parts, et que les droits personnels sont au contraire, en général, divisés de plein droit dès le principe; que, par conséquent, dès qu'une créance existe au profit de plusieurs personnes, les parts sont immédiatement faites et que chacun se trouve exclusivement maître de la sienne; que, toutefois, ces principes souffrent exception, dans les cas où il résulte de la nature même de l'obligation ou du sens que les parties ont attaché à la convention, une indivisibilité reconnue par la loi comme pouvant

faire obstacle à un paiement partiel (Cod. Nap., article 1217-1218) (1).

Telles sont les bases de la théorie fort ancienne de la division des créances et des dettes : cette théorie ayant été reproduite en termes exprès, en ce qui touche les héritiers, par l'art. 1220 du Code Napoléon, il en résulte évidemment que les actions personnelles les *jura ad rem*, ne restent pas à l'ouverture de la succession dans le *statu quo* comme les autres biens de l'hérédité et que, par conséquent, d'une créance ou d'une dette unique dans l'origine il se forme au moment même du décès autant de créances et autant de dettes distinctes qu'il y a d'héritiers, quelles que soient les conventions particulières de partages attributifs qui pourraient plus tard intervenir entre eux à l'égard de ces espèces de choses incorporelles (2).

234. — En s'assimilant cette théorie qui était déjà en vigueur dans la loi *des XII Tables*, les auteurs du Code Napoléon ont fait pencher la balance, au cas particulier, du côté *de la famille* dont les intérêts ont prévalu à leurs yeux sur ceux *du public* ou des créanciers qui désireraient que les héritiers fussent tenus *solidairement* des dettes de leur auteur.

(1) Sur *la notion* des obligations divisibles et indivisibles, voy. ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, tom. III, § 301.

(2) Nous verrons plus tard si cette théorie doit souffrir des limitations : notamment dans les rapports *en moins prenant* comme on le prétend.

Comme ce système de division, *de plein droit*, des créances et des dettes était susceptible de porter préjudice aux créanciers héréditaires et comme il pouvait arriver assez souvent que le patrimoine du défunt ne payât pas ses dettes mêmes inférieures à l'actif après l'adition d'hérédité, en cas d'insolvabilité de l'un ou de plusieurs des héritiers, les fondateurs de la science offrirent aux créanciers un moyen fort ingénieux de se soustraire aux conséquences du principe. Ils le trouvèrent dans l'organisation de *la separatio bonorum*, institution par laquelle les créanciers *se retiraient de la personne des héritiers pour s'en tenir à la personne du défunt* qu'ils faisaient revivre par leur demande.

Ce moyen de tempérer en faveur des créanciers, les conséquences de la division des créances et des dettes, existe-t-il encore aujourd'hui? *Quidam putant* (1), *at ego non*. La séparation des patrimoines nous paraît impossible dans une législation qui *ne sépare pas les créanciers du défunt de la personne des héritiers*, et dès lors, la prétendue séparation des patrimoines du Code Napoléon n'est et ne peut être qu'un système de *confusion restreinte*, accompagné d'un privilége ordinaire

(1) Voy. LAROMBIÈRE, art. 1220, n° 4. La presque généralité de nos interprètes conserve encore la séparation des patrimoines *de nom*. Mais ils l'ont transformée en une cause de préférence entre créanciers d'un débiteur unique, puisque dans leur prétendu système *de séparation*, les créanciers du défunt ne cessent pas d'être les créanciers de l'héritier et qu'ils sont admis à concourir sur le patrimoine de ce dernier avec ses propres créanciers.

réservé au profit des créanciers du défunt (Cod. Nap., art. 2111-2113) (1). Concluons que ce système, à la différence de celui qui était pratiqué à Rome dans les *missiones servandi causâ*, ne porte aucune atteinte à la division des dettes entre co-héritiers (2). Voilà pourquoi l'art. 1221 a gardé le silence à cet égard et n'a pas fait d'exception au principe, lorsque la succession est soumise au régime de la *confusion restreinte* (Cod. Nap., art. 2111-2113).

SECTION II.

Des effets de l'indivision.

SOMMAIRE.

235. — Du *jus prohibendi* et des moyens de le faire cesser.

236. — De sa durée. Tempéraments que la science y apporte.

237. — Des effets du *jus prohibendi*.

238. — Le contrat de bail tombe sous son empire.

239. — Un propriétaire indivis n'a pas le droit d'exiger que la chose commune soit affermée à des tiers, il n'a que le droit de demander le partage.

(1) *Suprà*, tom. II, nos 488 et suiv.

(2) *Suprà*, tom. II, n° 130.

240. — Objection faite au système. Réponse.

241. — Le droit de chasse ne peut être loué sans le consentement de tous les communistes.

242. — De la règle *in re communi melior est causa prohibentis*.

243. — Exceptions à la règle. 1° Pour les réparations nécessaires.

244. — 2° *Quid*, des dépenses utiles?

245. — 3° *Quid*, des dépenses très-utiles, assimilables à la nécessité?

246. — Autres effets de l'indivision. Compte des fruits par l'administrateur.

247. — Du cas de l'art. 2205.

248. — Du cas des art. 460 et 1686.

249. — Du cas de l'art. 1408.

250. — Du cas de l'art. 1558.

251. — Du cas de l'art. 709.

252. — Du cas de l'art. 2231.

253. — Le communiste peut faire reconnaître son droit indivis contre les tiers détenteurs. Il n'est pas tenu de communiquer à ses co-héritiers le bénéfice d'une cession ou du retrait successoral.

---

235. — Tous les co-propriétaires ayant chacun une part idéale dans la chose indivise, il est évident que l'un d'eux ne peut rien faire qui serait de nature à porter préjudice aux autres; de là: 1° *le droit d'empêcher*, *jus prohibendi;* 2° et comme contrepoids ou

remède du *jus prohibendi*, le droit appartenant aussi à chacun de le faire cesser au moyen d'un partage ou d'une licitation qui en tient lieu (art. 815-883).

236. — Tant que dure l'indivision, *ce droit d'empêcher* existe en principe avec toutes ses conséquences; car la propriété indivise est bien moins un droit actif qu'un droit *de veto,* puisque le droit de l'un des communistes y est sous beaucoup de rapports paralysé dans son exercice par le droit parallèle des autres (1). Mais comme cette théorie appliquée strictement conduirait souvent à des résultats inadmissibles en pratique, comme la propriété indivise si elle était indéfiniment entravée par le *jus prohibendi* pourrait devenir improductive et finirait même par se perdre, faute d'entente cordiale entre des co-intéressés peu disposés à faire des dépenses, lors même qu'elles seraient nécessaires, il a paru équitable aux fondateurs de la science de limiter le principe sous plusieurs rapports. En conséquence, la loi et, à sa suite, la jurisprudence des tribunaux durent légitimer certains actes d'administration émanés même d'un seul des communistes, soit en supposant un accord tacite entre tous les intéressés, soit en validant certaines opérations dont les

(1) « Cependant chaque co-propriétaire jouit, en ce qui concerne sa part idéale, des droits inhérents à la propriété qui sont compatibles avec la nature purement intellectuelle de cette part; et il peut les exercer sans le consentement de ses consorts. » ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, § 221 1°, tom. I.

co-propriétaires inactifs ne sauraient refuser la ratification sans malice (1).

Cela posé, voyons les effets *du jus prohibendi*. Nous examinerons ensuite les limitations que souffre ce principe, pour terminer ce chapitre par la nomenclature des effets spéciaux attachés à l'indivision.

237. — *Des effets du jus prohibendi.* — De ce que les co-propriétaires par indivis ont *le droit d'empêcher* qu'il soit fait par l'un d'eux quelque chose de contraire à leur intérêt particulier, tel qu'ils l'entendent relativement à la chose commune, il résulte :

1° Que chacun d'eux peut s'opposer aux innovations, lors même qu'elles seraient reconnues avantageuses et agréées par tous les autres (Cod. Nap., art. 1859 4°), à moins cependant que ces innovations ne soient jugées indispensables à *la conservation* de la chose indivise ou ne rentrent dans l'objet sainement interprété que se sont proposé les parties. En matière de servitudes d'indivision, la jurisprudence admet quelques

(1) Voy. à cet égard Instit. de Just., *De oblig. quasi ex contractu*, § 3. En allant au fond des choses on voit que dans ces matières chacun des communistes n'est pas, à proprement parler, obligé par un contrat *(ex contractu)* puisqu'il ne contracte pas expressément d'obligations envers ses co-propriétaires ; mais la loi suppose que ce contrat existe sous certains rapports et, en conséquence, chacun des co-propriétaires indivis se trouve tenu personnellement envers ses co-associés *quasi ex contractu*, comme s'il était intervenu entre eux tous un véritable contrat. Ces sortes d'obligations sont comprises tantôt dans l'action *familiæ erciscundæ*, tantôt dans l'action *communi dividundo;* tantôt l'exécution en est garantie par l'action *negotiorum gestorum*.

tempéraments à l'application rigoureuse du principe (1) ;

2° Que l'un des co-propriétaires ne peut élever des constructions sur le terrain commun sans le consentement exprès ou tacite de tous les autres co-propriétaires (2). En effet, il bâtirait sur l'immeuble d'autrui en même temps que sur le sien propre, puisque ses co-propriétaires ont une part idéale dans chaque molécule du fonds indivis. Ces derniers seraient donc admis à demander la suppression des travaux à ses frais et la remise de la chose commune dans son état originaire : le tout sans préjudice des dommages et intérêts suivant les circonstances, à moins qu'ils n'aimassent mieux retenir les constructions pour le profit commun en remboursant au constructeur ce qu'il aurait déboursé (Cod. Nap., art. 555).

Toutefois nous pensons que le communiste qui aurait élevé des constructions sur la chose commune, pourrait pour éviter la démolition, provoquer le partage de la chose indivise et que les tribunaux auraient la faculté de surseoir à l'enlèvement des ouvrages jusqu'après le tirage des lots au sort, puisque par l'événement, il est possible que l'immeuble se trouve dans

(1) *Infrà*, nos 380 et suiv.

(2) Voy. L. 27, pro., ff. *De negot. gest.* M. DEMANGEAT (tom. II, pages 362-363), pense cependant que ce texte n'est qu'une exception et que les dépenses *utiles doivent être allouées*.

celui du constructeur et que, par conséquent, ce dernier aura bâti sur un fonds dont il sera réputé avoir été propriétaire exclusif, *ab initio*, d'après l'art. 883 du Code Napoléon;

3° Que l'un des communistes ne peut vendre, hypothéquer ou grever de servitudes la chose commune sans le consentement exprès des autres communistes. En effet, ils ne forment, à eux tous, qu'un *propriétaire*, et le propriétaire seul a le droit et la capacité nécessaires pour se livrer à ces sortes d'opérations qui dérivent du droit de disposer.

Mais comme le co-propriétaire indivis qui a aliéné ou démembré la chose commune, sans le concours régulier de ses co-intéressés, est propriétaire d'une part idéale dans cette chose, et comme cette part, d'après les principes particuliers *de notre droit français* (art. 883), peut, suivant l'événement du partage ou de la licitation, se traduire pour lui par une propriété intégrale de la chose aussi complètement que si elle lui avait été, *ab initio*, transmise exclusivement et directement par le défunt, les ventes ou constitutions d'hypothèques et de servitudes ne sont nulles qu'autant que la chose vendue ou grevée de droits réels ne tombe pas dans le lot de celui qui s'est livré à ces sortes d'opérations. Il ne faut pas perdre de vue que si le co-propriétaire indivis n'est pas véritablement le maître souverain de la chose indivise, il peut le devenir un jour, suivant

la règle que nos coutumiers formulaient de la manière suivante : *qui rem pro indiviso possidet, non est dominus incommutabilis, sed dominus ad tempus, donec hæreditatis divisio facta sit.*

Ainsi, la validité ou l'invalidité des aliénations totales ou fractionnaires consenties par l'un des communistes, *medio tempore,* est subordonnée à l'événement du partage ou de la licitation. On sent en effet que dans un système sous lequel les droits des copropriétaires sont résolus *ex tunc* par l'effet du partage, l'aliénateur ne peut être considéré que comme ayant été, *ab initio*, seul propriétaire exclusif de la chose ci-devant indivise si elle vient à tomber dans son lot, et que par conséquent il n'aura pu violer par son opération, tout irrégulière qu'elle paraissait être dans le principe, *le jus prohibendi* de ses co-intéressés, puisque ce *jus prohibendi* est censé n'avoir jamais existé, de même que ces derniers sont censés n'avoir pu porter atteinte au *jus in re* résultant en faveur de l'aliénateur, du droit intégral de propriété qu'il est réputé avoir acquis directement du défunt (1).

(1) Voy. sur la notion *du jus in re*, l'extrait fait par M. BLONDEAU du savant travail de DUROI, *Thémis*, tom. VIII, 2e partie, pag. 1 et suiv. Voy. aussi, *en droit romain,* les commentaires de DONEAU, sur la loi 5 au Code, liv. IV, tit. LII, *De communium rerum alienatione*, tom. VIII de ses œuvres, pag. 1125-1126. Les principes romains n'étaient pas les mêmes que ceux qui nous régissent aujourd'hui en matière de partage, *quant à ses effets. En droit français*, ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, tom. II, § 221 2°.

238. — Le contrat de bail tombe également sous l'empire du *jus prohibendi*. Un bail passé par l'un des co-propriétaires ne serait pas obligatoire pour ceux qui n'y auraient pas concouru. Le bail est une aliénation temporaire de la jouissance (1). On sent, dès lors qu'il ne peut être valablement consenti que par *le propriétaire,* c'est-à-dire, ici, par la réunion de tous les co-propriétaires indivis. Aucun texte de nos lois ne donne à l'un des communistes le pouvoir de louer valablement la chose commune, au mépris du *jus prohibendi* de ses co-intéressés. Dans la matière qui nous occupe, il faut toujours en revenir à ce brocard des lois romaines : *In pari causâ, melior est causa prohibentis* (2).

239. — C'est par suite de cette règle qu'il a été jugé que le co-propriétaire d'un objet indivis ne pouvait exiger que cet objet fût affermé à des tiers et qu'il n'avait que le droit d'en demander le partage ou la licitation ; de sorte qu'il est vrai de dire que aucune mesure d'administration, si ce n'est toutefois celles qui

(1) On peut soutenir que, sous certains rapports, il confère un *jus in re* au preneur (Cod. Nap., art. 1743). Voy. sur cette grave question *de la nature du droit du preneur*, M. JOZON, *Revue pratique*, tom. XX, pag. 358 et suiv.

(2) *Quod omnes similiter tangit, ab omnibus comprobetur.* Voy. L. 5 au Code *De auctoritate præstendâ.* TROPLONG, *Louage*, n° 100. MERLIN, *Questions de droit*, *V° Location*, § 1. DEMOLOMBE, *Success.*, tom. III, n° 484.

sont indispensables pour *la conservation et l'entretien de la chose,* ne doit être ordonnée par la justice, lorsque la chose indivise est susceptible d'être partagée ou licitée (1).

Il est inutile de faire remarquer qu'un bail consenti par l'un des communistes tant pour lui que pour ses co-intéressés n'est pas *nul,* si ces derniers ratifient l'opération, car la ratification équivaut au mandat (2).

240. — Mais, dira-t-on, avec un système absolu comme celui que vous proposez, les co-propriétaires d'une chose indivise sont réduits à l'impuissance, et il semble que l'intérêt public s'oppose à ce qu'il puisse être admis comme étant celui de la loi?...

La réponse est que les droits de chacun des communistes doivent être respectés. S'ils ne sont pas d'accord sur les baux à faire, sur les conditions à y insérer ou sur le choix des locataires, rien ne les empêche de liciter entre eux la jouissance pour tout le temps que dure l'indivision. Dans cette hypothèse, celui d'entre eux qui reste adjudicataire tire pour le profit commun,

(1) Voy. à cet égard, Toulouse, 29 juillet 1820, et Lyon, 19 février 1841 (*Palais*, tom. I, 1841, pag. 677).

(2) On présume facilement que ce que fait l'un des co-héritiers dans l'intérêt de la succession, a lieu en vertu du mandat tacite *de la gestion d'affaires*. Ces sortes de questions se jugent d'après les circonstances. Il faut bien que la succession soit administrée, *medio tempore*, par quelqu'un.

Voy. DUCAURROY, BONNIER et ROUSTAIN sur l'art. 841, tom. II, n° 683, note 2.

en payant à tous le prix de la licitation, le parti qu'il juge convenable de tirer de la chose commune suivant le cahier des charges et les clauses de l'enchère.

241. — La cession, la location du droit de chasse ou même la simple autorisation de chasser donnée à un étranger par l'un des co-propriétaires, sans le consentement exprès ou tacite des autres, sont également nulles comme émanées *à non domino :* de telle sorte que le cessionnaire ou le permissionnaire qui en userait, commettrait un délit répressible par la juridiction correctionnelle. En effet, une telle cession ou une telle autorisation porte atteinte *au jus prohibendi* des co-propriétaires opposants. Du reste, les communistes peuvent aussi s'entendre pour liciter le droit de chasse. Le bénéfice que l'on peut en tirer est parfois considérable. C'est un produit du fonds commun, sans en être un fruit, et il a toujours une valeur quelconque, si minime qu'elle soit. Mais tant et si longtemps que la licitation n'a pas lieu du consentement de tous les intéressés, le locataire ou le permissionnaire de notre espèce qui se livrerait à la chasse sur la chose commune, commettrait un délit comme chassant sur le terrain d'autrui, puisque les co-propriétaires que nous supposons opposants ont un *jus in re* dans chaque molécule de la chose indivise, et que, par conséquent, le chasseur dont il s'agit, ne peut placer son pied sur la partie du terrain qui lui est valablement louée par l'un

des communistes, sans le placer en même temps sur celle des autres qui ne lui ont rien affermé (1).

242. — Nous ne pousserons pas plus loin l'examen des questions particulières. Il suffit de répéter que dans les cas divers qui peuvent se présenter, le magistrat ne doit jamais perdre de vue le principe fondamental en cette matière, que les lois romaines formulaient de la manière suivante : *in re communi melior est causa prohibentis* (2). Le droit d'un co-propriétaire d'une chose commune se borne à en jouir conformément à sa destination, et à la charge de ne pas empêcher ses communistes d'en user comme lui, suivant leurs droits.

Sans doute les inconvénients de l'indivision ne sont pas contestables (3) et il serait bien à désirer que l'on pût prendre des mesures efficaces pour les faire cesser, sans être toujours dans la nécessité de recourir au remède extrême de la licitation ou du partage. Mais comme ces inconvénients naissent du conflit de plusieurs intérêts égaux et parallèles, la loi est impuissante là où elle ne peut ordonner ou autoriser des mesures quelconques au profit de l'un des commu-

(1) Un cessionnaire du droit de chasse de l'un des communistes ne pourrait-il pas du chef de son cédant échapper à l'action des autres, en provoquant le partage suivant l'art. 1166 ? Oui. Il y aurait lieu de surseoir jusqu'après le partage. Il peut n'y avoir pas eu délit suivant l'événement du tirage des lots au sort (art. 883-724).

(2) L. 28, ff. *Communi dividundo*.

(3) Voy. notamment DONEAU, *Com. de jure civili*, lib. IX, cap. XI, n° 5.

nistes sans en même temps porter atteinte aux droits légitimes des autres.

Il est cependant une espèce particulière de communauté dont nous aurons à nous occuper plus tard et dans laquelle la faculté de réglementer le mode de jouissance, pendant l'indivision, appartient aux tribunaux si nous en croyons la jurisprudence de la Cour de cassation et M. Demolombe (1); c'est la communauté connue en doctrine sous le nom de *servitude d'indivision :* l'immeuble qui s'y trouve soumis n'étant pas susceptible de partage.

Cela posé nous avons à voir maintenant les limitations que le *jus prohibendi* peut raisonnablement supporter.

243. — *Des exceptions à la règle, in re communi melior est causa prohibentis.* — Quoique le droit de chacun des communistes consiste surtout *à empêcher*, il est cependant certains cas dans lesquels la nécessité ou une grande utilité exigent que la règle soit quelque peu limitée.

Ainsi 1° chacun des co-propriétaires peut judiciairement contraindre ses co-intéressés à faire avec lui les réparations *urgentes* et *nécessaires*, puisque tous doivent bien évidemment contribuer aux dépenses indispen-

(1) Voy. *infrà*, n° 380. DEMOLOMBE, *Traité des servitudes*, tom. II n^os^ 425 à 444.

sables à la conservation et à l'entretien de la chose commune (1).

Si ces réparations ont été faites par l'un des communistes sans opposition de la part des autres, ces derniers sont censés les avoir autorisées *ab initio,* et ils sont obligés à en rembourser proportionnellement le montant avec intérêts au taux légal à partir du jour des avances (2).

244. — 2° Que décider si l'un des co-propriétaires indivis a fait sans l'assentiment des autres, mais toutefois sans opposition formelle de leur part, des dépenses *utiles* dont le résultat est inséparable du fonds commun?...

En principe, les dépenses *simplement utiles* doivent rester à la charge personnelle de celui qui les a faites; car ses co-propriétaires ne sont pas censés lui avoir donné le mandat de les faire et on ne saurait dire, dans cette hypothèse comme dans celle des dépenses *nécessaires,* qu'ils se sont obligés *quasi ex contractu* à les rembourser.

Cependant, si elles avaient donné une plus-value évidente à la chose indivise, comme personne ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui, il y aurait lieu de lui en

(1) Cod. Nap., art. 1859 3°. CAPPEAU, *Lois rurales*, tom. I, pag. 488. Les communistes peuvent s'affranchir de cette obligation en renonçant à leurs droits dans la chose commune. ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, tom. II, § 221 4°.

(2) Arg. des art. 1859 1° et 2001 du Code Napoléon.

tenir compte, mais seulement jusqu'à concurrence de ce dont la chose serait devenue plus précieuse. On ne saurait ce nous semble, traiter le co-propriétaire de cette espèce plus sévèrement qu'un *prædo*. Or nous avons vu plus haut que le *prædo* lui-même a droit à la plus-value qu'il a donnée à l'immeuble dans certaines limites.

245. — 3° Comme il y a une grande utilité assimilable à la nécessité à ce que les terres ne restent pas en friche, les co-propriétaires indivis sont censés s'être donné le mandat réciproque de faire à cet égard les actes de simple administration demandés par la chose commune (Cod. Nap., art. 1859 1°).

Ainsi chacun des co-propriétaires peut, dans le cas d'inaction de ses co-intéressés, cultiver les terres, les ensemencer, récolter les fruits, les engranger et les vendre pour en tenir compte à qui de droit.

Toutefois les choses ne peuvent encore se passer de cette manière qu'autant qu'il n'y a pas *d'opposition formelle* de la part des autres communistes ; car chacun d'eux a le droit de s'opposer à toute espèce d'opération avant qu'elle ne soit conclue (Cod. Nap., article 1859 1°, *in fine*). S'il y a opposition ou divergence formelle soit sur le mode de culture, soit sur le mode de vente des fruits récoltés ou à récolter, il y a nécessité de recourir à la justice pour partager ou pour liciter le fonds commun et la jouissance.

246. — *Autres effets de l'indivision.* — Outre les effets de l'indivision dont nous venons de parler et qui résultent de la règle *in re communi melior est causa prohibentis,* il en est encore d'autres qui doivent aussi appeler notre attention :

1° C'est ainsi que chaque communiste doit faire à ses co-intéressés raison de tout ce qu'il a pu tirer de la chose commune : ce qui comprend notamment les fruits perçus par lui sans qu'il y ait eu jouissance des autres. Mais on sent que si la jouissance a été exploitée en commun, les parties ne se doivent aucun compte. La présomption est que chacun a joui de la chose indivise suivant l'étendue de ses droits et que les profits communs ont été régulièrement répartis. C'est donc à celui qui prétend le contraire à le prouver (1).

247. — 2° Un autre effet de l'indivision ressort de l'art. 2205 du Code Napoléon, d'après lequel la part idéale revenant à chaque co-héritier dans la succession indivise, ne peut être saisie ni vendue par ses créanciers personnels avant le partage ou la licitation qui en tient lieu et qu'ils ont le droit de provoquer comme exerçant les actions de leur débiteur (Cod. Nap., art. 1166).

Cette dérogation au droit commun s'explique par

(1) Voy. à cet égard Grenoble, 13 juillet 1813, et 7 mai 1831. *Palais.*

cette considération que la part afférente à chaque héritier n'est définitivement connue que par l'assignation que lui fait le partage, et aussi par cette autre *qu'une part indivise se vend mal*, parce que l'adjudication ne pouvant avoir qu'un caractère provisoire, en présence du *droit de retraire* accordé aux co-héritiers par l'article 841 du Code Napoléon, l'acquéreur n'a pas de chances de gain. Il faut bien d'ailleurs arriver tôt ou tard au partage, et la loi qui n'aime pas *l'indivision* à raison des inconvénients qu'elle entraîne à sa suite, profite de toutes les occasions qui lui sont offertes pour la faire cesser.

248. — 3° C'est encore un effet de l'indivision que les formalités exigées par les art. 457 et 458 du Code Napoléon pour l'aliénation des biens de mineurs, ne s'appliquent point au cas où un jugement a ordonné la licitation sur la provocation de l'un des co-propriétaires indivis ou de ses créanciers (Cod. Nap., articles 460-1686).

249. — 4° Un autre effet de l'indivision se tire encore de l'art. 1408. L'acquisition faite pendant le mariage soit par l'époux co-propriétaire, soit par les deux époux conjointement d'un immeuble ou d'une portion d'immeuble dont l'un se trouvait propriétaire par indivis, ne forme pas *un conquêt*, sauf bien entendu l'indemnité due à la communauté pour ce qu'elle a pu débourser à l'occasion d'une telle opération.

Dans le cas où le mari devient *seul* acquéreur ou adjudicataire des parts des co-propriétaires indivis avec sa femme, cette acquisition tombe en principe dans la communauté. Mais comme la loi craint que le mari n'ait abusé de son autorité sur sa femme pour l'empêcher de se rendre personnellement *adjudicataire*, elle donne à cette dernière l'option ou de retraire *comme propre*, lors de la dissolution de la communauté l'immeuble ainsi acquis par le mari, à la charge toutefois par elle de rembourser à la communauté le prix d'acquisition, ou de l'abandonner à la communauté qui devient alors débitrice envers la femme de la part idéale indivise qu'elle avait dans ledit immeuble.

Cette faculté ou bénéfice particulier que le législateur accorde à la femme, se nomme en droit *retrait d'indivision* (Cod. Nap., art. 1408).

250. — 5° Un autre effet de l'indivision résulte encore de l'art. 1558. Cet article permet par exception aux principes qui régissent la matière, *l'aliénation du fonds dotal* avec permission de justice aux enchères publiques et après trois affiches, lorsque l'immeuble soumis à la dotalité se trouve indivis avec des tiers et qu'il est reconnu *impartageable*.

251. — 6° Un autre effet de l'indivision se tire encore de l'art. 709 du Code Napoléon, d'après lequel la jouissance d'une servitude réelle établie en faveur

d'un fonds indivis empêche la prescription de courir utilement contre les propriétaires indivis, quand cette jouissance est exercée par l'un d'eux. Cela est fondé en droit et en raison. Car, *d'une part,* la servitude est une qualité inhérente à chaque molécule du fonds dominant, et l'on ne peut en user pour une molécule sans en user pour toutes les autres. L'exercice est donc indivisible. *D'autre part,* en ce qui touche l'intérêt commun, chacun des communistes est considéré comme étant le mandataire des autres (Cod. Nap., art. 1859 1°). Or en usant de la servitude, le co-propriétaire conserve le fond du droit tant pour lui que pour ses mandants, puisque ces derniers l'exercent en réalité par leur mandataire qui n'est que leur instrument sous ce rapport (1).

252. — 7° Enfin un dernier effet de l'indivision est d'empêcher pendant sa durée en faveur de l'un et au préjudice des autres co-propriétaires, la prescription acquisitive. En effet celui qui détient *corporaliter* la chose indivise tant pour lui que pour les autres communistes, ne la possède pas privativement *cùm animo sibi habendi*, puisqu'il a commencé à la posséder tant pour lui que pour les autres. Or c'est une règle reconnue par la loi que celui qui a commencé à posséder

(1) L. 5, ff. *Quem admod. servit. amitt.* Voy. POTHIER, *de la Prescription,* n° 3, et TROPLONG, *de la Prescription,* tom. II, n° 3.

tant pour lui que pour autrui, est toujours présumé posséder au même titre (Cod. Nap., art. 2231) (1).

Nous ne voulons pas dire par là que le co-héritier qui aurait commencé à posséder les biens héréditaires *cùm animo domini,* avec la prétention d'être propriétaire exclusif, n'acquerrait pas ces biens par l'usucapion de trente ans (Cod. Nap., art. 816, *in fine).*

253. — Nous pensons avec M. Demolombe (2) : 1° que chacun des co-héritiers peut pendant l'indivision faire reconnaître son droit réel indivis de co-propriété contre un tiers détenteur qui le contesterait. *Nec obstat* l'art. 883 ;

2° Que si l'un des co-héritiers indivis se rend cessionnaire d'une créance contre la succession, il n'est pas tenu d'en partager le bénéfice avec ses co-héritiers (3) ;

3° Même décision pour le cas où il aurait *exercé seul* le retrait successoral, suivant l'art. 841 du Code Napoléon (4). Il ne faut pas perdre de vue que la communauté dont il s'agit ici n'est pas une véritable société, et que chacun y conserve son individualité distincte.

(1) Voy. Cass., 6 novembre 1821. DEVILL., 1821, I, pag. 511.

(2) Tom. III, *Success.*, n^os^ 479 et suiv., et ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, § 221 1°.

(3) *Contrà,* LEBRUN, *Success.*, liv. IV, chap. II, sect. 3, n° 65. MERLIN, *Quest. de droit, V° Retrait successoral.*

(4) Voy. TAMBOUR, *du Bénéfice d'inv.*, pag. 308. *Infrà,* n° 342.

CHAPITRE II

Du partage provisionnel (Cod. Nap., art. 466-840).

254. — MÉTHODE. — Nous avons vu dans le chapitre précédent ce que c'est que l'indivision et quels sont ses effets; nous avons à voir maintenant quels sont les événements juridiques qui la font cesser et quels moyens les parties peuvent employer pour arriver à ce but.

Or, l'indivision cesse quand la chose, de commune qu'elle était, se fait *propriété exclusive;* et ce nouvel état s'obtient soit par *l'usucapion* (art. 816), soit par *le partage définitif* ou par *la licitation* (art. 815-827), soit par toute autre espèce d'acte assimilé quant à ses effets au partage et à la licitation (Cod. Nap., art. 888).

Le partage et la licitation peuvent se faire, suivant les cas, à l'amiable ou en justice. Le plus souvent ces opérations ont tout à la fois pour objet le fonds et la jouissance des biens indivis. Mais elles peuvent aussi n'avoir trait qu'à la jouissance.

Les partages de jouissance ne sont que *provisionnels* de leur nature; les partages du fonds commun sont toujours *définitifs*.

Nous diviserons ce chapitre en trois sections :

La première sera consacrée à la notion *du partage provisionnel;*

La deuxième, à sa forme et à ses effets;

Et *la troisième,* à la rescision de cet événement juridique.

SECTION Ire.

Caractère du partage provisionnel. Dans quels cas et entre quelles personnes il intervient.

SOMMAIRE.

255. — Notion du partage provisionnel.

256. — Sa base dans l'art. 815.

257. — Autre notion du partage provisionnel rejetée. Jurisprudence du tribunal de la Seine inadmissible en cette matière.

258. — A. Des cas dans lesquels et entre quelles personnes a lieu le partage provisionnel.

259. — 1° Du cas où les héritiers ne veulent pas partager immédiatement la succession indivise.

260. — 2° Du cas où il y a parmi eux un mineur non émancipé, ou un mineur émancipé.

261. — 3° Du cas de l'envoi en possession.

262. — 4° De la capacité du mari dans les régimes sous lesquels il a la jouissance des propres de sa femme.

263. — 5° Du cas où la femme peut procéder seule à un partage provisionnel.

264. — 6° *Quid*, du curateur à la succession vacante?
265. — 7° *Quid*, de l'usufruitier?
266. — 8° *Quid*, des successeurs aux biens?
267. — B. *Du partage provisionnel légal.*
268. — Motifs de l'art. 840 du Code Napoléon.
269. — C. *Du partage provisionnel judiciaire.*
270. — Suite.
271. — D. *De la licitation de la jouissance.*
272. — Suite.
273. — E. De la réglementation de l'usage dans les servitudes d'indivision.

---

255. — *Notion du partage provisionnel.* — Le partage provisionnel est un acte de pure administration qui a pour objet de faire cesser temporairement l'indivision de la jouissance, sans faire cesser l'indivision de la propriété (1).

Cet événement juridique est conventionnel ou légal.

Il est *conventionnel* lorsqu'il apparaît que les parties n'ont voulu que partager la jouissance, sans vouloir partager le fonds indivis....;

Il est *légal* lorsque la loi interprète l'opération à laquelle se sont livrés les co-héritiers, comme un partage de jouissance et non comme un partage de toute propriété (Cod. Nap., art. 466-840).

(1) Voy. sur la notion du partage provisionnel, ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, tom. V, § 623, 2°.

S'il peut acquérir quelquefois le caractère *judiciaire*, ce n'est en général que sous une condition potestative de la part des défendeurs indivis, à moins qu'il ne soit, avant l'introduction de l'instance, intervenu entre tous une convention *suspensive* du partage définitif : auquel cas chacun des co-héritiers a la faculté de provoquer, *medio tempore*, le partage de la jouissance jusqu'au terme fixé par la convention obligatoire, sans crainte de voir sa demande en partage provisionnel repoussée par une fin de non-recevoir tirée d'une demande en partage *définitif*.

256. — On voit par là que le partage provisionnel, quand il se présente entre co-héritiers indivis avec son caractère conventionnel ou judiciaire, a sa base fondamentale dans l'exception que l'art. 815 du Code Napoléon *in fine* apporte au principe général consacré par le même article dans sa première disposition, à savoir que *nul n'est tenu de rester dans l'indivision*.

On sent en effet que la loi, en permettant aux co-héritiers de différer, au moyen d'une convention, le partage définitif pendant un temps déterminé, a dû par cela même les autoriser à régler par une convention et au besoin par l'intervention de la justice, la jouissance des biens laissés en commun. Il faut bien qu'il y ait un moyen de contraindre au partage ou à la licitation de la jouissance ceux des co-propriétaires qui, après avoir renoncé valablement à la faculté de

provoquer le partage définitif pendant un temps donné, refuseraient ensuite d'exécuter l'obligation implicitement mise à leur charge, de partager les jouissances. Lorsque je m'interdis le pouvoir de demander le partage de la propriété indivise pendant un certain temps, je n'entends pas, pour cela, me priver du droit que j'ai de faire partager la jouissance pendant le même temps.

Si cependant la convention suspensive du partage définitif portait tout à la fois sur la propriété et la jouissance, il faudrait décider que le partage de la jouissance serait également suspendu jusqu'à l'expiration du terme fixé par les parties contractantes.

Du reste, nous le répétons, les licitations de jouissances sont très-rares, et c'est sans doute la raison pour laquelle les interprètes s'en sont peu occupés ; on ne fait généralement de conventions suspensives du partage définitif que quand les biens indivis sont *impartageables*, et pour attendre un moment favorable de les liciter.

Tels sont les principes qui, à notre sens, dominent cette matière.

257. — Nous devons toutefois signaler ici une *notion* du partage provisionnel tout autre que celle ci-dessus indiquée. Elle a été formulée dans un jugement du tribunal de la Seine du 19 avril 1836 (1). Suivant ce

(1) DEVILL. et CARETTE, 1841, pag. 777.

jugement, le partage provisionnel d'une succession est l'attribution aux divers ayants-droits des biens qui la composent, *sous la réserve* de faire cesser cette attribution par une demande à fin de partage définitif.

Le partage provisionnel, si nous en croyons le jugement, ne constituerait pas simplement une jouissance précaire, comme dans notre système, mais bien un véritable droit de propriété soumis à une condition résolutoire, tel que le droit de propriété transmis à un acquéreur sous la faculté de rachat, et qui deviendrait définitif, lorsque la condition ne pourrait plus se réaliser, c'est-à-dire après trente ans de jouissance divise (Cod. Nap., art. 816).

Cette notion est sans doute très-ingénieuse ; mais, pour la rejeter comme antijuridique, il suffit de remarquer qu'elle est manifestement contraire au but que se proposent les parties contractantes dans l'espèce de partage dont il s'agit. En effet, quand je veux partager la jouissance et que je ne veux pas partager le fonds, cela ne saurait signifier que je veux partager tout à la fois le fonds et la jouissance, même avec la réserve dont parle le jugement précité. Les juges de la Seine ont perdu de vue qu'une possession ou détention corporelle qui ne repose que sur un titre précaire, n'a jamais constitué et ne saurait jamais constituer un domaine révocable *ex tunc* ou *ex nunc*.

Cela posé, voyons dans quels cas a lieu le partage

provisionnel et entre quelles personnes il peut intervenir.

258. — A. — *Des cas dans lesquels et entre quelles personnes a lieu le partage provisionnel.* — Avant de traiter cette proposition, nous devons poser le principe suivant, comme résultant de l'art. 816 du Code Napoléon :

Le fait par les co-héritiers indivis d'avoir joui séparément pendant un temps plus ou moins long des biens communs, ne suffit pas, à lui seul, pour constituer le partage provisionnel de jouissance. Il faut qu'il y ait eu convention à cet égard ou tout au moins que cette convention soit supposée exister de par la loi (Cod. Nap., art. 466-840).

Concluons de là que si cette convention n'est pas reconnue constante, les co-propriétaires indivis se retrouvent dans la position qu'ils avaient originairement, et cela, malgré leurs jouissances matérielles divises : d'où il suit que les fruits récoltés ou perçus par quelques-uns d'entre eux, n'ont pu l'être que pour le compte commun, et que par conséquent ceux des communistes qui, dans le temps intermédiaire, ont récolté ou perçu ces fruits au-delà de leurs parts héréditaires, doivent en faire état à leurs co-héritiers (1),

(1) Voy. M. DEMANGEAT, *Traité élémentaire du droit romain*, tom. II, pag. 361 3°, *Indivision*.

d'après le principe de l'égalité proportionnelle qui régit la matière.

Parcourons maintenant les différents cas dans lesquels le partage provisionnel a lieu le plus ordinairement.

259. — 1° *Les co-héritiers ne veulent pas, quant à présent, partager entre eux la succession indivise.* Ils peuvent avoir intérêt à rester temporairement dans l'indivision *quant à la propriété*, et cependant, avoir aussi en même temps un intérêt immédiat à partager la jouissance. Pour les mettre à même d'atteindre au résultat proposé, la loi les autorise à partager la jouissance, soit qu'ils conviennent de différer le partage définitif aux termes de l'art. 815, soit même qu'ils ne fassent aucune convention à cet égard. Mais on sent que, dans ce dernier cas, le partage de jouissance ne constitue qu'un état de choses des plus précaires, puisque, en l'absence d'une convention suspensive du partage définitif, chacun des co-partageants provisionnels peut, sans égard pour la convention de partage provisoire, provoquer le partage définitif le lendemain du jour où elle est intervenue entre eux (1).

260. — 2° *Parmi les co-héritiers indivis, se trouve un mineur non émancipé.* Cette circonstance est-elle un

(1) Voy. Zachariæ-Aubry et Rau, tom. V, § 623, 2°, *a*.

obstacle au partage provisionnel? Non, car *d'une part*, le tuteur peut se faire autoriser à consentir la suspension du partage définitif, dans les limites de l'art. 815, et *d'autre part,* le mandat dont il est investi lui donne les pouvoirs nécessaires pour qu'il puisse se livrer utilement *à un acte d'administration* tel qu'un partage provisionnel.

Quant au mineur émancipé, il a aussi la capacité d'administrer, et l'assistance de son curateur le rend apte comme un majeur, à concourir valablement à une convention suspensive du partage définitif (1). Il peut donc, seul, faire un partage de jouissance, mais l'assistance de son curateur devient nécessaire lorsque les parties veulent insérer dans leurs conventions à cet égard, la clause suspensive du partage définitif (2).

261. — 3° *Les envoyés en possession provisoire* des biens d'un absent, ayant la capacité d'administrer, sont par cela même aptes à procéder utilement au partage provisionnel d'une succession qui lui est déférée utilement (3).

(1) *Infrà,* n° 375.

(2) *Infrà*, n°s 375-392.

(3) Cod. Nap., art. 125-128. Ils ont même le droit, par exception aux principes généraux qui dominent ces matières, de provoquer le partage définitif (Cod. Nap., art. 817, et *infrà*, n° 409). *Quant aux envoyés en possession définitive*, comme ils ont le pouvoir d'aliéner (Cod. Nap., art. 132), ils ont, à plus forte raison, celui de procéder à un partage de jouissance.

262. — 4° *Il en est de même du mari* dans les régimes sous lesquels il a la jouissance des propres de sa femme. Le concours de cette dernière lui est inutile, lorsqu'il est appelé à procéder à un partage simplement provisionnel.

On sent que dans les cas où la loi lui reconnaît la capacité suffisante pour procéder à un partage définitif du mobilier échu à sa femme, il peut *à fortiori* concourir, en son absence, à un partage de jouissance (1).

263. — 5° *La femme a capacité suffisante pour procéder seule à un partage provisionnel,* quand elle a l'administration de ses biens. C'est ce qui arrive sous le régime dotal et sous le régime de séparation, mais seulement, sous le premier de ces régimes, en ce qui touche ses paraphernaux (2).

264. — 6° *Le curateur à succession vacante,* ayant l'administration de la succession non réclamée, peut également procéder à un partage de jouissance (3). Mais on sent que la mission dont il est investi consistant à réaliser le plus promptement possible les biens héréditaires, il doit, à moins de circonstances toutes particulières, s'abstenir de la convention dont il s'agit.

Dans tous les cas, il agira prudemment, en se fai-

(1) *Infrà*, nos 395 et suiv.

(2) *Infrà*, nos 400-401.

(3) *Infrà*, no 406.

sant autoriser par la justice. L'autorisation lui est indispensable pour consentir valablement *la clause suspensive* du partage définitif (1).

265. — 7° Il est clair que *l'usufruitier d'une partie des biens indivis* a toute qualité pour faire avec les co-propriétaires le partage de jouissance (2).

266. — 8° Il est évident aussi que les donataires de succession et, en général, tous les autres successeurs aux biens, ont comme les héritiers légitimes la faculté de procéder ou de concourir au partage provisionnel.

Il en est de même de l'étranger cessionnaire des droits successifs de l'un des co-héritiers, lorsqu'il n'est pas écarté du partage par l'exercice du retrait successoral (Cod. Nap., art. 841).

267. — B. — *Du partage provisionnel légal.* — Le partage provisionnel dont il est question dans les art. 466 et 840 du Code Napoléon a son origine dans ce qui se passait chez nos pères à l'égard des partages de biens de mineurs. Avant le Code, les héritiers majeurs avaient comme aujourd'hui le pouvoir de provoquer leurs co-héritiers mineurs au partage de toutes les valeurs indivises de la succession. Mais les tuteurs, à la différence de ce qui se pratique de nos jours, n'avaient cette faculté que *relativement aux meubles ;* à

(1) *Infrà*, n° 375.

(2) *Infrà*, n° 406.

l'égard des immeubles, ils n'étaient autorisés qu'à demander un partage *provisionnel* (1). On sait que dans l'ancienne jurisprudence, la protection des mineurs était poussée jusqu'aux dernières limites, et que la mission du tuteur se bornait à être *utile* au mineur. On justifiait cette distinction entre le partage des meubles et celui des immeubles, en disant que la qualité de tuteur ne conférait pas à cette espèce d'administrateur, la libre disposition des immeubles héréditaires, et que le partage restreignant aux seuls effets de chaque lot, le droit qui planait sur le tout, tendait, quoique simplement *déclaratif* d'après le droit coutumier, à une sorte d'aliénation (2). Il résulte de là que le partage n'a jamais été considéré comme un acte d'administration, même dans l'ancienne jurisprudence, quoiqu'il s'y soit dénaturé dans ses luttes avec le droit romain et la fiscalité féodale. Ce fait historique est hors de doute.

Aujourd'hui, le tuteur a le pouvoir de provoquer un partage définitif dans lequel son pupille se trouve

(1) Tel était le droit ancien. Mais on avait fini par l'abandonner sur la fin du XVIII[e] siècle, au rapport de GUYOT *(V° Partage)*. Il cite à cet égard un arrêt de Parlement du 8 janvier 1768, d'après lequel les tuteurs furent admis à faire ce que le père de famille pouvait faire. Il y a des cas où il est plus avantageux aux mineurs de vendre leurs immeubles que de les garder, et alors la justice ne fait aucune difficulté d'autoriser de pareilles ventes. Par la même raison, si le mineur ne peut sans inconvénient rester dans l'indivision, pourquoi ne pourrait-il pas provoquer le partage ?

(2) POTHIER, *Successions*, chap. IX, sect. 2.

intéressé, et cela, sans avoir à se préoccuper de la nature des biens. Seulement, il ne peut agir ainsi qu'autant qu'il y est autorisé par le conseil de famille (art. 465). L'autorisation lui est inutile lorsqu'il est défendeur à l'action *familiæ erciscundæ* (Cod. Nap., art. 460-465).

268. — *Motifs de l'art.* 840. — Mais quelle sera la destinée d'un partage fait au mépris des formalités prescrites pour le rendre définitif?

La loi avait à choisir entre deux systèmes. Elle pouvait ou appliquer au cas litigieux, la règle : *quidquid prohibente lege factum est, nullum producit effectum*, ou se jeter dans l'excès contraire en n'édictant aucune sanction pénale pour réprimer l'infraction à ses prescriptions. Mais les extrêmes en législation sont souvent dangereux, et on se prononce assez facilement, lorsque cela est possible, pour les systèmes intermédiaires qui concilient les intérêts des parties avec les vues du législateur. C'est ce qui a eu lieu lors de la création des art. 466 et 840. En conséquence, les rédacteurs soumettant l'événement juridique qui nous occupe à un travail de décomposition, y virent *deux* opérations distinctes, *l'une*, *un partage de propriété* qu'il était impossible de valider, à moins de condamner les règles que l'on venait de tracer relativement aux partages définitifs, et *l'autre, un partage de jouissance* que l'on pouvait maintenir comme *obligatoire,* toutes les fois que les par-

ties qui s'y seraient livrées, trouveraient en elles-mêmes la capacité nécessaire *aux actes d'administration*.

Ainsi, les art. 466 et 840 du Code Napoléon *in fine*, doivent leur création, moins à un acte du pouvoir souverain dont l'objet aurait été de plier bon gré mal-gré la volonté des co-partageants irréguliers à un système préconçu, qu'à un acte de saine interprétation de leur intention présumée que l'on a voulu sanctionner autant qu'elle pouvait l'être, sans blesser les règles que l'on venait de poser relativement à la solennité du partage des biens des incapables. C'est qu'en effet, le législateur ne pouvait perdre de vue que les contrats exigent, au moment où ils se font ou à celui où ils sont censés s'être faits, le *in idem placitum consensus*, c'est-à-dire l'accord des volontés réel ou supposé tel, et que leur caractère une fois déterminé, demeure *indélébile* jusqu'à ce que les parties prennent la résolution de les modifier. Il n'est donc jamais entré dans son esprit de changer arbitrairement ce qu'ont voulu les contractants, pour y substituer, même en faveur des incapables, des clauses nouvelles à celles qui ont été originairement renfermées dans les actes qui les concernent, surtout lorsque, comme au cas particulier, il s'agit d'actes expressément autorisés par lui (1).

(1) Voy. les notes de M. VALETTE sur PROUDHON. *Traité des personnes*, tom. II, p. 385.

D'après cela, nous ne saurions partager *complètement* l'opinion de Proudhon dans toutes les hypothèses, lorsqu'il décide que les mineurs devenus majeurs restent *les maîtres* de ratifier les partages provisionnels faute d'accomplissement des formalités prescrites, et qu'ils ont le droit *ou* de s'en tenir à leurs lots, *ou* de les faire recommencer, s'ils y ont intérêt (1). Les mineurs eux-mêmes, tout spécialement protégés qu'ils sont, n'ont pas ce pouvoir exorbitant. Il faudrait pour qu'un tel système pût être admis, qu'il fut consacré par un texte formel, et ce texte n'existe pas, malgré les efforts que l'on fait pour le tirer des termes de l'art. 840. Cela n'est vrai que dans les partages *intentionnellement définitifs* rescindables à leur profit.

Nous verrons bientôt dans les espèces que nous examinerons, qu'il faut bien se garder de confondre le partage provisionnel dont il est ici question, avec les partages *intentionnellement définitifs,* rescindables au profit des incapables. Ces derniers partages sont réglés, non pas par les art. 466 et 840, mais par les art. 1125 et 1304 du Code Napoléon. Le partage *provisionnel* dont nous venons de parler l'est à l'égard *de toutes les parties* majeures ou mineures.

269. — C. — *Du partage provisionnel judiciaire.* — Toutes les personnes qui ont une capacité suffisante

(1) PROUDHON, *loc. cit.*

pour procéder à l'amiable à un partage provisionnel, peuvent le provoquer en justice. Mais on sent qu'il leur faut de plus la capacité d'ester devant les tribunaux.

Ainsi, la femme mariée avec la clause de séparation, ou sous le régime dotal, a besoin de l'autorisation de son mari ou du juge pour provoquer en justice un partage provisionnel ou pour y défendre, et cela, bien qu'elle soit très-capable de procéder *seule*, à l'amiable, à un partage conventionnel de jouissance de ses paraphernaux.

Il en est de même du prodigue, interdit partiellement, auquel il est défendu *de plaider* sans l'assistance de son conseil (Cod. Nap., art. 513).

270. — Nous avons vu plus haut la raison pour laquelle les tribunaux sont très-rarement appelés à statuer sur des demandes en partages provisionnels. *D'une part,* le défendeur actionné en partage de jouissance peut toujours, sauf le cas de convention suspensive du partage définitif, faire tomber la demande en provoquant lui-même le partage définitif : l'essence du provisoire étant de cesser dès que le définitif apparaît. *D'autre part,* les parties ont intérêt à ne pas multiplier les frais considérables dans ces sortes d'instances : but auquel elles arrivent au moyen du partage immédiat de la propriété.

271. — D. — *De la licitation de la jouissance.* — Si

les co-partageants sont autorisés à faire, au moyen de conventions, des partages de jouissances, ils sont par cela même également autorisés à les liciter au besoin.

Ainsi, rien ne s'oppose à ce que les co-héritiers qui ne veulent pas partager le fonds indivis, s'entendent entre eux à l'effet de mettre en adjudication le profit que l'on peut tirer des jouissances, avec ou sans l'admission des étrangers à l'adjudication.

Si c'est un étranger qui reste adjudicataire, l'adjudication prononcée à son profit n'est rien autre chose qu'un bail de la chose indivise dont le prix se divise de plein droit entre les co-propriétaires, suivant leurs parts et portions héréditaires.

Si l'adjudication est prononcée au profit de l'un des co-licitants, elle fait cesser l'indivision des jouissances tout aussi bien que le partage provisionnel, pendant le temps assigné par le cahier d'enchères aux effets de l'espèce de licitation dont il s'agit (Cod. Nap., article 883).

Au fond des choses, cette opération ne semble être qu'un mode particulier de bail d'après lequel le co-héritier adjudicataire perçoit les fruits, *partim proprio nomine, partim procuratorio nomine,* jusqu'au terme fixé par la convention.

272. — *Quid juris,* si les co-héritiers ne sont pas d'accord sur le mode d'administration à suivre à l'égard de la chose commune non commodément parta-

geable, et si cependant aucun d'eux ne veut provoquer la licitation du fonds indivis, est-il permis à chacun des co-propriétaires de contraindre ses co-intéressés à procéder à la licitation de la jouissance et à la mettre en adjudication aux enchères publiques pour un temps déterminé, par exemple pour le temps pendant lequel le partage du fonds peut être suspendu, aux termes de l'art. 815 du Code Napoléon ?.....

Non. La licitation des jouissances ne saurait être que *volontaire,* à moins qu'il ne soit intervenu entre les co-propriétaires une convention suspensive du partage définitif : auquel cas la licitation judiciaire serait possible pour le temps pendant lequel les co-intéressés se seraient interdit le partage du fonds commun.

Aucun texte de nos lois n'autorise les tribunaux à s'immiscer dans l'administration des biens indivis qui sont susceptibles d'être partagés ou licités définitivement. Chaque co-propriétaire y conserve son indépendance.

Imposer à des co-héritiers, sur la demande de l'un d'entre eux, l'obligation de liciter la jouissance, et fixer arbitrairement un temps pendant lequel le jugement d'adjudication devrait recevoir son exécution, serait tout à la fois porter atteinte au *jus prohibendi* de chacun d'eux et créer une suspension du partage définitif en dehors et contre l'esprit de l'exception écrite dans l'art. 815 du Code Napoléon.

Il n'y a donc que le partage ou la licitation du fonds commun qui puisse faire sortir les parties de la difficulté que nous venons de signaler.

Autrefois on se tirait d'affaire, dans les cas semblables, au moyen d'un expédient que l'on nommait *le bail par licitation de jouissance*. C'était l'opinion de la majorité en sommes qui devait être suivie (1). Mais comme le Code Napoléon a gardé le silence sur cette espèce particulière de licitation, je pense qu'il faut s'en tenir aux principes généraux qui dominent la matière des partages, et que les tribunaux commettraient un excès de pouvoir s'ils allaient, en l'absence d'une convention suspensive du partage définitif, ordonner la licitation de la jouissance pendant un temps déterminé, fût-il moins de cinq ans.

Nous ne voulons pas dire par là qu'en cas de nécessité il ne leur serait pas permis de nommer soit un gardien, soit un administrateur provisoire, suivant les circonstances. Nous avons déjà fait remarquer que l'institution des administrateurs provisoires du genre *des curateurs aux biens* est de droit général, et que la justice peut toujours y recourir lorsque le besoin s'en fait impérieusement sentir.

273. — E. — *De la réglementation de l'usage dans*

(1) LEBRUN, *Successions*, liv. IV, chap. 1, n° 23. Son opinion était loin d'être généralement admise.

les servitudes d'indivision. — Il ne faut pas confondre le partage judiciaire provisionnel dont nous venons de parler, avec le règlement judiciaire du mode de jouissance de certaines communautés appelées, en droit, *servitudes d'indivision :* lesquelles ne sont ni licitables ni partageables de leur nature. Lorsque les co-propriétaires de ces sortes de servitudes ne sont pas d'accord sur le mode d'user ou sur l'interprétation que l'on doit donner à un état de choses originairement établi à titre de *communauté impartageable ou de servitude d'indivision,* dans l'intérêt de plusieurs fonds séparés, il faut bien, sans doute, que le juge intervienne, pour réglementer le mode de jouissance de la chose indivise et indivisible. Mais on sent que, dans ce cas, il s'agit surtout d'interpréter des faits ou des actes intervenus anciennement, ou supposés intervenus entre les propriétaires primitifs des divers fonds dominants, afin de fixer judiciairement le mode d'usage pour tout le temps que doit durer la servitude d'indivision elle-même.

Ce règlement de l'usage du fonds commun affecté au service des héritages divers, a un caractère de *pérennité* que n'a pas le partage provisionnel d'une chose licitable ou partageable dont nous venons de nous occuper (1).

(1) Voy. *infrà,* nos 380-381.

SECTION II.

De la forme et des effets du partage provisionnel.

SOMMAIRE.

274. — A. De la forme du partage provisionnel.
275. — B. Des effets du partage provisionnel.
276. — Suite.
277. — Suite.
278. — Suite.
279. — Suite.
280. — Méthode.
281. — Ce que doivent faire les créanciers d'un co-partageant provisionnel qui veulent saisir les biens de leur débiteur.
282. — A. Distinction à faire à l'égard des créanciers du défunt.
283. — B. Suite.
284. — C. *Quid*, si l'un des co-partageants provisionnels a payé sa part contributoire dans la dette héréditaire?
285. — Remarque à l'occasion de cette matière.
286. — Il ne faut pas confondre le partage provisionnel avec le partage *intentionnellement définitif, rescindable ou annulable*.
287. — Comparaison entre les natures différentes de ces deux partages. Application du système à diverses hypothèses.

288. — *Première espèce* relative aux majeurs.

289. — *Deuxième espèce* relative au majeur et au tuteur d'un mineur.

290. — *Troisième espèce* relative aux envoyés en possession provisoire.

291. — *Quatrième espèce* relative au mineur émancipé.

292. — *Cinquième espèce* relative au mineur non émancipé.

293. — *Sixième espèce* relative au présumé absent qui n'a pas laissé de procuration.

294. — *Septième espèce* relative au *non présent* sur les lieux.

---

274. — A. — *De la forme du partage provisionnel.* — Le partage provisionnel n'est astreint à aucune forme spéciale. Il peut être fait, soit par acte sous seing privé, soit par acte authentique, soit même verbalement : la question de preuve réservée dans cette dernière hypothèse (Cod. Nap., art. 819-840).

275. — B. — *Des effets du partage provisionnel.* — Le partage provisionnel a pour effet principal d'attribuer à chaque co-partageant la jouissance exclusive du lot qui lui est échu, de telle sorte qu'il perçoit les fruits *pour lui,* et qu'il n'en doit aucun compte à ses co-héritiers, lors du partage définitif : le tout sans que les attributions de jouissances divises altèrent, en façon quelconque, les parts idéales appartenant à tous

les autres co-héritiers dans la propriété du fonds héréditaire resté en commun.

Ainsi, la position que le partage provisionnel fait aux co-partageants, est celle *de possesseurs à titre précaire* en ce qui touche la propriété, et *de possesseurs avec juste titre et bonne foi,* en ce qui touche l'usage et la jouissance utile des lots qui leur sont échus.

276. — 1° *Des effets du partage provisionnel dans ses rapports avec le titre des prescriptions.* — De ce que chacun des co-partageants provisionnels possède, *quant à la propriété,* le lot qui lui est échu, *tant pour lui que pour ses co-héritiers,* et qu'il n'a que le droit d'en user et d'en percevoir les fruits *pro suo* jusqu'au partage définitif, il résulte qu'il ne peut jamais invoquer l'usucapion (la prescription à l'effet d'acquérir) contre ses co-partageants provisionnels. Réciproquement, ces derniers ne sont pas plus fondés à l'invoquer contre lui.

Tous ayant commencé à posséder tant pour eux-mêmes que pour leurs co-héritiers indivis, quant à la propriété du fonds commun, ils sont tous censés avoir toujours possédé au même titre (1).

277. — 2° *La possession du co-partageant provisionnel est utile à l'égard des tiers; en quel sens.* — Mais

(1) Cod. Nap., art. 2236-2231. Cass., 15 février 1813. DEVILL., 1812-1814, I-285. MERLIN, *Répert., V° Partage,* § 10, 2°.

si la possession du co-partageant provisionnel n'a pas l'effet de lui faire acquérir la prescription des biens compris dans son lot, à l'encontre de ses co-héritiers, il est certain que sa possession est utile en ce qui concerne les tiers, et que, par conséquent, elle lui profite ainsi qu'à ses co-héritiers, dans les limites des droits de chacun. En effet, il possède pour lui la part idéale correspondante à sa part héréditaire, et il est pour le surplus un instrument utile de l'acquisition de la possession civile et par conséquent du domaine au profit de ses co-héritiers.

278. — 3° Le partage de jouissance résultant d'une convention réelle ou supposée telle, aux cas des articles 466 et 840 du Code Napoléon, peut-il par l'effet seul du temps se transformer en partage définitif?.....

En aucune façon. *La notion* que le tribunal de la Seine a donnée du partage provisionnel et que nous avons condamnée ci-dessus (1), ne repose sur rien. C'est donc avec étonnement que nous avons vu la Cour de Rennes décider par arrêt du 23 janvier 1817, qu'un partage de jouissance doit être considéré comme devenu *définitif* après trente ans d'exécution. Il suffit, pour rejeter la doctrine erronée de cet arrêt, de remarquer que chaque co-partageant provisionnel commence à posséder tant pour lui que *pour ses co-héritiers,*

(1) *Suprà*, n° 257.

qu'il est toujours, *quant à la propriété,* censé posséder au même titre, et que par conséquent la prescription ne commence à courir utilement à son profit exclusif qu'à partir du moment où il possède son lot *cùm animo domini, putà* à la suite d'une interversion du titre provisoire (1).

279. — 4° Mais il faut bien noter que les actes s'apprécient d'après l'intention des parties contractantes, et non pas par la qualification apparente qui peut leur avoir été donnée.

Ainsi, il arrive parfois qu'un partage qualifié provisionnel est en réalité un partage définitif, lors même qu'on y lirait quelque réserve : par exemple, celle de faire plus tard une liquidation de la succession. Si dans ce cas, et autres semblables, la liquidation réservée n'est pas demandée dans les trente ans du prétendu partage provisionnel, l'action appartenant à chacune des parties en exécution de cette réserve, est prescrite *extinctivement* conformément à la règle générale de l'art. 2262 du Code Napoléon, et par conséquent le partage reste pur et simple, débarrassé désormais des réserves qu'il contenait (2).

280. — *Méthode.* — Cela posé, examinons les con-

(1) Cod. Nap., art. 2231, 2236, 2237 et 2238.

(2) Cass., 2 août 1841. DEVILL., 1841, I-776. Voy. aussi Lyon, 10 août 1838. *Palais,* tom. I, 1839, pag. 531.

séquences de la théorie que nous venons de résumer, en ce qui touche les moyens d'exécution que peuvent employer les créanciers des co-partageants provisionnels et ceux de la succession.

281. — Les créanciers particuliers d'un co-partageant provisionnel ne peuvent saisir réellement et faire vendre par expropriation forcée les biens compris dans le lot de leur débiteur, sans au préalable avoir provoqué le partage définitif. Car l'indivision ne ne cesse pas, *quant à la propriété*, par le partage provisionnel, et, en France, nous ne pouvons saisir et faire vendre judiciairement la part idéale appartenant à notre débiteur dans une succession indivise, sans faire cantonner ses droits sur une portion de la chose commune, au moyen soit du partage définitif, soit de la licitation. Cette exception au principe consacré par les art. 2204, 2092 et 2093, est consacrée en termes exprès par l'art. 2205 du Code Napoléon. Elle est basée sur les motifs que nous avons signalés précédemment.

Si un créancier interpose une saisie sur le lot d'un co-partageant provisionnel, celui-ci doit se hâter de déclarer au saisissant qu'il ne le possède *qu'à titre précaire*. C'est un cas particulier de ce que les jurisconsultes d'outre-Rhin appellent la *laudatio auctoris*. Il a toute espèce d'intérêt à faire cette déclaration; car si plus tard la poursuite venait à être annulée pour violation de l'article 2205, le créancier saisissant qui, se-

lon toutes les apparences, était autorisé à considérer les biens mis sous la main de justice, comme la propriété exclusive de son débiteur, pourrait demander et obtenir des dommages-intérêts équivalents aux frais faits contre le co-partageant provisionnel qui aurait malicieusement entretenu son erreur (1).

282. — En ce qui concerne les créanciers de la succession, c'est-à-dire ceux qui ont commencé par être *les créanciers du défunt*, le texte de l'art 2205 paraît leur être étranger. Cependant il ne faut pas prendre les termes de la loi *verbò tenùs*, car il y a une distinction à faire, suivant les cas d'application de cet article.

A. — Le créancier du défunt s'est-il inscrit au vœu des art. 2111 et 2113 du Code Napoléon? Comme, *d'une part*, il a tous les héritiers *pro partibus hæreditariis* et tous les biens pour obligés, et comme, *d'autre part*, il a acquis, par son inscription, une hypothèque privilégiée qui suit les immeubles en quelques mains qu'ils puissent passer, nul doute qu'il ne soit autorisé à saisir et à faire vendre tous les immeubles compris dans chaque lot provisionnel, sans être, au préalable, contraint de se conformer aux prescriptions de l'art. 2205 précité.

Il en est de même dans l'hypothèse où il n'aurait pris aucune inscription sur les biens transmis par le

(1) *Suprà*, n° 88, sur la *laudatio auctoris*.

défunt, *tant qu'il a tous les héritiers pour obligés personnels.*

Dans un cas comme dans l'autre la saisie réelle peut être faite utilement sur tous *les immeubles héréditaires avant le partage. Mais après le partage,* il n'en est plus de même, elle ne peut être pratiquée que sur chacun des co-partageants définitifs, et jusqu'à concurrence seulement de leurs parts contributoires dans la dette non encore éteinte.

283.—B.— L'art. 2205 est évidemment étranger au créancier du défunt, qui, du vivant de son débiteur, a acquis une hypothèque soit légale, soit judiciaire, soit conventionnelle. Il n'a pas à se préoccuper du partage puisqu'il peut aller trouver les immeubles qui lui sont hypothéqués et les faire vendre en quelques mains qu'ils aient pu passer au moment de la saisie.

284. — C. — Mais que décider, si l'un des co-partageants provisionnels a payé sa part contributoire dans la dette héréditaire?

Le créancier chirographaire du défunt qui n'a pas acquis juridiquement d'hypothèque du vivant de son débiteur, peut-il saisir et faire vendre en vertu du gage général des art. 2204, 2092 et 2093 le lot attribué par le partage provisionnel à ce co-partageant désormais libéré de sa part et portion dans la dette?

Suivant notre système de *confusion restreinte*, vulgairement appelé la *séparation des patrimoines*, les

créanciers du défunt *ne sont pas séparés de la personne des héritiers;* tous les créanciers de la succession se confondent, sauf le privilége des art. 2111 et 2113, avec les créanciers particuliers de chaqué co-partageant provisoire. Ils sont tous devenus, au fond des choses, et malgré les termes équivoques de l'art. 879, des créanciers de l'héritier acceptant purement et simplement, en proportion des parts idéales afférentes aux représentants juridiques de la personne du défunt (articles 724-1220). Or, si l'un des co-partageants provisionnels s'est libéré de sa part dans la dette, il est évident qu'il a cessé d'être *débiteur personnel* du créancier de notre espèce, et que, par conséquent, le créancier qui n'a acquis aucune hypothèque du vivant du défunt, ne saurait faire vendre en vertu d'un droit de créance éteint par le paiement, ce qui pourrait revenir de la succession au co-héritier libéré envers lui. Les choses se passeraient ainsi, même dans l'hypothèse où il aurait inscrit à son profit l'hypothèque privilégiée des art. 2111 et 2113, parce que le système de confusion restreinte, que nous croyons avoir été celui du créateur de ces articles, ne fait pas obstacle au principe de la division de l'art. 1220 (1).

Mais si le créancier dont il s'agit n'a plus de droit de créance à exercer sur la personne et sur les biens du

(1) *Suprà,* tom. II. n° 130.

co-partageant provisionnel et même définitif qui s'est libéré envers lui, il n'est pas moins resté créancier des autres co-partageants pour leurs parts et portions héréditaires, et à ce titre, il a le droit de saisir et de faire vendre ce qui peut leur échoir par l'événement du partage définitif ou par la licitation (art. 2205).

Or, comme le partage provisionnel laisse subsister entre tous l'indivision de la propriété, le créancier de notre espèce se trouve autorisé par la loi à exercer les droits de ceux qui sont restés ses débiteurs personnels, et par conséquent, à provoquer de leur chef (art. 1166), le partage définitif, à l'effet de déterminer d'une manière immuable les lotissements qui peuvent revenir aux héritiers non libérés envers lui, pour, ensuite, les saisir et les faire vendre en vertu des art. 2204 et 2205 du Code Napoléon.

Ainsi, voilà un cas où les créanciers du défunt doivent suivre les prescriptions de l'art. 2205, malgré les expressions de cet article qui semblent ne se référer qu'aux créanciers *personnels*, c'est-à-dire *qui ont commencé par être créanciers des héritiers*. C'est qu'en effet, les créanciers du défunt qui n'ont pas acquis d'hypothèque du vivant de leur débiteur, ne sont rien autre chose et ne sauraient être autre chose sous un système qui ne les sépare pas de la personne des héritiers, que des créanciers chirographaires de ces derniers, sauf toutefois le bénéfice réservé à leur pro-

fit par les art. 2111 et 2113 en ce qui concerne leurs rapports avec les tiers.

285.— Notons ici que le partage définitif ou la licitation pouvant attribuer aux co-partageants provisionnels non libérés de l'action personnelle, les immeubles qui composent le lot provisoire de celui qui a payé sa part dans la dette héréditaire, le créancier originaire du défunt peut être appelé à exercer son droit de créance sur ces immeubles et réciproquement n'avoir plus aucun droit à faire valoir sur ceux qui se trouveraient compris aux lots provisoires des autres co-partageants restés ses débiteurs personnels comme successeurs de la personne du défunt.

286. — Il faut bien se garder de confondre le partage *intentionnellement provisionnel* ou légalement présumé *tel* (art. 466-840) avec le partage *intentionnellement définitif*, *nul*, *rescindable ou annulable* (1) : lequel se fait souvent à l'amiable pour éviter les frais judiciaires entre des majeurs et des mineurs ou même avec des tuteurs, sans l'accomplissement des formalités prescrites. Les effets de ces sortes de partages sont réglés par les art. 1125, 1304, 1305, 1311, 1314, 1989, 1998 du Code Napoléon, et non pas par les art. 466 et 840 du même Code. De ce que les partages de propriété intentionnellement définitifs, faits à l'amiable

(1) Voy. ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, § 623, 2°, *a*, et notes 13-14.

avec des mineurs ou avec leurs tuteurs, sont nuls, annulables ou rescindables, suivant les cas, ils ont certainement un caractère tout autre que celui des partages *provisionnels* qui ne peuvent avoir trait qu'à la jouissance. Nous aurons plus loin à nous occuper de leurs effets, soit à l'égard des co-héritiers entre eux, soit à l'égard des tiers ; constatons seulement ici en quoi ils diffèrent les uns des autres.

287. — Le caractère essentiel du partage *intentionnellement définitif* est de tendre à la cessation de l'indivision de la propriété commune. Le partage provisionnel, au contraire, ne porte jamais sur la propriété, il ne s'occupe que de la jouissance que les parties veulent ou sont, au cas des art. 466 et 840, réputées vouloir rendre *divise* jusqu'à la cessation définitive de l'indivision. Si le partage *intentionnellement définitif* vient plus tard à être rescindé soit pour cause de lésion, soit pour vice de forme (Cod. Nap., art. 1305-1311) ou pour excès de pouvoir (art. 1998), les choses sont remises au même et semblable état que si le partage intentionnellement définitif n'avait jamais existé, sauf toutefois dans les cas prévus par l'art. 840, c'est-à-dire dans les cas où le partage tient légalement comme valable *quant à la division de la jouissance ;* et par conséquent, les parties étant censées être toujours restées dans l'indivision, doivent rapporter à la masse du partage ultérieur, non-seulement les biens qu'elles ont

possédés divisément en vertu du partage annulé ou rescindé, mais encore les fruits perçus, *medio tempore,* sans pouvoir se les attribuer exclusivement, comme cela a lieu dans les partages intentionnellement ou légalement réputés *intentionnellement provisionnels.*

Cela posé, nous allons parcourir les différentes hypothèses dans lesquelles cette théorie reçoit son application.

288. — *Première espèce. — Du cas où le partage est intervenu entre majeurs.* — Deux majeurs ont procédé à un partage *intentionnellement définitif* de la succession qui leur est échue (1). Cet acte est, plus tard, rescindé pour l'une des causes indiquées par la loi (Cod. Nap., art. 887). Un nouveau partage vient à faire. Doit-on y comprendre non-seulement les biens qui par l'effet de la rescision, sont censés n'avoir jamais été partagés, mais encore les fruits perçus divisément dans le temps intermédiaire ?... Oui, car le principal (le partage de la propriété) disparaissant *ex tunc*, ce qui n'en était qu'une conséquence accessoire (le partage implicite des jouissances) a disparu également *ex tunc*. Nos deux héritiers se trouvent absolument dans la même position que celle où ils étaient avant le partage rescindé. Les art. 466 et 840 du Code Napoléon

(1) Les envoyés définitifs en possession des biens d'un absent sont assimilés à des majeurs. (Arg. de l'art. 132). Ils peuvent faire un partage à l'amiable.

sont inapplicables à cette hypothèse. La loi n'y a pas décomposé l'opération en deux partages distincts pour la faire dégénérer en partage de jouissance, comme au cas des articles précités. Elle l'a prise dans son ensemble, comme un acte indivisible dont les clauses sont les causes les unes des autres.

289. — *Deuxième espèce. — Du cas où le partage s'est fait entre un majeur et le tuteur de son co-héritier mineur, sans les formalités prescrites.*

De deux choses l'une. *Ou les parties n'ont voulu faire qu'un partage ou une répartition temporaire des jouissances, et dans cette hypothèse,* leur convention est obligatoire tout aussi bien pour le mineur légalement représenté par son tuteur, que pour le majeur : d'où il suit qu'il n'y aura pas lieu au rapport à la masse du partage définitif, des fruits perçus dans le temps intermédiaire, par l'un ou l'autre des co-partageants provisionnels (1).

Ou elles ont agi avec le but avoué de se livrer à un partage définitif.... et alors, ce prétendu partage est radicalement *nul* en ce qui touche la division de la propriété. Le mineur devenu majeur peut toujours, dans cette hypothèse, demander un partage définitif à moins que la prescription n'ait été acquise suivant les art. 816 et 2262. En effet, il n'a pas été légalement fait

(1) Cod. Nap., art. 450.

avec tous les co-héritiers, puisque le mineur n'y a pas été représenté par son tuteur qui a excédé son mandat en partageant à l'amiable ce qu'il n'avait pas le pouvoir de partager.

Il ne faut pas oublier que le tuteur n'a pas le droit d'aliéner et que le partage est considéré, sous certains rapports, comme renfermant une véritable aliénation (1).

Mais s'il ne lui était pas permis de partager la propriété à l'amiable, il avait dans sa qualité d'administrateur de la chose d'autrui, le pouvoir de se livrer valablement à une répartition des jouissances qui ne constitue qu'un acte d'administration. L'opération tout irrégulière qu'elle est en ce qui touche le fonds, sera donc considérée par la loi (art. 466 et 840) comme un partage provisionnel valable, et lorsque viendra le partage définitif, les parties pourront conserver par devers elles, les fruits qu'elles auront perçus dans le temps intermédiaire, sans être dans l'obligation de les rapporter à la masse. On ne peut pas dire à l'égard des répartitions des jouissances, comme à l'égard du partage de la propriété, qu'il n'y a pas eu entre elles *accord des volontés* sur le partage provisionnel, puisqu'en partageant le plus on a partagé le moins et qu'on avait,

(1) Cod. Nap., art. 1998. Voy. M. VALETTE, *Explication sommaire du livre* Ier du Code Napoléon, n° 48, pag. 271.

de part et d'autre, la capacité requise pour partager les jouissances.

290. — *Troisième espèce.* — Même théorie en ce concerne *les envoyés en possession provisoire d'une succession échue à un absent.* Ils n'ont comme le tuteur que le pouvoir d'administrer, sans avoir celui d'aliéner (Cod. Nap., art. 120). Voilà pourquoi le législateur les a compris dans la rédaction de l'art. 840.

291. — *Quatrième espèce.* — Même théorie en ce qui touche *le mineur émancipé.* Il n'a le pouvoir de procéder à un partage définitif que avec l'autorisation prescrite (Cod. Nap., art. 838-484-466). Mais comme il est très-capable d'administrer, le partage auquel il a concouru est susceptible de valoir comme partage provisionnel, aux termes des art. 466 et 840 du Code Napoléon.

292. — *Cinquième espèce.* — Quant *au mineur non émancipé,* il n'a pas même, en principe, le pouvoir d'administrer, puisque, suivant l'art. 450, c'est son tuteur qui a reçu la mission de parler pour lui dans tous les actes de la vie civile, sans distinction entre *les actus legitimi* comme le partage en ce qui le concerne, et les autres actes qui ne sont astreints à aucune solennité. Il n'a donc ni la capacité de procéder à un partage définitif, ni même celle de procéder à un partage des jouissances, d'où il suit que s'il s'est livré personnellement aux opérations dont il s'agit, tout ce qu'il a

pu faire est *nul*. Mais il faut bien remarquer que cette nullité n'est pas absolue, qu'elle est simplement *relative,* et que, par conséquent, elle n'existe qu'à *son profit,* puisque, s'il est incapable de s'obliger envers les autres, il est très-capable d'obliger les autres envers lui (Cod. Nap., art. 1125). De sorte que le partage définitif à l'égard des uns, n'est pas même provisionnel à l'égard de l'incapable (1). Or, comme il n'est pas vraisemblable que l'art. 840 ait voulu déroger au principe général de l'art. 1125, il faut décider qu'un partage intervenu entre des majeurs et un mineur ne laisserait pas de rester obligatoire pour les majeurs, soit dans leurs rapports entre eux, soit dans leurs rapports avec l'incapable, et cela, lors même qu'il s'agirait d'un partage *intentionnellement définitif*.

Cela posé, voyons ce qui va se passer ensuite.

Supposons que le tuteur, sans se préoccuper de ce qu'a fait son pupille, provoque les majeurs à un partage définitif; devra-t-on y rapporter toutes les jouissances perçues dans le temps intermédiaire?... Oui, car il n'y a pas eu réellement accord *des volontés obligatoires* en ce qui concerne le mineur, même par rapport à la répartition des fruits. Cette répartition ne saurait être considérée comme un partage provisionnel suivant les art. 466 et 840, qu'autant que le tuteur

(1) Voy. Zachariæ-Aubry et Rau, § 623 *b*, et not. 14.

lui aurait apposé le sceau de la validité, soit en la ratifiant, soit en la remplaçant par une nouvelle convention avec les co-propriétaires de son pupille, dans le but de régler provisoirement les jouissances. Ainsi, dans cette hypothèse, le partage, même intentionnellement définitif, ne produit aucune espèce d'effet.

Mais il peut n'en être pas ainsi, si c'est le mineur lui-même qui provoque le partage définitif contre ses co-héritiers, à une époque postérieure à sa majorité. Car, dans cette dernière hypothèse, il faut distinguer, en ce qui touche le rapport des jouissances. Nous supposons, bien entendu, que l'action *familiæ erciscundæ* est encore recevable et que les co-partageants majeurs n'ont pas usucapé les lots qui leur ont été attribués par le partage primitif rescindable. (Cod. Nap., art. 816).

Le mineur devenu majeur demande-t-il la nullité complète du partage consenti en minorité? Dans ce cas, il y a lieu au rapport de toutes les jouissances; c'est évident, les parties n'ont jamais rien partagé.

Ne demande-t-il la nullité qui existe à son profit, qu'en ce qui touche le partage de la propriété et entend-il ratifier l'opération irrégulière en ce qui touche la répartition des fruits qui en a été l'accessoire? Dans ce cas, comme la rescision n'a lieu que dans son intérêt et qu'il lui est loisible, maintenant qu'il est capable, de renoncer à son action, en tout ou en partie, les jouissances ne doivent pas être rapportées. Le par-

tage provisionnel implicitement compris dans le partage intentionnellement définitif annulable, tient comme s'il avait été fait en majorité.

Vient-il, au contraire, ratifier le partage intentionnellement définitif, ou laisse-t-il passer le temps de la restitution sans exercer son action (Cod. Nap., art. 1304)? Il n'y a plus alors de nouveau partage à faire, puisque la ratification expresse ou tacite n'est rien autre chose que ce nouveau partage lui-même. Jusque-là, il ne paraît pas surgir de difficulté.

Mais, *quid juris*, si le mineur devenu majeur se contente de provoquer le partage définitif, sans demander la nullité du partage des jouissances résultant de la convention primitive annulable à son profit?... Les majeurs qui se sont obligés valablement envers lui, sont-ils fondés à s'opposer au rapport des jouissances, attendu que leur répartition a eu lieu d'une manière convenable et que le mineur n'a éprouvé aucune espèce de lésion?...

Je le pense, parce que la répartition des jouissances n'est qu'un acte de pure administration, et que, relativement aux actes de cette nature, le mineur, tout incapable qu'il est, n'est restituable que *tanquàm læsus*, et non pas *tanquàm minor* (Cod. Nap., art. 1305). A quoi bon, en effet, refaire le partage des jouissances, lorsque en fait il est constant que le nouveau partage ne pourrait arriver qu'au même résultat. Dans ce cas,

le mineur a prouvé par sa conduite intelligente dans l'affaire, quoique irrégulièrement traitée, que la protection de la loi lui était inutile. Il semble, dès lors, qu'il n'y a pas nécessité de faire rapporter toutes les jouissances perçues divisément dans le temps intermédiaire.

293. — *Sixième espèce.* — Lorsqu'une succession s'ouvre au profit *d'un présumé absent* (1), qui n'a pas laissé de procuration au moment de sa disparition, et qu'on n'invoque pas, pour l'écarter, l'art. 136 du Code Napoléon, il est représenté dans les opérations d'inventaire, de compte, partage et liquidation, par un notaire que le tribunal de l'ouverture commet à la requête de la partie la plus diligente (2). Supposons que ce notaire, au lieu de se renfermer dans son mandat, qui consiste à veiller aux intérêts du présumé absent, et à le représenter dans les opérations dont il s'agit, se permette de faire à l'amiable avec les cohéritiers de celui qu'il représente, un partage intentionnellement définitif, au mépris des art. 838 et 840 du Code Napoléon et de l'art. 985 du Code de procédure... un tel partage peut-il au moins valoir, comme règlement des jouissances, suivant la disposition finale de l'art. 840?

(1) Cod. Nap., art. 112.

(2) Cod. Nap., art. 110-822-113.

Les expressions *ou non présents,* qu'on lit dans la première partie de cet article sont de nature à faire penser que la loi a voulu que la seconde lui fût applicable. Cependant il paraît tout-à-fait impossible d'accepter une telle solution. Car il est certain que le notaire commis n'a pas le droit de provoquer le partage, à moins que le tribunal ne lui ait spécialement conféré ce pouvoir; d'un autre côté, il n'est pas administrateur des biens de la succession. Sa mission se borne à représenter le présumé absent dans les actes énumérés par l'art. 113. Dès lors, nous pensons qu'il y a eu un *lapsus plumæ* de la part du rédacteur de l'art. 840, lorsqu'après ces mots : *soit au nom des absents*, il a ajouté à tort ceux-ci : *ou non présents.* Comment un représentant judiciaire dont le mandat doit être restreint dans les limites les plus étroites, et qui n'a pas même le pouvoir d'administrer, pourrait-il faire une convention obligatoire pour la répartition des jouissances, c'est-à-dire une convention qui ne serait pas une convention, puisque l'accord des volontés réel, ou supposé tel, y serait impossible? Aussi, croyons-nous fermement qu'un partage, même intentionnellement définitif intervenu dans ces circonstances, ne saurait rentrer dans la disposition finale de l'art. 840, et qu'il devrait être considéré comme *nul et non avenu,* non-seulement quant à la division de la propriété, mais encore quant à la répartition des jouis-

sances. Il y aura donc lieu, arrivant le partage régulier, d'y rapporter tous les fruits perçus divisément dans le temps intermédiaire.

294. — *Septième espèce.* — L'art. 840 ne s'applique pas non plus à ceux *qui ne sont pas sur les lieux,* aux *non présents* qui ne sont pas *présumés absents,* bien que les termes de la loi semblent les comprendre dans ces mots, *ou non présents*. Il est évident que les rédacteurs n'ont pas eu des idées bien nettes sur la distinction qui doit être faite entre *les présumés absents* (Cod. Nap., art. 112-113), et *les non présents : putà* ceux dont le domicile est éloigné de plus de cinq myriamètres (Cod. proc., art. 928-931-942). Dans cette dernière hypothèse, les pouvoirs du notaire commis par le président et non pas par le tribunal entier comme au cas de *présomption d'absence,* s'évanouissent à la clôture de l'inventaire. Il est dès lors hors de doute qu'il a encore moins de capacité que le notaire *du présumé absent* pour procéder valablement, même en ce qui touche les jouissances, au nom de celui qu'il représente, à un partage susceptible de dégénérer en partage provisionnel suivant la fin de l'art. 840 du Code Napoléon (1).

(1) Voy. DEMANTE, tom. III, n° 170 *bis*, et tom. I, n° 142 *bis*, III.

SECTION III.

De la rescision du partage provisionnel.

SOMMAIRE.

295. — Le partage provisionnel peut être rescindé dans certains cas.

296. — Il est rescindé *ex tunc* pour causes anciennes et *ex nunc* pour causes nouvelles.

297. — Le co-héritier qui provoque le partage définitif doit-il au préalable faire annuler le partage provisionnel.

298. — De la durée de l'action en rescision *ex tunc* pour cause de violence, de dol ou de lésion.

---

295. — Le partage provisionnel peut être rescindé avec des effets divers suivant les cas qui se présentent.

Il est rescindable *ex tunc* pour l'une des causes de nullité ou de rescision indiquées par la loi (1). Il est rescindable *ex nunc* par le fait seul de la mise en exercice de l'action en partage définitif.

296. — Lorsque la nullité est prononcée pour cause *de violence, de lésion* ou *de dol*, les choses sont remises

(1) *Infrà*, tom. V, n^os^ 2 et suiv.

au même et semblable état qu'elles étaient avant le partage provisionnel. En conséquence, les co-héritiers qui procèdent au partage définitif doivent se faire compte réciproquement de toutes les jouissances antérieures comme si l'indivision de la jouissance n'avait jamais cessé.

Lorsque le partage provisoire est rescindé par l'apparition du partage définitif, ses effets subsistent pour le passé, il n'est anéanti que pour l'avenir : ce qu'on appelle rescindé *ex nunc* (1). On sent que dans cette dernière hypothèse, les co-partageants ne se doivent aucun compte des jouissances antérieures au partage définitif, puisque chacun d'eux a perçu *pro suo* les fruits produits par son lot provisoire. Mais cet état de choses cesse de plein droit dès qu'apparaît la demande en partage définitif : l'essence du provisoire étant d'être abrogé *de plano* par le définitif.

297. — Le co-héritier qui veut sortir du provisoire et provoquer le partage définitif doit-il, au préalable, faire annuler ou rescinder le partage provisionnel?

La solution de cette question dépend du but qu'il se propose. S'il n'élève pas la prétention de faire rapporter les jouissances antérieures, il peut, *de plano,* provoquer le partage définitif, sans conclure à l'annulation

(1) Ce n'est pas une vraie *rescision*. Voy. ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, § 623 note 17.

du partage provisionnel; dans ce cas, le partage provisoire est anéanti pour *l'avenir seulement*, par la demande en partage définitif, avec la confirmation du passé en ce qui touche les jouissances dont il n'y a plus à s'occuper.

Mais si le demandeur prétend avoir éprouvé une lésion de plus du quart (Cod. Nap., art. 887) ou même une simple lésion au cas de l'art. 1305, dans le premier partage, ou si son consentement a été extorqué par violence ou surpris par dol; si, en un mot, il entend faire procéder au partage définitif avec le rapport de toutes les jouissances antérieures, il y a nécessité par lui de commencer par faire rescinder le partage provisionnel *ex tunc*, afin que les choses puissent redevenir *entières* pour être l'objet du partage définitif.

298. — Remarquons que l'action en rescision *ex tunc* du partage provisionnel pour cause *de violence*, *de dol* ou *de lésion* ne dure que dix ans, tandis que l'action en rescision *ex nunc* du même partage est perpétuelle. En effet, le partage définitif peut *toujours* être demandé suivant l'art. 815 du Code Napoléon et nous savons que la rescision *ex nunc* du partage provisionnel est essentiellement liée au partage définitif. Or, l'action en partage est, en principe, perpétuelle. *Tant dure l'indivision, tant dure l'action pour la faire cesser.*

CHAPITRE III

Du partage définitif (Cod. Nap., art. 815 et suiv.).

299. — MÉTHODE. — Après avoir traité du partage provisionnel nous passons au partage définitif de l'hérédité active.

Nous diviserons ce chapitre en trois sections :

La première sera consacrée à la notion générale du partage;

La deuxième à l'indication de ceux entre lesquels il intervient;

Et la troisième au retrait successoral.

SECTION Ire.

Notion générale du partage.

SOMMAIRE.

300. — Histoire. Droit romain.

301. — Notion du partage dans la législation actuelle.

301 *bis*. — C'est à l'intention qu'il faut s'attacher pour décider si telle ou telle opération est un partage. Doctrine de Dumoulin.

302. — Suite.

303. — Suite en ce qui touche *la licitation*.

304. — Notion du partage, suivant Pothier.

300. — *Histoire.* — *En droit romain* la notion du partage laisse beaucoup à désirer. La science n'y est pas encore faite en ce qui touche cette institution de la famille. Le partage y apparaît comme un acte *sui generis*, tenant de la vente (1) et de l'échange (2), sans caractère bien déterminé. En vain, Blæsus et Trebatius ont comme un pressentiment de la destinée qui attend le partage, Labéon condamne leur doctrine *comme fausse* et son opinion prévaut (L. 31, ff. *De usu et usufructu*).

Mais, s'il est vrai que les textes nous représentent l'événement juridique qui nous occupe, tantôt comme participant de la nature *de la vente*, tout en lui refusant les caractères d'un contrat *consensuel*, puisque le consentement n'y produit d'action qu'autant qu'il a été accompagné soit d'une *stipulation*, soit d'une *tradition* (3), s'il est vrai également que les lois romaines l'assimilent *à un échange*, et, parfois, aux actes *innommés*, susceptibles de donner lieu aux actions obscures *præscriptis verbis* (4), il ne faut pas moins reconnaître que

(1) *Vicem emptionis obtinere placuit.* L. 1, Cod. *Comm. utriusque judicii...*,

(2) *Quasi certâ lege permutationem fecerint.* L. 20, § 3, ff. *Famil. erciscundæ.*

(3) Divisionis placitum nisi stipulatione, vel traditione sumat effectum ad actionem, ut nudum pactum, nulli prodesse potest. L. 45, ff. *De pactis.*

(4) De ce que le juge de l'action *familiæ erciscundæ* avait omis de forcer

tout cela est loin d'être précis, et qu'on sent, à chaque pas que l'on fait dans l'étude du *corpus juris* à cet égard, que l'avenir a beaucoup à conquérir en cette matière. Aussi, n'est-il pas d'institution qui se soit plus ressentie de l'action du temps que le partage. C'est une curieuse et utile recherche que celle qui consiste, malgré les difficultés dont elle est hérissée, à suivre et à apprécier, au point de vue du publiciste, les développements de la théorie romaine dans ses rapports avec la fiscalité féodale, et dans ses luttes avec les jurisconsultes civilisateurs du XVI^e^ siècle, notamment avec Dumoulin. Déjà, des tentatives ont été faites pour éclairer cette partie obscure de l'histoire de notre droit français, et les travaux qu'un jeune magistrat, très-heureusement doué, a récemment publiés sur cette scabreuse matière, nous seront d'un grand secours lorsque nous nous occuperons des effets du partage (1).

les parties à se garantir par des stipulations réciproques les évictions futures, il ne résultait pas pour cela qu'aucune garantie ne fût due, le cas échéant. Seulement, comme l'action *ex stipulatu* était impossible, dans cette hypothèse, c'était le cas de recourir à l'action *præscriptis verbis* : espèce de panacée universelle qui servait dans tous les cas où il y avait doute sur le nom d'un contrat ou de l'action qu'il fallait lui appliquer. Voy. à cet égard, L. 14. Cod. *Famil. erciscund.* et M. BONJEAN, *Traité des actions*, § 271. ZIMMERN et les notes de M. ETIENNE, § 50, et surtout M. DEMANGEAT, *Traité élémentaire du droit romain*, tom. II, pag. 573 et suiv. Voy. aussi M. LABBÉ, *Revue pratique*, tom. XIX, pag. 529 et suiv.

(1) Voy. les articles publiés par M. AUBÉPIN *sur l'influence de Dumoulin en matière de partage. Revue critique de législation*, tom. XVII, pag. 536, et XVIII, pag. 515. *Infrà*, tom. IV, n^os^ 217 et suiv.

En attendant, nous tenons, dès à présent, pour certain que chez les Romains la convention du partage, suivie de tradition ou rendue obligatoire par la stipulation, finissait par aboutir à une *aliénation*. Ce n'était pas ce qu'on appelle en droit *un acte d'administration*. En tombant dans l'indivision au moment de l'adition d'hérédité, les co-héritiers étaient censés s'être obligés *quasi ex contractu* à la faire cesser, et cette obligation trouvait sa sanction dans l'action *familiæ erciscundæ*. Nos maîtres en législation n'ont pas connu la règle si remarquable, consacrée depuis par l'art. 883 du Code Napoléon. Chez eux, le partage était *attributif* et non pas seulement, comme chez nous, *déclaratif* de la propriété; mais, ce n'est pas à dire pour cela que la loi qui nous régit n'ait pas conservé des traces nombreuses de l'institution primitive. Les difficultés d'interprétation que l'on rencontre dans cette matière, consistent précisément à rechercher en quoi et par quels motifs les anciens principes ont été abandonnés et en quoi et pourquoi ils ont été conservés sous certains rapports, malgré l'absence de leur base primordiale.

301. — *Notion généralisée du partage dans notre droit actuel.* — Le partage définitif est un acte d'une nature *différente, particulière et singulière qu'il est bien difficile de définir à raison de ses caractères complexes.* Son objet principal est de faire cesser l'indivision entre

les co-héritiers, au moyen de cantonnements assignés, suivant les droits de chacun, sur des portions déterminées des choses héréditaires communes. Chaque héritier y acquiert en solidité ce qu'il perd en étendue. Son droit idéal qui planait sur le tout s'y matérialise ou s'y consolide dans son lot (1).

Lorsque ces cantonnements ne peuvent, à raison de la nature des valeurs indivises, s'effectuer commodément et sans perte, eu égard aux droits des co-propriétaires, c'est le cas de suppléer au partage en nature par la licitation qui en tient lieu (2). La licitation de même que le partage fait cesser définitivement l'indivision ; mais ce n'est pas par des cantonnements assignés sur des portions de la chose commune que ce résultat s'obtient, c'est au moyen d'une opération de vente amiable ou judiciaire, qui convertit en argent la chose commune elle-même, et que les co-propriétaires consentent ou sont censés consentir, soit au profit de l'un d'eux, soit au profit d'un étranger, moyennant une valeur facilement partageable. La licitation est un moyen de faciliter le partage et la liquidation à faire entre les co-héritiers.

La voie juridique par laquelle chaque co-héritier et généralement chaque co-propriétaire indivis peut

(1) Cod. Nap., art. 883 combiné avec l'art. 724.

(2) Cod. Nap., art. 827.

contraindre son co-héritier ou son co-propriétaire à partager ou à liciter les biens communs, s'appelle *action en partage* ou *licitation*. Quand toutes les parties sont majeures et maîtresses de leurs droits. Il n'y a nécessité de recourir à cette action qu'autant qu'elles ne s'entendent pas sur les moyens de faire cesser l'indivision à *l'amiable*. De là deux espèces de partages, *le partage amiable* et *le partage judiciaire,* comme aussi deux espèces de licitations, *la licitation amiable* et *la licitation judiciaire*.

Nous reviendrons plus loin sur cette *notion* du partage qui n'en donne que l'une des faces. Il ne faut pas perdre de vue que c'est un *acte complexe* dont une définition ne saurait exactement reproduire tous les caractères. *Est enim divisio contractus* (vel potiùs actus *mixtus*), participans *de distractu et contractu, et de permutatione et venditione, et tamen, propriam et distinctam habet naturam* (1).

301 *bis*. — Du reste, ici, comme presque toujours,

(1) DUMOULIN. Paris, tit. I, § 33, glose 1, n° 74. Cette définition se réfère plutôt aux idées originaires qu'à celles qui ont fini par être admises par DUMOULIN lui-même dans son *Traité des censives*. (Voy. *infrà,* tom. IV, n° 286). Il ne faut donc l'admettre qu'avec réserve, bien que le partage ait certainement conservé dans notre droit actuel quelque chose *du caractère d'aliénation* qu'il offrait dans le principe, notamment en matière de capacité des co-partageants, de la garantie des lots et des priviléges qui s'y rattachent. Ne perdons jamais de vue que l'élément nouveau et l'élément ancien poursuivent dans cette institution telle qu'elle nous est parvenue, leurs carrières chacun de leur côté. La dextérité de l'interprète y consiste surtout à bien faire leurs parts.

la nature de l'opération doit s'apprécier d'après l'intention des parties qui y procèdent. Peu importe le nom qu'il leur a plu de lui donner. Qu'un acte se présente sous forme *de vente*, *de cession*, *de renonciation*, *d'échange ou transaction*, dès là qu'il a pour objet principal de mettre fin à l'indivision, *c'est un partage*. Le point capital qu'il faut d'abord et surtout éclairer, pour sortir des difficultés qui surgissent souvent dans les tribunaux en ces matières, est de voir, avant toute chose, si l'intention dominante des communistes a réellement été *de sortir d'indivision*. Si cette intention n'apparaît pas, nul doute que les principes du partage ne sauraient s'appliquer à l'acte en litige. *Quùm non intendunt dividere*, dit Dumoulin (1), *non est divisio, nec respectu materiæ, nec respectu formæ, nec respectu intentionis, sed est alius contractus, vel alia species mutationis et translationis rei.*

302. — « Enfin, dit M. Aubêpin (2), ce n'est pas « non plus la manière dont les choses indivises sont « réparties entre les co-partageants qui détermine *la* « *nature* du partage. La chose fût-elle attribuée en « totalité à l'un d'eux, à la charge de récompenser les « autres, il n'y en aurait pas moins *partage, quia prin-* « *cipalis intentio fuit dividere*. L'attribution dont il

(1) *Eod. loco*, n° 70. Cod. Nap., art. 888.

(2) *Revue critique*, tom. XVIII, pag. 516.

« s'agit est un mode de l'acte, elle ne touche en rien à « sa substance. *Illa assignatio dependet et incepit à « causâ necessariâ divisionis.*

« Il en est autrement de la nature des choses qui « sont données en retour par le co-partageant ainsi loti « à ses autres co-partageants. Si le retour est fait en « argent, la décision ne change pas. L'opération reste « *un partage*. S'il est fait en immeubles ou en valeurs « mobilières, il faut distinguer le cas où il est fait en « immeubles ou en meubles *indivis* dépendants de la « masse partageable, de celui où il a lieu en immeu- « bles ou en meubles propres à celui qui le fait. Dans « le premier cas il n'y a pas de mutation, il n'y a « qu'un partage *déclaratif* de la propriété; dans le « second, il y a un échange et non pas un partage, « *quia respectu hujus rei, non potest dici divisio, sed « permutatio quùm res non sit de communione* (1).

303. — « Les mêmes principes gouvernent la lici- « tation, continue M. Aubépin, une distinction est « cependant nécessaire.

« Ou la licitation est faite avec admission d'étrangers, « et elle perd alors son caractère de partage. Elle de- « vient, dans le système de Dumoulin, une aliénation « ordinaire, quel que soit d'ailleurs l'adjudicataire, que

(1) DUMOULIN, *loco. cit.*, nos 69-76-78. *Contrà*, D'ARGENTRÉ, *Droit du prince*, art. 73, note 4, n° 3, et DALLOZ, *V° Enregistrement*, n° 2702. DUTRUC, n° 43.

« ce soit un étranger ou l'un des co-licitants (1). Pour-
« quoi? parce que, dans cette hypothèse, elle a une
« existence propre et qu'elle puise en elle-même sa
« raison d'être, *quùm sit vera venditio per se princi-*
« *paliter subsistens*.

« Ou la licitation a lieu, sans admission d'étrangers,
« et alors elle reprend sa nature de partage. Elle puise
« sa raison d'être dans l'intention préexistante des
« parties de sortir d'indivision, *non est contractus per*
« *se æquè consistens et separatus a divisione, sed executio*
« *et finis divisionis cœptæ* (2). »

304. — Dans Pothier que les rédacteurs du Code Napoléon ont copié, *le partage nous apparaît comme un acte qui détermine la part indéterminée que chaque co-héritier avait, avant la division, dans la masse partageable aux seules choses qui tombent dans son lot* (3). Il n'a que des rapports très-éloignés avec le partage romain. Nous aurons plus tard à faire application de ces

(1) L'opinion de DUMOULIN a été, depuis, abandonnée par la pratique sous deux rapports. Il y a *aliénation ordinaire* quand c'est un étranger qui reste adjudicataire, et *partage* si c'est l'un des co-licitants. Dès que l'enchère de l'étranger est couverte par un co-licitant, il est vrai de dire que l'étranger s'efface et que la licitation ne se passe en réalité qu'entre les co-licitants dont le but est de sortir d'indivision. M. MOURLON (tom. II, pag. 202) prétend qu'il en devrait être de même, lorsque c'est un étranger qui reste adjudicataire. Mais nous suivons un autre principe dans ce dernier cas.

(2) DUMOULIN, *loco cit.* n^os^ 73-74.

(3) POTHIER, *Traité de la communauté*, n° 711. Voy. GUYOT, *Répert. V° Partage.*

principes particuliers à notre droit français et nous verrons quelles en sont les conséquences, lorsque nous nous occuperons du célèbre art. 883 du Code Napoléon.

SECTION II.

Entre quelles personnes a lieu le partage de l'hérédité.

SOMMAIRE.

305. — *Droit romain.*
305 *bis*. — *Droit français.*

---

305. — *Droit romain.* — Le partage s'y fait entre ceux qui sont appelés à l'hérédité, soit par le droit civil, soit par le droit prétorien (1) : ce qui comprend les héritiers institués par testament, les héritiers *ab intestat* et leurs représentants (2), *les bonorum possessores*, et généralement tous les successeurs prétoriens, comme aussi ceux auxquels l'hérédité a été restituée

(1) L. 24, § 1, ff. *Familiæ erciscundæ*. L. 40, *eod. tit*. Voy. CUJAS sur la loi 2, ff. *Familiæ erciscundæ*.

(2) Celui-là seul à qui une hérédité est déférée, peut l'accepter *en personne*. Cependant cette règle du droit romain dont la conséquence est que l'héritier de l'appelé n'aurait pas le droit d'accepter la succession déférée à son auteur, lors même que ce dernier serait mort, sans l'avoir répudiée, souffre des exceptions *dans les cas de transmissions*. (Voy. MAREZOLL, § 197).

en vertu du sénatus-consulte Trébellien (1). Il faut y ajouter les acheteurs de l'hérédité *tanquàm ex jure cesso* (2), et l'adrogé impubère auquel la constitution impériale de *divi Pii (de Antonin le pieux)*, attribue le quart des biens (3). On n'y voit pas figurer *les légataires partiaires*, par la raison qu'ils sont assimilés bien plutôt *à des créanciers* qu'à des héritiers, puisque l'héritier institué pouvait leur faire leurs parts et les exclure de l'hérédité en leur payant leurs legs, suivant la règle, *electio debitoris est* (4).

Le droit de provoquer le partage appartient à tous les successeurs *per universitatem* précités, lors même qu'ils seraient convenus entr'eux de rester complètement dans l'indivision, ou que le testateur leur aurait interdit tout partage (5).

(1) L. 24, § 1, ff. *Familiæ erciscundæ* précitée.

(2) Argument de la loi 54, ff. *De hæred. petit.* et L. 2, ff. *Famil. erciscundæ.*

(3) Dictâ lege 2, § 1. Quoiqu'il ne soit ni un héritier, ni un successeur prétorien, on lui donne l'action utile *familiæ erciscundæ.* Voy. CUJAS, *ad hanc legem, loc. cit.*

(4) L. 26, §§ 2-27, ff. *De legat.*, 1° et CUJAS sur la loi 23 du même titre. Voy. DUCAURROY, *Instit. expliquées*, n° 776. Il ne faut pas assimiler les légataires partiaires aux héritiers institués, comme l'a fait à tort M. Nicias Gaillard, lors de l'arrêt de cassation du 13 août 1851 dont nous avons refuté la doctrine tom. II, n° 243.

(5) Argument des lois 43, ff. *Famil. ercis*, L. 5, Cod. *Comm. divid.*, L. 70, ff. *Pro socio.* La prohibition de partager ne peut valoir que pour un temps déterminé (L. 14, ff. § 2, *Comm. divid.*) Voy. sur ce point important des sources de l'art. 815 du Cod. Napoléon, M. DUTRUC, *Traité du partage*, n°s 2 et suiv., et MERLIN, *Répert. V° Partage*, § 1.

Si la succession est déférée pour partie à un mineur, ni son tuteur ou curateur, ni lui-même ne peuvent provoquer le partage qu'en observant les formalités du décret du magistrat. Il en est autrement quand c'est un majeur qui prend l'initiative dans l'action *familiæ erciscundæ* (1).

305 *bis*. — *Droit français*. — *En droit français*, tous les héritiers légitimes, les successeurs irréguliers, les donataires de succession, et les légataires partiaires qui se trouvent en communauté par suite du décès de leur auteur, ont le droit de provoquer le partage pour sortir d'indivision. L'art. 815 est général ; il s'applique même à toutes les indivisions qui peuvent exister pour une cause quelconque, autre que l'ouverture d'une hérédité (2).

Il est à noter que, chez nous, à la différence de ce qui se passait à Rome à l'égard des légataires *partiaires*, les successeurs aux biens, quoique ne succédant pas à la personne du *de cujus* (Cod. Nap., art. 756), sont cependant plus que *des créanciers* de la succession. Ils peuvent exiger leurs parts en nature, et pour la faire déterminer, exercer l'action en partage, tout aussi bien que des héritiers légitimes. Sous ce rapport, *hæredum*

(1) L. 7, ff. *De reb. eor. qui sub tut.*, et L. 17, Cod. *De præd. et aliis rebus min.* (Cod. Nap. art. 460).

(2) *Infrà*, tom. IV, n° 234.

loco habentur. Mais il est bien entendu que *l'exercice* des droits attachés à la qualité de successeurs aux biens n'a lieu au profit de ces sortes de successeurs qu'autant qu'ils ont obtenu l'envoi en possession ou la délivrance, conformément aux prescriptions de la loi (1). Jusque-là leur vocation ne leur donne qu'un droit à la chose ; ils n'en n'ont pas la saisine (2). Il faut qu'ils s'inclinent devant la famille ou devant la justice pour l'obtenir.

Cela posé, voyons quels sont ceux qui peuvent être écartés du partage.

SECTION III.

Du retrait successoral, de l'action en subrogation ou du droit de préemption.

SOMMAIRE.

306. — Notion du retrait successoral.
307. — Suite.
308. — Origines de l'art. 841 du Code Napoléon.
309. — Le droit de retrait est attaché à la qualité de successible.
310. Cette institution est critiquée par les jurisconsultes.
311. — Méthode.

(1) Cod. Nap., art. 773, 769, 770, 771, 772, 1008, 1011.

(2) Arg. de l'art. 1014.

306. — *Notion du retrait successoral.* — Le retrait successoral que quelques jurisconsultes appellent *l'action en subrogation ou en préemption (jus prælationis*, dit Dumoulin), est un droit d'une nature particulière que la loi attache à la qualité de successible à titre universel, et qu'elle donne par l'art. 841 du Code civil aux héritiers collectivement et individuellement, afin qu'ils puissent écarter du partage, en les désintéressant, les cessionnaires de droits successifs, qui, sans cette élimination, seraient fondés à s'y présenter *ex jure cesso*. C'est une sorte d'expropriation forcée que les anciens Parlements ont introduite en France, dans l'intérêt de la paix des familles, et qui s'est, malgré l'abrogation des retraits *féodal, lignager, conventionnel* et autres analogues (1) avec lesquels elle n'avait, du reste, que des rapports éloignés, perpétuée dans notre législation (Cod. Nap., art. 841). Le motif qui a décidé la révolution à abroger les retraits du droit coutumier, ne parait avoir été pour rien dans la création de cet art. 841. Ce serait une erreur de le rattacher à une idée politique dont l'objet aurait été la conservation, pourtant désirable, des biens dans la famille. Les rédacteurs du Code ne se sont pas préoccupés de ce côté

(1) Voy. décrets des 13-18 juin, 19-23 juillet 1790, 13 mai 1792, 2-30 septembre et 1 octobre 1793, et à cet égard, *Revue de législation Wolowski*, 1844, tom. III, pag. 517-522. Voy. aussi un décret *de la Convention* du 19 floréal an II, qui supprime *le retrait successoral ou de convenance*, et à cet égard BENOIT, *Du retrait successoral*, nos 3 et suiv.

de la question. Les idées de nos pères sous ce rapport, avaient cessé d'être en faveur en 1803 (1).

307. — Le droit de préemption dont il s'agit s'appelle *retrait de convenance ou successoral*, parce que l'héritier qui désintéresse le cessionnaire des droits successifs de son co-héritier, *prend son marché pour se mettre à sa place. Otes-toi de là, que je m'y mette.* La bonne intelligence toujours désirable dans les partages, le veut ainsi. Donc, le co-héritier ou le successeur *per universitatem* appelé à prendre part au partage, *proprio jure, retire, retrait* les droits à la succession que son co-successible co-partageant a aliénés au profit d'un tiers. « *Le droit de retrait*, dit Pothier (1), *n'est rien « autre chose que le droit de prendre le marché d'un autre, « et de se rendre acheteur à sa place.* » Si la loi n'a pas ainsi qualifié l'action *en subrogation ou en préemption* dont nous nous occupons, cela tient à son désir de ménager des susceptibilités révolutionnaires qui existaient encore à une époque voisine de celle où l'on avait aboli, aux applaudissements de la nation, tout ce qui

(1) Voy. sur la notion *du retrait successoral*, DUTRUC, *Traité du partage*, nos 477 et suiv. TOULLIER, tom. IV, nos 433 et suiv. DEMANTE, tom. III, n° 171. DEMOLOMBE, *Success.*, tom. IV, nos 1 à 14. MOURLON, *Répét. écrites*, tom. II, pag. 141. ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, § 359 *ter*, 8°. Une dissertation de M. HEAN, ancien notaire (*Revue pratique*, tom. XVIII, pag. 323 et suiv.) GABRIEL DEMANTE, *sur l'Enregistrement*, n° 717. CHAMPIONNIÈRE et RIGAUD, tom. III, n° 2160. BENOIT, *Du retrait successoral*, chap. I, nos 1 et suiv., et le 104e plaidoyer de l'avocat général SERVIN, dans ses œuvres complètes.

(2) *Traité des retraits*, n° 1.

rappelait le régime féodal ; mais la science ne s'arrête pas à ce motif futile, et elle continue à qualifier de *retrait* le droit dont il s'âgit (1).

308. — *Origines de l'art.* 841 *du Code Napoléon.* — On serait tenté de rattacher les sources de cet article à l'ancien retrait *d'indivision ou de communion* en usage dans certaines coutumes (2) ; mais on courrait risque de s'égarer dans cette voie. Les arrêts des Parlements (3) et nos anciens jurisconsultes qui ont créé cette institution, lui donnent une tout autre origine. Ils la font dériver du *retrait litigieux* (Cod. Nap., art. 1699-1701, et LL. 22 et 23 au Code *Mand.)* C'est à une interprétation *extensive* des lois *per diversas et ab Anastasio* considérées comme autorisant virtuellement un *rachat,* par cela seul qu'elles limitent les prétentions des cessionnaires, que nous devons d'avoir à nous en occuper.

« Si l'un des héritiers, dit Lebrun (4), cède ses droits « successifs à un étranger (c'est-à-dire, à un non suc-

(1) Voy. un article de M. BRIVES-CAZES, *dans la Revue de législation Wolowski*, 1851, tom. I, pag. 71-74.

(2) Voy. MERLIN, *Répert. V° Droits successifs*, et tom. XVI, n° 12. *Eod. V°* et *V° Retrait de communion ou d'indivision.* DUCAURROY, tom. II, n° 680, note 4.

(3) Cités par MERLIN, *Répert.*, tom. IV, *V° Droits successifs*, n° 8, et par BENOIT *(loc. cit.*, n° 2).

(4) *Success.*, liv. IV, chap. II, sect. 3, n° 66. Voy. aussi GUY-COQUILLE, *Coutume du Nivernais*, art. 26 du titre *du retrait lignager.* TIRAQUEAU,

« cessible, lors même qu'il serait l'un des parents du « défunt), en ce cas, les autres héritiers sont reçus à « rembourser cet étranger pour l'empêcher de se venir « mêler parmi eux (motif principal), et de pénétrer le « secret de la famille (considération accessoire). Nous « avons étendu jusques-là les lois *per diversas et ab* « *Anastasio,* quoi qu'elles ne parlent pas de ce cas : ce « que nous avons fait par cette raison qu'il y a ordi- « nairement de la vexation ou un extrême intéresse- « ment de la part de l'étranger curieux d'apprendre « les affaires d'autrui (raison secondaire) : *curiosus quin* « *sit malevolus,* dit Plaute (1). » C'est, comme on le voit, un retrait *de convenance*. On a voulu expulser du sanctuaire de la famille, les spéculateurs de droits successifs qui, trop souvent, ne reculent devant aucune chicane pour satisfaire leurs convoitises. « Le partage « est un banquet dont chacun des convives a le droit « de chasser *les intrus* qui pourraient troubler la « fête (2). »

Voilà la véritable origine de l'art. 841 du Code Napoléon.

309. — Ainsi, le droit de retraire qui se donne soit par voie d'action, soit par voie d'exception, contre les

Du retrait, § 29, glos. 1, n^os^ 1 et suiv. Voy. sur la cession *des droits litigieux*, ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, tom. III, § 359 *quater*.

(1) *Stich*, acte 1, scène 3.

(2) HEAN, *Revue pratique*, tom. XVIII, pag. 329.

cessionnaires de droits successifs, occupe dans la théorie des droits personnels une place qui lui est propre. Ce droit est attaché à la personne *comme successible*. Il est inhérent à la qualité de co-partageant plutôt qu'à celle d'héritier proprement dit, et sa cohésion à cette qualité est telle qu'il ne peut en être détaché par des cessions entre vifs, même à titre gratuit, pour être mis en mouvement par un autre : d'où il résulte que les créanciers particuliers de l'un des co-héritiers du cédant ne peuvent l'exercer, *du chef* de leur débiteur, suivant l'art. 1166 du Code Napoléon, bien que ce dernier y soit autorisé par la loi.

On sent, en effet, que la substitution d'une personne étrangère à une autre personne étrangère également, n'atteindrait en aucune façon le but que s'est proposé l'art. 841. Le retrait successoral appartient à cette catégorie, du reste très-peu nombreuse, de droits spéciaux qui sans être, *stricto sensu*, exclusivement attachés à la personne dans le sens de la règle : *Quæ personæ sunt ad hæredes non transeunt*, sont cependant liés à cette personne en tant qu'elle se trouve appelée au partage en telle ou telle qualité au point de ne pouvoir s'en détacher valablement. Si les successeurs universels sont admis à exercer le retrait du chef de leur auteur, c'est parce que la qualité de successible qu'avait le défunt se trouve implicitement comprise dans leur acquisition à cause de mort.

310. — Notons, avant de nous engager dans les détails de l'institution qui nous occupe, que nos meilleurs interprètes du Code Napoléon critiquent l'extension que nos anciens Parlements ont donnée aux lois *per diversas et ab Anastasio,* et que, à les en croire, il aurait autant valu respecter le droit de propriété et la liberté des conventions que d'y porter atteinte par l'art. 841, comme l'ont fait les rédacteurs du Code Napoléon. Cet article ne serait qu'un vestige des faveurs parfois exagérées dont nos pères se plaisaient à combler la famille (1). « Il est permis de se demander, « dit M. Demolombe (2), si les avantages du retrait « successoral compensent les inconvénients qui en ré- « sultent, et si, tout compte fait, nous n'avons pas eu « plus de procès avec lui que nous n'en aurions eu sans « lui. » Les tables de Devilleneuve, du *Journal du Palais,* et de Dalloz, prouvent en effet la vérité de cette observation. Et cependant l'institution, toute critiquée qu'elle est, continue sa carrière. C'est que nous n'aimons pas, en France, ceux que Paul caractérisait si bien, en les appelant les *alienis fortunis inhiantes,* c'est-à-dire *ces spéculateurs avides* qu'on rencontre partout exploitant la famille. Chaque fois que l'occasion

(1) Voy. Zachariæ-Aubry et Rau, tom. III, § 359 *ter,* note 13. Toullier, tom. IV, nos 435-436. Suivant lui, la loi n'atteint pas son but.

(2) *Successions*, tom. IV, nos 11-12. Cass., 21 avril 1830. Devill., 1830, 1-169.

se présente de nous en débarrasser, nous ne nous y épargnons pas. Le bénéfice de retraire est d'ailleurs quelquefois très-utile, lorsque les co-héritiers se trouvent en présence de cessionnaires étrangers difficultueux qu'il importe de ne pas associer aux affaires de la famille. De là, l'art. 841 du Code Napoléon (1).

311. — *Méthode.* — Nous diviserons cette section en trois paragraphes.

Dans le premier, nous nous occuperons de ceux qui sont autorisés par la loi à exercer le retrait successoral et de ceux auxquels ce droit est refusé.

Dans le second, nous verrons contre quelles personnes il peut ou non s'exercer.

Dans le troisième, quelle est la durée de l'action en retrait, à quelles conditions elle peut se produire utilement, et quels sont les effets de cet événement juridique.

§ 1er.

DE CEUX QUI ONT ET DE CEUX QUI N'ONT PAS LE DROIT D'EXERCER LE RETRAIT.

SOMMAIRE.

312. — A. De ceux qui ont le droit d'exercer le retrait successoral. *Enumération.*

(1) Voy. le rapport de CHABOT au Tribunat *sur le titre des successions.* Motifs de l'art. 841.

313. — Les successibles peuvent l'exercer ensemble ou séparément.

314. — B. De ceux qui n'ont pas le droit d'exercer le retrait. *Enumération.*

---

312. — A. — *De ceux qui ont le droit d'exercer le retrait successoral.*

Peuvent exercer le retrait successoral :

1° *Les co-héritiers autres que le cédant.* (Cod. Nap., art. 841-1628.) Par cette expression : *co-héritiers*, il faut entendre les successibles co-partageants à titre universel. Peu importe qu'ils n'aient accepté que sous bénéfice d'inventaire (1)...

2° *Les successeurs irréguliers, l'enfant naturel, les légataires à titre universel et les donataires de succession* (art. 756, 1009, 1010, 1082). En effet, ils sont des co-partageants successibles en vertu *d'un droit qui leur est propre.* La question de savoir s'ils continuent ou non la personne du défunt comme des héritiers légitimes est ici indifférente. L'art. 841 a voulu donner aux co-partageants le moyen d'éliminer en les remboursant, les spéculateurs de droits successifs. Il suffit

(1) Il est évident que l'héritier bénéficiaire est un successible co-partageant dans le sens de l'art. 841; l'opinion contraire de M. BENOIT (*Traité du retrait successoral*, n° 10) ne saurait être admise. (Comparez Cod. Nap., art. 843.) Voy. Amiens, 13 mars 1806 et Cass. rejet du 1er décembre suivant. DEVILL. à sa date et la note qui contient une foule de citations conformes à notre opinion. ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, § 359 *ter*, note 26.

donc d'être co-partageant *proprio jure* pour pouvoir user de la faculté que cet article concède aux successibles. Or, il est évident que *les enfants naturels, les légataires per universitatem* et *les donataires de succession* ont droit, par leur vocation, à des parts en nature dans la masse partageable et que s'ils ne sont pas des héritiers proprement dits, ils ne sont pas moins des co-partageants dans le sens de l'art. 841. Peu importe qu'ils se trouvent en concours avec des successeurs à la personne ou avec des successeurs aux biens comme eux. Ces expressions : *co-héritiers et successibles, co-partageants*, sont ici synonymes (1).

(1) Voy. TOULLIER, tom. IV n° 441. MERLIN, *V°, Droits successifs*, n° 9. VAZEILLE, art. 841, n° 5. PROUDHON, *Usufruit*, tom. II, n° 746. CHABOT, art. 841, n°s 6-14. DURANTON, tom. VII, n°s 186, 89 et 90. DUTRUC, n° 503. DEMANTE, tom. III, n° 171 *bis*. DEMOLOMBE, tom. IV, n°s 16, 18 et 19. MARCADÉ, art. 841, II. MOURLON, *loco cit.* p. 142, 143. ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, § 359 *ter*, 8°, note 25. ROLLAND DE VILLARGUES, *Rép. Not. V°, Retrait successoral*, n°s 9, 10, 11. BENOIT, *Retrait successoral*, n°s 5, 6, 7. POUJOL, *Succes.* art. 841, n° 2. TAULIER, tom. III, p. 297. ZACHARIÆ-MASSÉ et VERGÉ, § 407, note 11. La jurisprudence est conforme. Voy. notamment Cass. 16 juillet 1861, DEVILL., 1861, I-817 et suiv. et la note de l'arrêtiste avec les autorités qui y sont citées. Cependant quelques auteurs tiennent l'opinion contraire. Ils n'accordent, avec plusieurs Cours d'appel, le droit de retraire *qu'aux membres de la famille légitime*, mais il ne faut pas perdre de vue que les rédacteurs du Code Napoléon ne se sont pas préoccupés de la question politique de la conservation des biens dans la famille. Ils n'ont voulu que écarter les spéculateurs avides et maintenir, par ce moyen, l'harmonie et la bonne intelligence *dans les partages*. Tous ceux qui y sont appelés en vertu d'un droit *qui leur est propre* sont donc admis au bénéfice de l'art. 841. Il suffit d'être co-partageant, *proprio jure*. Voy. pourtant DUCAURROY, tom. II, n° 682. LOISEAU, *Enfants naturels*, pag. 713. RICHEFORT, *Etat des familles*, tom. III, n° 425. RODIÈRE, *Journal du Palais*, 1862, pag. 363. Mais voy. la dissertation de M. HEAN, *Revue pratique*, tome XVIII, pag. 321.

3° Le donataire de succession ou le légataire universel auquel l'un des successibles co-partageants aurait donné ou légué ses droits successifs, pourrait-il exercer le retrait contre le cessionnaire de l'un des cohéritiers du donateur ou du testateur?

Pourquoi pas? Le droit de retraire est *personnel*, sans doute, mais il n'est *personnel* que sous certains rapports. Il est certainement transmissible aux successeurs universels avec la succession elle-même dans laquelle il se trouve compris. Il ne faut pas toujours prendre au pied de la lettre la règle : *Quæ personæ sunt ad hæredes non transeunt*. Il est parfois certains droits qui se présentent au premier coup d'œil avec un caractère en apparence purement personnel et qui, cependant, sont, au fond des choses, moins essentiellement liés à la personne *qu'à la qualité*. Ces droits, quoique personnels et même incessibles et insaisissables par nature, ne passent pas moins aux successeurs universels, bien que les créanciers ne puissent les exercer du chef de leur débiteur (1).

4° *Quid,* du curateur à la succesSsion vacante de l'un des successibles... Il représente les héritiers inconnus auxquels la succession est déférée. Il peut avoir, en la

(1) Voy. DEMOLOMBE, tom. IV, n° 61. DUTRUC, n° 508. DURANTON, tom. VII, n° 193. ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, § 359 *ter*, 8°. BENOIT, n° 12. Cass. 8 juin 1826. DALLOZ, 1826, I-101. *Contrà*, Bourges, 27 mai 1812. Toulouse, 20 août 1819. DALLOZ, *Recueil aphab. V° Succes.*, n° 1874.

qualité qu'il agit, un intérêt pressant pour écarter les cessionnaires étrangers du partage de l'hérédité dans laquelle celle qu'il administre a des droits à faire valoir. Nous ne voyons donc pas pourquoi le droit de retrait lui serait refusé (1). C'est un successible dans le sens de l'art. 841, qui fait un acte de bonne administration dans l'intérêt de l'hérédité à laquelle il est préposé.

5° Que décider dans l'espèce suivante? Le successible qui avait l'action en préemption à l'encontre d'un cessionnaire des droits successifs de son co-héritier, est devenu lui-même *héritier du cédant*. Cette circonstance est-elle un obstacle à l'exercice du retrait?

La Cour de Dijon (2), argumentant par analogie de la règle *quem de evictione tenet actio eumdem agentem repellit exceptio*, a décidé que le retrait était impossible au cas particulier, et, de fait, il semble que l'héritier d'un co-partageant qui, de son vivant, a cédé ses droits successifs, ne saurait exercer contre le cessionnaire un droit de retrait dont son auteur s'était privé par le fait seul de la cession. Mais la Cour dont nous rejet-

(1) Montpellier, 8 juin 1848. DEVILL., 1849, II-279. M. DUTRUC (n° 510) critique cet arrêt à tort. Voy. M. DEMOLOMBE, n° 63, *loc. cit.* Voy. pourtant Cass., 14 juillet 1834. DALLOZ, 1834, I-281. 28 février 1836. DALLOZ, 1836, I-252. Bordeaux, 16 mars 1832. DALL., 1832, II-168. Voy. aussi DALLOZ, 1848, II-135, à la note. ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, § 359 *ter*, 8°.

(2) Arrêt du 16 décembre 1840. DEVILL. 1844, I-603.

tons la doctrine n'a pas remarqué que dans l'hypothèse de la question posée, le demandeur en retrait avait une *double qualité*. De ce que je ne puis être admis à exercer le retrait du chef d'un cédant dont je suis devenu l'héritier, en résulte-t-il qu'on doive me refuser l'exercice du droit dont il s'agit, si je prétends l'exercer *proprio jure, de mon propre chef,* c'est-à-dire à raison de la qualité de successible co-partageant qui m'appartient *personnellement?* Evidemment non. Aussi l'arrêt précité a-t-il été cassé par la Cour suprême (1).

6° Supposons maintenant que le cédant soit devenu, depuis la cession, héritier de l'un de ses co-héritiers qui avait le droit de retraire, pourrait-il user du bénéfice de l'art. 841 ?

De son chef, non : évidemment il ne peut détruire son propre ouvrage (Cod. Nap., art. 1628) (2). Mais, oui, du chef de celui dont il est devenu héritier, et qui lui a transmis le droit de retraire dans sa succession avec sa qualité de successible co-partageant dans le sens de l'art. 841. De ce que j'ai deux qualités dont l'une m'interdit le retrait, il ne résulte en aucune façon

(1) Cass., 15 mai 1844. DEVILL., 1844, I-605. DEMOLOMBE, *Successions*, tom. IV, n° 64. ZACHARIÆ, § 359 *ter*, 8°, not. 29. POTHIER, *des Retraits*, n° 155. L'exercice du retrait n'est pas *une éviction* qui puisse donner lieu *à la garantie* : le cessionnaire se trouvant soumis à une condition légale de résolution. Voy. BENOIT, n°s 15, 16.

(2) BENOIT, n° 15.

que je sois privé du droit de retraire en vertu d'une autre qui m'appartient juridiquement et à laquelle je n'ai pas renoncé (1).

313. — Il résulte des termes et de l'esprit de l'article 841, que le retrait peut être exercé par tous les co-héritiers, soit qu'ils agissent de concert ou séparément (2).

Nous ne comprenons pas au nombre *des co-héritiers*, les légataires d'usufruit *à titre universel*. Ils n'ont pas la faculté de retraire. Les art. 1010 et 1012 du Code Napoléon n'ont pas rangé les légataires d'usufruit *à titre universel* au nombre des successeurs *per universitatem*. Ils ne sont que des successeurs *à titre singulier* (3).

314. — B. — *De ceux qui n'ont pas le droit d'exercer le retrait successoral. — Tous ceux qui sont passibles du retrait ne sauraient avoir le droit de l'exercer à leur profit*. En effet, l'action en éviction des cessionnaires de droits successifs n'appartient, suivant l'art. 841, qu'aux *successibles co-partageants*.

Ainsi, *sont privés du droit de retraire :*

1° *Les parents même les plus proches qui ne sont pas appelés à prendre part à la succession,* pour une cause

(1) POTHIER, *Traité des retraits*, n° 154. DEMOLOMBE, n° 65, *loc. cit.*

(2) *Infrà*, n^os^ 322-342. Cass., 14 juin 1820. SIREY, 1821, I-92. ZACHARIÆ, § 359 *ter*, 8°.

(3) *Infrà*, n° 325, 7°. ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, § 359 *ter*, 8°, note 24. Voy. *contrà* BENOIT, n° 9, et les arrêts qu'il cite à l'appui de son opinion.

ou pour une autre : même lorsqu'ils auraient été utilement appelés au défaut du cédant (1);

2° *Les successibles forclos* du droit de succéder, au cas de l'art. 789 du Code Napoléon. Il faut en dire autant des *indignes* (Cod. Nap., art. 727);

3° *Les successibles renonçants* (art. 785) qui n'ont pas profité utilement de la faculté de regret (art. 790);

4° *L'ascendant donateur de l'art.* 747 : c'est un étranger, en ce qui concerne les choses qu'il n'a pas données (2);

5° *Le cédant de tout ou partie de ses droits successifs.* Je ne puis faire tomber un acte valable que j'ai consenti moi-même pour évincer mon propre cessionnaire. Lors même que je ne lui dois pas garantie contre l'action que la loi réserve à mes co-héritiers (3), je lui dois au moins la garantie de ma propre éviction, et par suite, de celle de mes successeurs à titre universel (4). Suivant l'art. 841, il n'y a que *les co-héritiers* du cédant qui puissent exercer le retrait successoral.

(1) Cass., 2 décembre 1829. DEVILL., à sa date, tom. IX, pag. 399.

(2) *Suprà*, tom. I, n° 25, 8°.

(3) L'opinion contraire de M. DUTRUC (n° 507) outrepasse la vérité. Bien que le retrait touche à une question *d'ordre public*, je puis certainement renoncer expressément ou tacitement au droit de retraire, et j'y renonce à l'égard du cessionnaire quand je lui fais le transport de mes droits successifs. Voy. DEMOLOMBE, n° 48, *loc. cit.* BENOIT, n° 15.

(4) Arg. de l'art. 1628.

6° *Les légataires et donataires particuliers.* Ils ne sont pas des successibles *à titre universel* venant à partage, et ils ne pourraient s'y présenter *ex jure cesso,* puisqu'ils ne sont pas dans l'indivision avec les co-héritiers.

7° *Les légataires et donataires d'usufruit, même à titre universel.* Ils ne sont pas dans l'indivision avec les co-héritiers co-propriétaires du corps héréditaire. Ce ne sont que des légataires ou donataires *à titre singulier,* puisqu'ils ne sont pas appelés éventuellement à la totalité ou à une quote-part de l'universalité juridique. Leur comparution au partage ne saurait avoir trait qu'à la division des jouissances et à la fixation de leur contribution aux dettes : chose étrangère au retrait successoral. Ils ne sont donc pas des co-partageants de la propriété dans le sens de l'art. 841 du Code Napoléon (1).

8° *Le mari cessionnaire de droits successifs dans une succession échue à sa femme.* Il est lui-même soumis au retrait : donc il ne peut l'exercer contre un autre (2).

9° Lorsque la succession se divise en deux parts égales, au cas de l'art. 733, pour se subdiviser ensuite

(1) *Suprà,* n° 313, *infrà,* n° 325. ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, § 359 *ter,* 8°, note 24.

(2) DUTRUC, n° 480. *Infrà,* n° 325.

entre les membres de chaque ligne, les successibles des deux lignes paternelle et maternelle ne sont *co-héritiers* que depuis l'ouverture de la succession jusqu'au premier partage entre les deux lignes. Dans cette première période de temps, ils peuvent sans doute exercer la faculté de retrait, suivant l'art. 841, contre les cessionnaires des successibles de la ligne à laquelle ils n'appartiennent pas. Mais après le partage des lignes opéré, il ne saurait en être de même, et le retrait leur est refusé ; car la subdivision entre les branches et souches des deux lignes constitue une nouvelle indivision d'abord, et un nouveau partage ensuite, qui a ses successibles particuliers : lesquels n'ont plus de rapports de co-partageants avec les membres de l'autre ligne. D'où il suit que l'art. 841 leur devient inapplicable, en ce sens qu'ils ne peuvent plus exercer le retrait (1).

10° Les cessionnaires étrangers n'ont pas le droit d'exercer le retrait contre d'autres cessionnaires étrangers comme eux, lors même qu'ils seraient admis définitivement au partage par les co-partageants qui ne les écarteraient pas. L'art. 841 a été fait *contre* les cessionnaires de droits successifs et non pas *pour* eux (2).

(1) DEMANTE, tom. III, n° 171 *bis*, II. Voy. pourtant ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, § 359 *ter*, 8°, note 33.

(2) DEMANTE, n° 171 *bis*, I, note 2. DEMOLOMBE, *loc. cit.*, n° 56.

Ils doivent être réciproquement dans l'impossibilité de s'exclure.

11° Les créanciers de l'un des héritiers ne sont pas reçus à exercer le retrait en vertu de l'art. 1166, bien que nous croyons que le droit de retraire soit transmissible aux successeurs *per universitatem*. Pourquoi cela? si ce n'est parce que la faculté de retraire est attachée *à la qualité de successible*. Or les créanciers, quoique pouvant provoquer le partage *du chef de leur débiteur*, en exerçant les droits qu'il laisse sommeiller, ne sont pas, pour cela, personnellement *des successibles jure suo*.

A quoi aboutirait un retrait qui n'amènerait dans le partage que de nouveaux étrangers à la place de ceux qui en auraient été exclus (1)? D'ailleurs les créanciers dont il s'agit n'ont réellement pas d'intérêt au retrait : l'important pour eux est qu'ils aient les moyens d'empêcher que le partage ne soit fait en fraude de leurs droits, et sous ce rapport, leur droit d'intervention et de surveillance suffit à leurs besoins. (Cod. Nap., art. 882).

(1) ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, § 359 *ter*, 8°, § 312, texte et note 25. BENOIT, 18. ZACHARIÆ-MASSÉ et VERGÉ, tom. IV, pag. 337. DEMOLOMBE, tom. IV, *Success.*, n° 60. DALLOZ, *Répert. V° Success.*, n° 1888. Cass., 14 juillet 1834, DALL. 1834, 1-281. Cass., 28 juin 1836. DALL., 1836, 1-352.

§ 2.

DE CEUX CONTRE LESQUELS S'EXERCE, ET DE CEUX CONTRE LESQUELS NE PEUT S'EXERCER LE RETRAIT SUCCESSORAL.

SOMMAIRE.

315. — A. De ceux qui sont soumis au retrait. — Douze hypothèses.

316. — Toutes les cessions de droits successifs, à part quelques exceptions, sont soumises au retrait.

317. — *Quid*, à l'égard d'une cession des droits d'un cohéritier dans tel immeuble déterminé? Dissentiment avec MM. Mourlon et Valette.

318. — B. De ceux contre lesquels le retrait ne saurait s'exercer.

319. — L'adjudicataire à la suite d'une vente judiciaire est-il passible du retrait?

320. — L'art. 841 ne s'applique qu'aux successions.

315. — A. — *De ceux qui sont soumis au retrait.* — Le retrait est reçu contre tous les cessionnaires de droits successifs qui ne pourraient venir au partage que *ex jure cesso* , pour y prendre les parts de leurs cédants, et non pas en vertu d'un droit *qui leur serait propre.*

Ainsi, sont soumis à l'exercice du retrait :

1° *Tous les étrangers à la co-hérie qui achètent les droits successifs de l'un ou plusieurs des co-héritiers, si petite que soit la quotité qui puisse leur avoir été cédée.* Peu importe que le retrayé soit ou non un parent du défunt : la crainte d'initier les étrangers aux secrets des familles n'est qu'une *considération secondaire* puisque les créanciers des successibles peuvent intervenir dans les partages à leurs frais (Cod. Nap., art. 882). Mais un parent peut être un spéculateur avide et chicanier, tout aussi bien qu'un autre, et dès lors le principal motif de l'art. 841 lui est applicable comme à un étranger...;

2° *Ceux des héritiers qui ont renoncé à la succession.* — Il est évident qu'ils sont devenus des étrangers pour l'hérédité à l'égard de laquelle ils sont considérés comme s'ils n'avaient jamais existé (Code Napoléon, art. 785) (1)...;

3° *Ceux des parents non réservataires qui ont été privés de l'aptitude qu'ils pouvaient avoir de succéder, par le testament ou par les dispositions à cause de mort du défunt.* — Ils ne sont pas des *successibles* dans le

(1) *Secùs*, s'ils n'avaient renoncé que pour s'en tenir à quelque *don ou legs à titre universel* (Cass., 14 mars 1810, SIREY, 1810, I-230. DEMOLOMBE, *loc. cit.*, n° 26). La qualité de donataire ou de légataire à titre universel équivaut à celle de successible *jure suo*, au cas de l'art. 841. Si le don ou legs n'était qu'à *titre singulier*, le retrait aurait lieu contre eux ; ils ne seraient plus *successibles jure suo*. DEMANTE, tom. III, n° 171 *bis*, III.

sens de l'art. 841. Le partage ne saurait les concerner (1)...;

4° *L'ascendant donateur de l'art.* 747. — Il n'est pas successible en ce qui touche les choses qu'il n'a pas données. Donc il est passible du retrait, bien que la considératiou secondaire tirée de l'initiation aux secrets de la famille, ne lui soit point applicable (2).... ;

5° *L'indigne exclu.* — Dans notre opinion, il est censé n'avoir jamais été héritier et la rescision de la saisine produit à son égard et même à l'égard du public des effets *ex tunc* et non pas simplement *ex nunc* (3).

Quid, s'il a exercé son retrait *avant son exclusion prononcée ?*... le bénéfice de l'action revient à ses cohéritiers qui sont tenus de lui rembourser ce qu'il a pu dépenser pour écarter le cessionnaire étranger (4).

6° L'art. 841 du Code Napoléon ayant eu surtout pour objet de mettre la famille à l'abri des spéculations tracassières, le retrait doit être admis *contre le successible qui a d'abord vendu ses droits personnels à un étranger, et qui a ensuite racheté ceux d'un autre cohéritier*. En effet, il ne pourrait se présenter au partage

(1) BENOIT, n° 53.

(2) DEMOLOMBE, n^os^ 24-44, *loc. cit.*

(3) TAULIER, tom. III, pag. 297, et DEMOLOMBE, n° 25, *loc. cit.*

(4) Voy. *suprà*, n° 314, 2°.

qu'en vertu de la cession nouvelle qu'il aurait obtenue de son co-successible : son propre droit à la succession se trouvant épuisé, sans qu'il puisse en renouveler l'usage, par la cession primitive qu'il en a faite (1). Il est donc un étranger passible du retrait.

7° Il est clair que *les légataires et les donataires à titre singulier* ne venant pas au partage *proprio jure* sont soumis au retrait tout aussi bien que des étrangers. Ils ne peuvent exercer le droit que l'art. 841 réserve aux successibles universels : donc ils en sont passibles (2).

8° Les donataires et les légataires d'usufruit, même à titre universel, n'ayant entrée au partage que pour y faire déterminer leurs parts *quant à la jouissance* et non *quant à la propriété qu'ils n'ont pas,* ne sont pas dans l'indivision avec les successibles dont s'occupe l'art. 841. Ils sont donc aussi passibles du retrait (3).

9° La loi admettant le retrait contre toute personne

(1) Voy. Orléans, 29 février 1832 et la note de l'arrêtiste. DEVILL., 1836, II-535. DEMOLOMBE, n° 29. Si le successible avait cédé ses droits pour les racheter ensuite, et si la rétrocession avait eu lieu en effet, il ne serait pas soumis au retrait. DUTRUC, n° 484. DEMOLOMBE, n° 28. C'est un cas d'indulgence, car, *en droit strict*, il devrait en être passible, mais l'esprit de l'art. 841 est de le maintenir au partage.

(2) DEMOLOMBE, n° 30. *Suprà*, n° 314, 6°.

(3) ZACHARIÆ, § 359 *ter*, 8°, not. 17 de ses annotateurs AUBRY et RAU. Cette question est très-débattue. Voy. Cass., 17 juillet 1843. DEVILL., 1843, I-697. 24 novembre 1847. DEVILL., 1848, I-21. DEMOLOMBE, n° 31. DUCAURROY, n° 681, not. 2.

qui n'est pas successible *proprio jure*, l'action doit pouvoir s'intenter utilement contre le mari devenu cessionnaire en son nom personnel de l'un des co-héritiers de sa femme. De ce que la femme est successible, il n'en résulte pas que le mari le soit. Il est vrai que dans les successions purement mobilières il peut se présenter au partage et même le provoquer *seul,* en sa qualité d'administrateur des biens qui tombent forcément dans la communauté, mais il n'est pas pour cela, un co-héritier dans le sens de l'art. 841. Il n'est qu'un ayant-cause de sa femme et voilà tout (1).

D'ailleurs, un mari qui se rend cessionnaire en son nom personnel, des droits successifs de l'un des cohéritiers de sa femme, sent, au plus haut degré, le spéculateur dangereux que l'art. 841 a voulu éliminer du partage. Si donc il peut rester au nombre des copartageants, ce ne peut être qu'en qualité d'administrateur ayant la libre disposition à titre onéreux du mobilier qui tombe dans la communauté et non pas en qualité de cessionnaire des droits successifs du cohéritier de sa femme.

10° Lorsque la succession se partage en deux parts égales entre les lignes paternelle et maternelle, au cas de l'art. 733, il est évident que tous les membres

(1) *Controverse.* Voy. DUTRUC, n° 480, et toutes les autorités citées par M. DEMOLOMBE, n° 32. Cass., 25 juillet 1844. DEVILL., 1844, I-614.

des lignes différentes sont successibles à l'égard les uns des autres tant que le partage par lignes n'est pas consommé : la dévolution d'une ligne à l'autre étant possible au cas où les parents d'une ligne viendraient à faire défaut. Tous peuvent donc indistinctement exercer le retrait à partir de la cession jusqu'au partage par lignes, contre les cessionnaires des membres de l'autre ligne. Mais il est est tout autrement après la première division opérée. Car la succession, une fois fendue en deux, a, pour chaque portion, son individualité et ses successibles propres qui ont exclusivement le droit d'y prendre part. Dès lors, les membres d'une ligne deviennent étrangers aux membres de l'autre, et par conséquent, le retrait peut être reçu contre eux comme il le serait contre des étrangers. Ils ne sont plus *des successibles*.

Même solution au cas de la subdivision par souches ou par branches (1).

11° Le sous-cessionnaire *à titre onéreux* d'un cessionnaire à titre gratuit, est soumis au retrait. L'exception que faisait la loi romaine en faveur des cessionnaires de droits litigieux *à titre gratuit*, et que l'art. 841 du Code Napoléon qui ne parle que *des cessions à titre onéreux*, a implicitement reproduite, ne

(1) DEMANTE, tom. III, n° 171 *bis*, II. DEMOLOMBE, n° 54. VAZEILLE, art. 841, n° 3. MOURLON, *Répét. écrites*, *loc. cit.*, pag. 143, 2°, 3°. Cours de M. VALETTE. Voy. BENOIT, n° 31, *Du retrait successoral*.

lui est pas applicable, puisque c'est moyennant finance qu'il détient les droits successifs qui lui ont été cédés.

12° Il en est de même du sous-cessionnaire *à titre gratuit* d'un cessionnaire *à titre onéreux*. Il ne peut pas avoir un droit que n'avait pas son auteur. Donc il est soumis au retrait comme l'était son cédant. Dans les deux hypothèses précédentes, le remboursement du retrait se fait d'après le montant du prix de la sous-cession ou de la cession à titre onéreux (1).

316. — Comme on le voit, à part quelques exceptions qui nous ont été transmises par les lois *per diversas et ab Anastasio* toutes les cessions de droits successifs, lors même qu'elles ne présentent pas un caractère litigieux, tombent sous l'empire de l'art. 841 du Code Napoléon.

317. — M. Valette professe même à son cours, que ces principes doivent s'appliquer non-seulement aux cessionnaires *de quotités de droits successifs,* mais encore aux acheteurs des droits de l'un des co-héritiers *dans un ou plusieurs objets déterminés de la succession.*

Voici le raisonnement qu'il fait à cet égard : Lorsqu'un étranger acquiert de l'un des héritiers une chose particulière, pendant l'indivision, les effets de cette acquisition sont subordonnés à l'événement du partage. *D'accord* (art. 883). Or le cessionnaire même d'un

(1) DEMANTE, n° 171 *bis*, V.

objet particulier a incontestablement le droit d'y intervenir pour empêcher les co-partageants de s'entendre entre eux à l'effet de rendre illusoire le marché qu'il a passé avec l'un d'eux. *D'accord encore* (art. 2205 et 882). S'il prétend intervenir aux opérations, les cohéritiers de son vendeur ou cédant peuvent l'écarter, comme *un spéculateur de droits successifs* dont ils auraient à redouter la présence (art. 841). (C'est ici qu'il y a dissentiment entre nous). Mais s'il déclare prendre pour bon ce que font les co-héritiers, ils n'ont pas d'intérêt à exercer le retrait contre lui (1). Ne déplaçons pas la question, sous prétexte d'un défaut d'intérêt qui n'a rien à y voir.

Il nous est impossible d'accepter cette théorie. Le retrait successoral ne peut jamais s'exercer que contre des cessionnaires *de droits à la succession*, et non pas contre des cessionnaires de droits à *un objet particulier de la succession*. Le texte de l'art. 841 est formel à cet égard, et dans une matière exceptionnelle comme celle du retrait qui nous occupe, on ne doit pas *l'étendre*. Or, le cessionnaire d'un objet particulier n'est pas et ne saurait être un cessionnaire *de droits à la succession*. S'il peut intervenir au partage, ce que je ne nie pas, ce n'est qu'en vertu des

(1) MOURLON, *loc. cit.*, pag. 143-144. Cours de M. VALETTE. DEMANTE, tom. III, n° 171 *bis*, I, *in fine*. Voy. aussi MARCADÉ sur l'art. 841, II. CHABOT, n° 9. MALPEL, n° 249.

art. 882 et 2205 du Code Napoléon, et non pas en qualité de *co-partageant ex jure cesso :* condition nécessaire à l'exercice passif du retrait.

De ce que j'ai le droit d'intervenir dans un partage pour une cause ou pour une autre, par exemple, en qualité de créancier hypothécaire inscrit sur la portion indivise de l'un des co-héritiers, est-ce qu'il en résulte que je sois passible du retrait? Evidemment non. Eh bien! les raisons sont les mêmes dans un cas comme dans l'autre. Qu'importe que l'aliénation ait été de l'objet entier ou seulement d'une fraction, comme au cas d'hypothèque? L'art. 841 n'a jamais eu en vue ces hypothèses. Il n'a voulu proscrire dans l'intérêt de la famille, que les cessionnaires *avides de droits successifs*, c'est-à-dire les cessionnaires qui jouent, dans l'espoir de gagner beaucoup, sur des droits *à titre universel* et qui enlèvent au cédant, à vil prix, la totalité ou une fraction de ceux qu'il a dans la succession. Mais il est bien entendu que les créanciers hypothécaires et les acquéreurs *à titre singulier* de l'un des co-partageants, relativement à tels ou tels objets déterminés, sont et doivent rester en dehors de ses dispositions rigoureuses, à moins sans doute que la cession ne comprenne nominativement tous les objets de l'hérédité : auquel cas, les tribunaux y verraient avec raison une cession universelle déguisée sous la forme d'une cession d'objets déterminés, ce qui les

autoriserait à appliquer l'art. 841, suivant les circonstances (1).

« Comme le retrait établi par l'art. 841 n'est pas même admis contre les cessions de droits indivis dans une communauté conjugale ou dans une société, à plus forte raison ne saurait-il être exercé contre la cession d'une part indivise dans une chose individuellement déterminée (2). »

318. — B. — *De ceux contre lesquels le retrait successoral ne peut être exercé.* — Le principe qui domine cette matière est que *tout co-partageant qui a le droit d'exercer le retrait, n'y est pas soumis.*

Concluons de là :

1° Que le co-héritier qui s'est rendu cessionnaire des droits successifs de l'un de ses co-héritiers, ne saurait être éliminé du partage par le retrait que les autres prétendraient exercer contre lui...;

2° Qu'il en est de même de l'enfant naturel, du légataire ou du donataire *à titre universel,* cessionnaire des droits successifs soit de l'un des héritiers légitimes,

(1) Voy. Cass., 9 septembre 1806, 22 avril 1808. SIREY, 1808, I-525. Cass. 27 juin 1832. DALLOZ, 1832, I-241. Un article de M. DEROME, *Revue critique, de jurisprudence,* 1858, pag. 540. Voy. aussi sur cette question Cass., 14 août 1840 et la note de l'arrêtiste 1. DEVILL., 1840, I-753. DEMOLOMBE, *Success.*, tom. IV, n° 83.

(2) ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, tom. II (3e *édit.*), § 221, note 4, et tom. III, § 359 *ter*, *in fine* et note 43.

soit d'un co-légataire, soit d'un co-donataire également à titre universel.

Il est évident, en effet, que les héritiers légitimes et les successeurs aux biens *per universitatem* ont, pour rester au partage un droit qui leur *est propre* et qui est indépendant des cessions qu'ils ont pu accepter, d'où il suit que la faculté de retraire que l'art. 841 leur accorde contre les étrangers ne saurait être rétorquée contre eux.

319. — *Quid*, si la translation des droits successifs, au lieu d'être faite, comme cela se passe ordinairement, par convention amiable, s'est opérée par une adjudication en justice (1)... l'adjudicataire étranger est-il passible du retrait ?

Nous pensons que l'adjudication dont il est ici question n'est pas *une cession* dans le sens de l'art. 841 du Code Napoléon et que ce mode de transmission des droits successifs n'est entré en aucune façon dans les prévisions de cet article. Il nous semble donc que l'étranger qui se rendrait adjudicataire à la chaleur des enchères, sur les mises à prix fixées par le juge, ne saurait être considéré comme l'un de ces spéculateurs avides et même odieux qu'on a voulu éliminer du

(1) On peut pour l'utilité de la question, supposer le cas où un héritier bénéficiaire aurait, en suivant la marche tracée par l'art. 806 du Code Napoléon, vendu des droits successifs qu'il aurait trouvés dans la succession acceptée par lui sous bénéfice d'inventaire.

partage. Tous les co-héritiers pouvaient l'écarter au moment de la vente en se rendant eux-mêmes *adjudicataires*. Ne doivent-ils pas dès lors être regardés comme l'ayant accepté tacitement parmi eux à titre de co-partageant *ex jure cesso* définitif, et comme ayant virtuellement renoncé au droit qu'ils avaient de l'évincer?... Nous le croyons, bien qu'on tienne pour règle que les ventes judiciaires autres que celles qui ont lieu à la suite d'expropriations forcées, doivent être assimilées à des ventes volontaires (1).

320. — L'article 841 ne s'applique pas contre les cessions de droits indivis dans *les communautés entre époux* et *les sociétés,* non plus que *dans une chose particulière commune*. Son texte et son esprit ne se réfèrent qu'*au droit de succession*. L'article ne parle en effet que *des co-héritiers ou successibles*. Or, il faut l'entendre d'une manière restrictive, puisque la faculté de retraire est, de sa nature, exorbitante du droit commun, et que les anciens *retraits d'indivision et de société* ont été abrogés par la loi du 18 juin 1790 (2).

Voilà pourquoi l'art. 1476 du Code civil ayant à

(1) Voy. POTHIER, *Traité de la vente*, n° 596. DEMOLOMBE, n° 100. Paris, 14 juin 1834. DEVILL., 1836, II-113. *Contrà,* DUTRUC, n° 496, et Lyon, 19 juillet 1843, DALLOZ, *Recueil périodique*, 1844, I-428, et DEVILL., 1844, I-614.

(2) Voy. pourtant en matière de communauté l'art. 1408, qui accorde à la femme un retrait particulier.

s'occuper du partage de la communauté n'a renvoyé au titre des successions que pour tout ce qui concerne *la forme* et *les effets du partage, la licitation des immeubles, la garantie et les soultes*, en ayant le soin de garder le silence sur *le retrait de l'art.* 841.

Cette question, controversée autrefois, ne se discute plus aujourd'hui (1).

§ 3.

DE LA DURÉE DE L'ACTION EN RETRAIT, DES CONDITIONS NÉCESSAIRES A SON EXERCICE ET DE SES EFFETS.

SOMMAIRE.

321. — A. L'action en retrait est perpétuelle comme l'action en partage.

322. — Elle ne s'éteint que quand le partage est consommé.

323. — Le partage est terminé au moment de l'appropriation des lots.

324. — *Quid*, au cas de fraude ou de simulation de qualité?

325. — Les successibles peuvent renoncer au bénéfice de l'art. 841.

(1) Voy. notamment DE VATIMESNIL, *Revue de législation*, 1836, tom. III, pag. 432. DELANGLE, *des Sociétés*, tom. II, n° 713. MERLIN, *Rép. V° Droits successifs*, n° 12. Cass., 19 août 1806, 12 mars 1839. DEVILL., 1839, I-281. DEMOLOMBE, n° 92 et les auteurs qu'il cite. ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, § 359 *ter*, 8°, note 31. BENOIT, n° 38, *Du retrait successoral*.

326. — Peut-on renoncer *d'avance* au droit de retraire?

327. — B. Des conditions nécessaires à l'exercice du retrait.

328. — Il doit être tenu compte des frais et loyaux coûts.

329. — Le retrayé n'a droit à aucun honoraire.

330. — Est-ce le prix de la cession ou celui de la sous-cession qui doit être remboursé quand l'action procède contre un sous-cessionnaire?

331. — Quel est le prix à rembourser au cas où la cession s'est faite par un échange?

332. — L'action doit être dirigée contre toutes les cessions réunies.

333. — Les frais d'expertise sont à la charge du retrayant.

334. — La signification d'offre réelle n'est pas exigée.

335. — C. Des effets de la demande en retrait *entre le retrayant et le retrayé*.

336. — D. Des effets de la demande *entre le retrayant et ses co-héritiers*.

337. — E. Des effets du retrait prononcé. Principe général.

338. — Application du principe à cinq hypothèses.

339. — *Quid*, si le prix de la cession est encore dû au moment de l'exercice du retrait, le retrayant devient-il le débiteur direct du cédant non encore payé par le cessionnaire évincé à la place de ce dernier. Vive controverse, dissentiment avec M. Labbé.

340. — Suite.

341. — Suite.

342. — Le retrayant doit-il communiquer le bénéfice du retrait à ses co-héritiers? Non.

343. — D'un cas où il faudrait décider autrement.

---

321. — A. — *De la durée de l'action en retrait.* — *Tant dure l'indivision, tant dure le droit de retraire.* L'action en retrait étant une annexe de l'action en partage, est perpétuelle comme elle (Cod. Nap., art. 815). Mais quand l'indivision a cessé, quand les opérations du partage sont terminées, il est clair que l'action dont il s'agit n'aurait plus d'objet, puisque son but est d'éliminer le cessionnaire du partage et qu'on ne saurait éliminer une personne soumise au retrait quand il n'y a plus de partage à faire (1).

322. — Cependant on discute le point de savoir à quelle époque précise la faculté de retraire ne peut plus s'exercer utilement; mais toutes ces controverses tombent devant le texte de l'art. 841 qui admet les successibles à user de la faculté qui leur appartient, d'écarter les cessionnaires étrangers *du partage*. Tant donc que les opérations du partage ne sont pas mises à fin, le retrait est possible, les co-partageants ont pu n'être éclairés que tard sur les dispositions peu bien-

(1) Autrefois on admettait le retrait même après le partage consommé. LEBRUN, *Successions*, liv. IV, sect. 3, n° 67.

veillantes du cessionnaire et sur les motifs qui peuvent rendre le retrait nécessaire. Il n'appartient pas à des étrangers de les priver du droit que leur concède l'article 841 dans l'intérêt de la paix des familles, même en les mettant en demeure de prendre un parti définitif dans tel ou tel délai déterminé (1).

323. — Il est de doctrine et de jurisprudence que le partage est considéré comme terminé au moment des appropriations de chaque lot. La prise de possession réelle n'est pas exigée pour que l'opération soit regardée comme consommée (2). Quelques biens laissés en commun ne suffiraient pas pour faire décider que le partage n'est pas terminé (3).

324. — Si un cessionnaire avait célé sa qualité par fraude, pour figurer, en son propre nom ou en une qualité simulée, *putà* comme mandataire dans le partage, il est bien évident que le retrait serait recevable contre lui, même après le partage consommé. La fraude est en dehors des prévisions du législateur et la réparation d'un préjudice causé par dol peut tou-

(1) Voy. Cass., 14 juin 1820. DEVILL., vol. VI, 1819-1821, I, pag. 230 et suiv, DURANTON, tom. VII, n° 203. TAULIER, tom. III, pag. 392. ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, tom. II, § 359 *ter*, 8°. DEMOLOMBE, *Successions*, tom. IV, n° 126.

(2) BENOIT, n° 101. Voy. Metz, 17 mai 1820. DEVILL., tom. VI, II, pag. 262.

(3) Grenoble, 6 juin 1826. DEVILL., tom. VIII, II, pag. 241.

jours être poursuivie au moyen de dommages intérêts, suivant l'art. 1382 du Code Napoléon (1).

325. — Il ne faut cependant pas conclure de ce qui précède, que les successibles ne puissent renoncer soit expressément, soit même tacitement au bénéfice que leur donne l'art. 841 du Code Napoléon en ce qui touche la renonciation tacite. Ce serait une question d'intention laissée à l'appréciation souveraine du juge du fait ; mais il est bien entendu que, sauf les cas de renonciation expresse, la déchéance de l'action ne saurait résulter que d'actes attestant *nécessairement* la volonté bien arrêtée des co-héritiers d'accepter parmi eux le cessionnaire de droits successifs comme un co-partageant *ex jure cesso* avec une attribution de qualité définitive.

C'est ainsi que des aliénations à titre onéreux ou à titre gratuit faites en commun, qu'un partage d'une partie des biens de la succession, que même un partage provisionnel, puisqu'il entraîne toujours à sa suite le partage définitif des revenus, pourraient, suivant les circonstances, être invoqués comme des renonciations implicites à la faculté d'exercer le retrait. *On n'appelle pas de l'exécution* et ces actes démontrent

(1) Cass., 4 décembre 1820. DEVILL., tom. VI, I-338. DEMOLOMBE, n° 132. Voy. pourtant DUTRUC, n° 495. VAZEILLE, art. 841, n° 19. Mais voy. DUCAURROY, BONNIER et ROUSTAIN, tom. II, n° 684, *in fine*. POTHIER, *De la vente*, n° 597. TROPLONG, *De la vente*, tom. II, n° 988.

suffisamment la volonté chez les successibles d'accepter le cessionnaire parmi eux, comme un co-partageant admis sans esprit de retour, avec une attribution irrévocable de qualité. Ils sont inconciliables avec la conservation de la faculté de retraire (1).

326. — Peut-on renoncer d'avance à la faculté d'exercer le retrait? M. Dutruc a écrit (2) qu'il en est *du retrait successoral* comme de la prescription dont on peut ne pas se prévaloir quand elle est acquise, mais à laquelle il n'est pas permis jusque-là de renoncer. Nous ne saurions partager cette opinion. Il est toujours permis à un citoyen de renoncer à un droit introduit en sa faveur, à moins d'une prohibition dans la loi. Or, l'art. 2220 du Code Napoléon est une exception au principe et cette exception ne peut être étendue d'un cas à un autre en l'absence de texte. La convention qu'un lignager a eue avec l'acheteur, *soit avant, soit depuis* le contrat de vente, de ne pas exercer le retrait *l'y rend non recevable* (3).

327. — B. — *Conditions auxquelles le retrait peut*

(1) Voy. à cet égard, Orléans, 18 mai 1839. DALLOZ, *Recueil périodique*, 1839, II, pag. 260. Agen, 8 avril 1845. DEVILL., 1846, II-189. Limoges, 14 mars 1848. DEVILL., 1848, II-454. MARCADÉ, art. 841, n° 4. DUTRUC, n° 519.

(2) *Loc. cit., in notâ.* Il fait du retrait une institution d'ordre public *au premier degré.*

(3) POTHIER, *Traité des retraits,* n° 162. Voy. M. DEMOLOMBE, *Succes.*, tom. IV, n° 67.

s'exercer. — Le retrait ne peut s'exercer par le retrayant qu'à la charge de rembourser au retrayé *le prix de la cession* (art. 841). Il faut entendre par là *le prix réellement convenu*. On sent en effet que le retrayant prenant le marché du retrayé, il est de toute justice qu'il ne s'enrichisse pas aux dépens de son adversaire, et que ce dernier sorte indemne de son opération avortée. Mais si le retrayé ne doit jamais être constitué en perte, il ne doit pas non plus profiter de l'exagération du prix qu'on voit souvent apparaître dans les actes dont il s'agit. Lorsque la fraude est démontrée, les magistrats fixent le prix réel d'après les circonstances, et cela sans même aucun commencement de preuve par écrit, à l'aide des présomptions et de tous les indices dont ils peuvent s'entourer, à l'effet de rétablir la vérité des faits qu'on a eu intérêt à dissimuler (art. 1353) (1).

328. — Il faut que le retrayant, outre le prix réellement convenu de la cession, tienne compte de plus au retrayé *des frais et loyaux coûts* (Code Napoléon, art. 1699). Les règles du retrait litigieux s'appliquent, par analogie, au retrait successoral qui n'en est qu'une *extension*.

On entend par *frais et loyaux coûts* :

(1) DUCAURROY, BONNIER et ROUSTAIN, tom. II, n° 684, *in fine*. Voy. BENOIT, n^os^ 109-112.

1° Les frais du contrat, c'est-à-dire les déboursés de timbre, les droits perçus par le fisc sur la mutation et les honoraires du notaire, si la cession a été faite par acte authentique (1).

Il est bien évident que si l'instrument de la convention énonce un prix supérieur à celui qui a été réellement convenu, les droits d'enregistrement perçus sur l'excédant et tout ce qui s'y rattache, ne font pas partie des *loyaux coûts*. Ils doivent, par conséquent, rester à la charge du cessionnaire écarté du partage...;

2° Et les intérêts du prix et des frais, depuis le jour où le retrayé les a payés jusqu'au remboursement qui est à la charge du retrayant, sauf à en déduire la valeur estimative des fruits que le cessionnaire aurait pu percevoir, *medio tempore,* pour son propre compte, par exemple, dans le cas où il serait intervenu entre les successibles un partage de jouissance à une époque antérieure à la cession faite ensuite par l'un d'eux (2).

329. — Dans le compte des frais et loyaux coûts, on n'alloue rien au cessionnaire soit pour honoraire, soit pour indemnité de soins, de courses ou de voyage, à moins que leur extrême nécessité ne soit démontrée et que la dépense ne soit *très-modérée*. Il ne faut pas

(1) Voy. BENOIT, nos 119 et suiv.

(2) Bordeaux, 25 mars 1857. DEVILL., 1858, II-289. BENOIT, n° 118.

perdre de vue que le cessionnaire a fait, *à ses risques,* une opération aléatoire (1).

330. — Quand le retrait est exercé contre un sous-cessionnaire, est-ce le prix de la cession ou celui de la sous-cession qui doit être remboursé par le retrayant?

La Cour de Besançon (2) a décidé que le retrayant n'était tenu qu'à faire sortir le retrayé indemne de son opération, que par conséquent, dès que ce dernier se trouvait désintéressé complètement à raison de ce qu'il avait déboursé, il ne devait pas avoir droit à la différence en plus qui pourrait exister entre le prix de la cession comparé à celui de la sous-cession.

Nous croyons qu'il y a là une erreur basée sur une fausse appréciation de l'intention des parties. « Lors-« que j'ai acheté, dit Pothier (3), un héritage sujet à « retrait, et que je l'ai peu après revendu à Pierre, « l'action en retrait que le lignager de mon vendeur « (ici le co-héritier du cédant primitif) exerce contre « le détenteur, *est la même action qu'il a droit d'exercer « contre moi, dont Pierre est tenu comme possesseur de « l'héritage qui en est affecté.* Il suit de là que le re-

(1) POTHIER, *Des retraits*, n^os^ 309-315. DEMOLOMBE, *Success.*, tom. IV, n° 109.

(2) Arrêt du 5 juin 1857. *Journal du Palais*, 1857, pag. 1239, et DEVILL., 1858, II-292.

(3) *Loc. cit.*, n° 341. LOYSEL, *Inst. cout.*, liv. III, tit. v, règle 38. GUY-COQUILLE, *Nivernais*, art. 13, *Du retrait lignager*.

« trayant est obligé de rembourser au retrayé (le sous-
« acquéreur) tout ce qu'il serait obligé de me rem-
« bourser, si c'était contre moi qu'il exerçât son action.
« C'est pourquoi, si j'ai revendu l'héritage plus ou
« moins cher qu'il ne m'a coûté, ce n'est pas le prix
« pour lequel Pierre l'a acquis de moi, c'est celui pour
« lequel je l'ai acheté, que le lignager (le demandeur
« en retrait) doit lui rembourser. »

Cet exemple prouve, entre mille, la sagacité pénétrante et rectiligne de Pothier. Cette solution de la question controversée ci-dessus posée a été, sans aucun doute, la pensée du Code Napoléon ; car l'art. 841 n'a entendu parler que du prix *de la première cession*. Ses prévisions n'ont pas été au-delà. N'est-il pas évident, si on entre au fond de l'intention des parties, que le second cessionnaire en acceptant la sous-cession s'est chargé des chances de l'éviction qu'il a nécessairement connues et réciproquement que son cédant n'a cédé son marché qu'aux risques et périls de celui avec lequel il a traité. Cette question a été résolue ainsi, au rapport de Denizart (1), par une consultation délibérée en 1722 par

(1) Tom. IV, *V^is Retrait lignager*. *Junge* M. DEMOLOMBE, n° 111, tom. IV. Voy. cependant M. LABBÉ, *sur les retraits*, *Revue critique de législation*, 1855, pag. 153, n° 29. Il veut que le défendeur appelle en cause son cédant, afin que ce dernier résiste au retrait. Mais cet expédient doit être rejeté. Ces sortes d'opérations ont un caractère aléatoire ou de forfait qui met les risques à la charge du cessionnaire contre lequel s'exerce le retrait. Tant mieux pour lui, s'il a payé moins cher que son cédant, tant pis dans l'hypothèse contraire.

vingt-deux avocats. Nous ne doutons pas que leur conclusion ne doive encore être suivie aujourd'hui.

331. — *Quid,* si la cession des droits successifs avait été faite, au moyen d'un échange, quel serait le prix à rembourser par le retrayant ?

Ce serait le cas d'estimer la valeur non pas des droits successifs, mais celle des objets donnés en échange, *à l'époque de la cession,* et d'y ajouter la portion des frais et loyaux coûts payés par le cessionnaire, lors même que les objets auraient subi une dépréciation entre les mains du cédant. Ce que le retrayant doit rembourser, ni plus ni moins, c'est ce que le retrayé a déboursé au moment où il a acquis les droits successifs qu'il s'agit de retraire (1).

332. — Lorsque le défendeur au retrait a obtenu des successibles plusieurs cessions, l'action du retrayant doit-elle être dirigée contre *toutes les cessions,* ou peut-elle l'être contre chacune divisément ?

Puisque l'objet de la demande est d'écarter le cessionnaire du partage, il est évident que le but ne serait pas atteint si l'action n'était pas dirigée contre *toutes* les cessions (2).

(1) DEMANTE, *loco cit.*, n° 171 *bis*, VII. DURANTON, tom. VII, n° 197. BENOIT, n^os^ 60-110. DUTRUC, n° 497. DEMOLOMBE, IV, n° 115. Cass., 19 octobre 1814. DEVILL., vol. IV, I-620.

(2) Toulouse, 22 février 1840. DEVILL., 1840, II-318. DEMOLOMBE, n° 119, tom. IV.

333. — Lorsqu'il y a des ventilations ou des évaluations à faire pour fixer le prix de la cession, les frais de ces opérations sont à la charge du retrayant, puisqu'il reprend le marché du retrayé et que ce dernier doit sortir *indemne* de l'opération qui fait l'objet du retrait (1).

334. — Les tribunaux fixent l'époque et le délai du remboursement à faire par le retrayant. La loi n'exige pas qu'il signifie des *offres réelles*. Il peut ne pas connaître le prix de la cession et ce prix peut être sujet à des évaluations (2).

335. — C. — *Des effets de la demande entre le retrayant et le retrayé.* — Dans les rapports du retrayant avec le retrayé, l'effet de la demande, si elle vient à être accueillie plus tard, est d'obliger le défendeur à exécuter la sentence.

Un mot d'explication sur cette naïveté qu'il est nécessaire de bien préciser.

Ce qu'on appelle en droit *une faculté* (ici la faculté de retraire), ne se transforme pour le successible retrayant *en droit acquis*, à l'encontre de son adversaire, qu'autant qu'elle s'exerce. Il est clair qu'une faculté

(1) POTHIER, *des Retraits*, n° 304. DEMOLOMBE, n° 120. *Success.*, IV. BENOIT, n° 121.

(2) DURANTON, tom. VII, n° 200. DUVERGIER, *Traité de la vente*, tom. II, n° 385. DEMOLOMBE, n° 121 et tous les arrêts qu'il cite. BENOIT, n° 50. Colmar, 11 mars 1807. DEVILL. et CARETTE, tom II, II-211.

qui sommeille n'a pas encore de consistance juridique. Si donc un événement quelconque fait disparaître la cause de la faculté avant sa mise en mouvement, elle s'évanouit comme une ombre, suivant la règle : *cessante causâ, cessat effectus*. Il résulte de là que pour que la demande en retrait aboutisse, il faut que les choses soient encore *entières* au moment où elle fait son apparition devant la justice.

Que si, à cette époque, les choses sont *in statu integro*, la demande est bien donnée et il se forme aussitôt entre les parties un contrat judiciaire par lequel le défendeur que nous supposons devoir perdre son procès, contracte envers son adversaire l'obligation *judicati:* ce qui signifie que le demandeur devient, dès le jour de l'ajournement, le créancier du défendeur sous la condition suspensive, *si la demande est accueillie*.

Ainsi, quand il s'agit de décider si une demande est fondée, il faut se reporter par la pensée à l'époque où elle a été faite, et on n'a pas, en général, à se préoccuper, pour en apprécier le mérite, de ce qui a pu se passer ensuite. Les jugements sont simplement *déclaratifs* des droits préexistants. C'est leur nature comme cela.

Si donc, il s'est produit avant l'instance quelques-uns de ces événements qui sont susceptibles de rendre le retrait impossible : par exemple, une donation de droits successifs faite au défendeur par un autre suc-

cessible que son cédant, une rétrocession sérieuse qu'il aurait consentie lui-même au profit de ce dernier, ou bien encore la mort du cédant dont il serait devenu héritier, dans ces hypothèses et autres semblables, la demande du retrayant ne saurait en aucune façon lui procurer un droit quelconque contre son adversaire. Cela est évident, puisqu'elle aurait pour but de solliciter de la justice l'admission d'un retrait désormais impossible, les cas de fraude exceptés.

Mais si l'on suppose, au contraire, que ces événements au lieu de s'être produits avant la demande, ne se soient produits qu'à une époque postérieure, ils ne pourront avoir aucune influence sur le sort du procès, puisque le retrait une fois admis devra, par le jugement qui n'est que déclaratif de droits antérieurs, remonter pour ses effets au jour même de la demande, c'est-à-dire à une époque où les événements subversifs du droit du retrayant n'existaient pas encore.

C'est ce qu'a jugé avec raison la Cour de cassation, par arrêt du 4 mai 1829, conformément aux règles ci-dessus rappelées.

Cependant M. Dutruc critique cet arrêt (1), « parce « que, dit-il, l'exercice régulier d'une action ne suffit « pas pour qu'elle doive être accueillie. Il faut encore

(1) *Traité du partage*, n° 500. L'arrêt de la Cour de cassation critiqué par cet auteur, est rapporté par DEVILL., tom. IX, 1, pag. 283.

« qu'elle ait conservé jusqu'au jugement son caractère « d'utilité sans lequel elle ne serait pas recevable. »

Nous ne saurions nous rendre à cet avis et nous pensons qu'il suffit que la demande soit bien donnée *rebus integris*, pour qu'elle constitue un *droit acquis* au demandeur contre le défendeur (1), en ce sens que le juge doit se reporter à l'époque de l'ajournement pour en apprécier le mérite (2). C'était, à Rome, l'un des effets de la *litis contestatio*, bien que pour fixer les restitutions comprises dans la *condemnatio*, on s'attachait *aussi dans les actions réelles* à l'époque de la sentence (3). Nous ne voyons pas qu'on ait jamais, en France, dévié de ces principes (4).

336. — D. — *Des effets de la demande dans les rapports du retrayant avec ses co-héritiers.* — Si la demande donnée *rebus integris*, constitue au profit du retrayant *contre le retrayé* un droit acquis qui met le sort de cette demande à l'abri des événements postérieurs,

(1) Zachariæ-Aubry et Rau, § 359 *ter*, 8°, et la note 29.

(2) Voy. à cet égard, L. 20, § 11. L. 25, § 7. L. 31, § 3, ff. *De hæred. petit.* et LL. 35 et 75, ff. *De verb. signif.*

Les Romains allaient jusqu'à décider que la perte fortuite de la chose litigieuse survenue depuis la *litis contestatio* ne libérait pas le défendeur, et, en effet, celui qui est en demeure répond du cas fortuit (Cod. Nap., art. 1302-1379).

(3) Voy. L. 27, § 1. L. 42, ff. *De rei vindicat.* L. 18, § 1. L. 41 et L. 4, ff. *De hæred. petit.*

(4) Pothier, *Traité des retraits*, n° 91. Demolombe, *loc. cit.* n° 136.

elle n'en procure aucun au demandeur dans ses rapports avec ses co-héritiers. Ces derniers ont le droit d'intervenir dans l'instance, tant qu'elle n'est pas terminée et de revendiquer le bénéfice que leur concède l'art. 841 tout aussi bien qu'à celui qui a pris l'initiative. Le retrait peut être exercé soit par *tous les co-héritiers*, soit par *un seul*, et les successibles ne peuvent être forclos que lorsque les choses ont cessé d'être *entières* à leur égard, c'est-à-dire lorsque l'appropriation est devenue définitive au profit du demandeur par le jugement. Du reste, l'intervention des co-successibles est indifférente au retrayé dont la position ne change pas, quel que soit le nombre de ses adversaires.

337. — E. — *Des effets du retrait.* — Le principal effet du retrait dans les rapports du retrayant avec le retrayé est de substituer l'un à l'autre. Le retrayant reprend le marché du retrayé et les choses se passent comme s'il avait été *ab initio* le cessionnaire direct de celui qui a fait le transport de ses droits successifs.

Comme on le voit, le retrait ressemble un peu à une déclaration de command. Toutefois il y a cette différence entre eux, que l'élection du command est une *faculté*, tandis que le retrait est *une nécessité* (1).

Du reste, on se tromperait grandement si l'on faisait

(1) Il ne faut pourtant pas exagérer cette analogie entre l'élection de command et le retrait.

résulter de l'art. 841 du Code Napoléon soit une annulation ou une rescision de contrat, soit une revente ou une rétrocession, puisque le marché primitif est maintenu avec les obligations du retrayé envers son cédant malgré l'exercice du retrait et qu'il ne constitue au fond qu'un droit de *préemption* ou de *préférence* au profit des membres de la famille contre le cessionnaire étranger : *causâ remotâ*.

Qui retrahit, dit Tiraqueau, *contractum ipsum approbat, nam in se spontè jus et locum emptoris transfert.*

« Le retrait, dit Pothier, ne tend pas à rescinder ou « à détruire le contrat, mais à subroger en tous les « droits résultant du contrat la personne du retrayant « à celle de l'acheteur (ici le cessionnaire de droits suc- « cessifs) sur qui le retrait est exercé (1). »

« Le retrayant, ajoute Dumoulin avec sa manière « toujours radicale, se trouve dans la position qu'il « aurait eue s'il eût acheté directement du vendeur, et « le premier acheteur (le retrayé) est comme s'il n'avait « pas acheté (2). »

(1) POTHIER, *Traité des retraits*, article préliminaire, n° 1. D'ARGENTRÉ, *De laudimiis*, § 36. Voy. sur les effets du retrait dans la *Revue pratique*, tom. VII, pag. 335 et suiv., l'article de M. DEMOLOMBE sur cette intéressante matière.

(2) Qui retrahit « perindè est ac si emisset ab ipso venditore, et primus emptor non est ampliùs in consideratione et *perindè habetur ac si non emisset*. » Ce langage demande à être mitigé, comme, du reste, le fait Dumoulin lui-même, ainsi qu'on va le voir dans les rapports du retrayé avec son cédant.

338. — Concluons de là : 1° Que le retrait ne donne pas lieu au droit de mutation, mais seulement à un droit de quittance sur le montant des sommes que le retrayant rembourse au retrayé, non plus qu'au droit *de transcription*. Les actes ou jugements au moyen desquels il s'opère ne sont pas soumis à la transcription, puisque le retrayant se trouve dans la même position que s'il avait directement acheté les droits successifs du cédant, *perindè ac si a venditore ipse emisset* (1).

2° Que le retrayant profite des avantages éventuels qui ont pu se produire dans le temps intermédiaire, c'est-à-dire depuis la cession jusqu'à l'exercice du retrait. C'est ainsi que le demandeur en retrait profiterait de l'extinction d'une rente viagère, *medio tempore :* il ne serait tenu de rembourser au retrayé que les arrérages payés par ce dernier au crédi-rentier, et il n'y aurait pas lieu pour fixer le prix de la cession, à estimer le capital de la rente viagère à l'époque du transport des droits successifs (2).

3° Qu'il profite aussi des fruits dans le compte qui

(1) CHAMPIONNIÈRE et RIGAUD, tom. III, n° 2160. ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, § 209, B 5°, 3e édit., tom. II, pag. 272, et not. 61.

(2) DUTRUC, nos 514-522. Nous pensons aussi qu'il jouit du bénéfice du terme stipulé dans la cession qu'il reprend; puisqu'il supporte les charges, il doit avoir les avantages (DUMOULIN, Paris, *loc. cit.*, glose 8, n° 5, § 20). DEMOLOMBE, tom. IV, n° 144. POTHIER, Orléans, *Introd. au titre des fiefs*, n° 257. BENOIT, n° 129.

vient à se faire entre le retrayé et lui, en ce sens que la valeur des fruits s'impute jusqu'à due concurrence, pour les diminuer d'autant, sur les intérêts du prix de la cession qui doit être remboursé aux termes de l'art. 841 du Code Napoléon (1).

M. Dutruc professe cependant une opinion contraire, il veut que le retrayé fasse les fruits *siens* jusqu'à la demande (2). Mais non. Le cessionnaire a su que tant que le partage n'était pas consommé, il se trouvait sous une menace perpétuelle d'éviction, suivant le bon plaisir des co-héritiers de son cédant, et il nous semble que dans une telle position, il doit bien plutôt être assimilé à un détenteur précaire qu'à un possesseur *de bonne foi*, en ce qui touche la perception des fruits. Il ne saurait avoir la conscience certaine et non douteuse qu'il les a perçus pour lui : ce qui suffit pour l'obliger à les imputer sur les intérêts du prix de la cession qu'on lui rembourse. On règlera convenablement les rapports du retrayé avec le retrayant à cet égard, en s'arrangeant de manière que le retrayé n'ait pas tout à la fois les intérêts des sommes qu'on lui rembourse, et les fruits qu'il a pu percevoir *medio tempore*. Il n'a droit qu'à sortir indemne de l'opération (3).

(1) *Suprà*, n° 328.

(2) *Traité du partage*, n° 521.

(3) DEMOLOMBE, n°s 108-137. *Success.*, tom. IV.

4° Que les hypothèques et les autres démembrements de la propriété tels que les servitudes, usufruits, hypothèques, etc., consentis par le retrayé dans le même temps, s'évanouissent par l'exercice du retrait. Cela est évident, puisqu'il est considéré comme n'ayant jamais été acheteur, dans ses rapports avec le retrayant et le public en général. La circonstance qu'il reste tenu du prix de la cession envers son cédant, est indifférente à la solution de cette question (1).

5° Enfin, que la confusion cesse d'exister avec tous ses effets, d'où il résulte que les créances que le retrayé pouvait avoir contre la succession et la succession contre lui, renaissent ou plutôt sont censées n'avoir jamais été éteintes par l'opération désormais avortée. La confusion n'est une cause d'extinction des obligations qu'autant qu'elle continue de subsister, et ici, le retrait a pour effet de la faire cesser.

339. — L'art. 841, en exigeant le remboursement du prix de la cession avec les frais et loyaux coûts du contrat (Cod. Nap., art. 1699) s'est évidemment placé dans l'hypothèse où le cessionnaire a payé le cédant avant l'exercice du retrait. Cependant il peut se faire qu'au moment de la demande le prix soit encore dû en totalité ou en partie. Dans ce cas, le retrayant de-

(1) DEMOLOMBE, IV, n° 141. POTHIER, introduction au titre XVIII *de la Coutume d'Orléans*, sect. 5, n° 48.

vient-il en reprenant le marché du cessionnaire évincé, l'obligé direct du cédant non encore payé, de telle sorte que ce dernier se trouve forcément avoir un débiteur autre que celui avec lequel il a traité?... Le retrayé, quoique évincé de la chose héréditaire, ne reste-t-il pas au contraire, bon gré malgré, le débiteur personnel de la cession envers son cédant, sauf bien entendu son action contre le retrayant qui ne paierait pas le cédant à sa décharge?

Cette question a fait, au XVI^e^ siècle, l'objet de très-vives controverses entre les jurisconsultes, et elle est encore débattue aujourd'hui.

M. Labbé, en l'examinant dans *sa savante étude sur les retraits,* a encore soutenu de nos jours le système que Tiraqueau et Grimaudet professaient autrefois contre Dumoulin. Son opinion a trouvé de l'écho chez les nouveaux annotateurs de Zachariæ, MM. Massé et Vergé (1).

D'un autre côté, M. Brives-Cazes a maintenu le bien fondé du système de Dumoulin suivi plus tard par Pothier. MM. Aubry et Rau, après avoir d'abord professé la première théorie, l'ont abandonnée dans leur

(1) Voy. TIRAQUEAU, *Traité du retrait lignager,* § 1, gl. 18, n^os^ 32, 34, 40 et 41. GRIMAUDET cité par POTHIER, VII-10. ZACHARIÆ-MASSÉ et VERGÉ, tom. IV, pag. 336. LABBÉ, *Revue critique,* tom. VI, 1852, pag. 145 et suiv. ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, § 359 *ter*, *in fine*. Ils refusent au cédant l'exécution contre le cessionnaire retrayé.

dernière édition, de sorte que, *grammatici certant, et adhùc sub judice lis est*, bien que la jurisprudence des tribunaux penche décidément du côté de Dumoulin et de Pothier (1).

340. — Voici comment Tiraqueau formulait son opinion. « Je pense, dit-il, en répondant aux docteurs « qu'il cite et qui soutenaient la thèse contraire, que « le lignager (ici le retrayant) n'est pas tenu plus que « l'acheteur lui-même (le retrayé) auquel il est par « l'effet du retrait, suivant la coutume, *substitué et su-* « *brogé*. On ne peut pas dire que l'acheteur (le retrayé) « reste obligé envers son vendeur (le cédant) après la « cession (c'est-à-dire le retrait) qu'il a consentie au « successible (au retrayant), parce qu'il n'a agi ainsi « que *par nécessité* et que, par conséquent, *il doit être* « *considéré* comme libéré de l'obligation de payer ce « qu'il peut encore devoir sur son prix d'acquisition « (ici le prix de la cession des droits successifs).

« S'il en pouvait être autrement, la coutume serait « d'une iniquité révoltante *(nequissimum)* en ce qu'elle « forcerait l'acheteur (ici, le cessionnaire de droits « successifs) à se retirer de la chose vendue, pour y

(1) Voy. DUMOULIN, Paris, tit. I, § 20, glos. 8, nos 7-8. POTHIER, *Traité des retraits*, n° 300. Cass., 7 janvier 1857. DEVILL., 1857, I-369. Cass., 9 mars 1859, *Gazette des Tribunaux* du 10 mars 1859. DALLOZ, *Recueil alph. V° Succession*, n° 2000. BRIVES-CAZES, *Revue Wolowski*, 1851, tom. I, nos 69 et suiv. DEMOLOMBE, *Success.*, tom. IV, n° 143.

« mettre un autre à sa place, tout en contraignant en « même temps ce même acheteur, à payer le prix de « la chose qu'il n'aurait plus, de la chose qu'il est « censé, suivant les principes de la matière, n'avoir « jamais eue !... Si le vendeur primitif (le cédant des « droits successifs) objecte qu'il n'a pas traité avec son « co-héritier qui exerce le retrait, et qu'il ne veut pas « de lui pour débiteur à la place de celui auquel il a « vendu la chose (les droits successifs), on lui répondra « avec raison, qu'il a parfaitement su, dans le prin- « cipe, que son co-héritier (celui qui exerce le retrait) « avait le droit de retraire, suivant la coutume, et de « prendre la place de l'acheteur (du cessionnaire « évincé). »

Comme on le voit, ce système qui paraît fondé, au premier coup d'œil, si l'on ne remarque pas que l'art. 841 a été créé *contre* les cessionnaires et non pas *en leur faveur*, se résume en deux mots. Le retrayant étant substitué au retrayé qui s'efface et disparaît de la scène, les obligations que ce dernier a contractées envers le cédant, passent à son adversaire qui le remplace en l'écartant du partage, de sorte qu'il doit en être déchargé complètement. Si le cédant primitif, étranger à tout ce qui se fait entre le retrayant et le retrayé, se plaint de ce qu'on lui impose, sans son consentement, un nouveau débiteur à la place de celui avec lequel il a traité, bien qu'il n'y ait aucune appa-

rence de novation, on lui garantit tout préjudice en le rassurant sur la solvabilité du retrayant, au moyen d'une caution ou d'une garantie hypothécaire qu'on lui donne le droit d'exiger du successible qui a exercé le retrait.

341. — Dumoulin d'abord, et après lui Pothier ont répondu que le vendeur (le cédant) ne pouvait être obligé d'accepter le retrayant pour débiteur à la place de son acheteur (le cessionnaire); que le retrait est une opération qui se passe exclusivement entre le retrayant et le retrayé, sans qu'il y soit intéressé en quoi que ce soit, qu'en un mot, c'est pour lui *res inter alios acta,* que n'étant pas garant du retrait qu'il plaît à son co-héritier d'exercer, son acheteur s'est implicitement chargé, en traitant avec lui, de tous les risques ; que, par conséquent, le retrait ne saurait donner à celui qui en est passible, aucune action qui aurait pour but de l'obliger, lui cédant, à décharger le retrayé de son obligation librement contractée : d'où il résulte évidemment que le cédant non encore payé du prix de sa cession, se trouve dans le cas de la règle générale qui ne permet pas qu'un créancier puisse être obligé, malgré lui, de changer de débiteur, quelque caution et quelque garantie qu'on lui offre (1)... *Et rectè !...* Continuons.

(1) POTHIER, *Traité des retraits*, n° 300, et introduction au titre XV *De la Coutume d'Orléans*, sect. 5, n° 48. *Junge*, M. DEMOLOMBE, n° 71. *Successions*, tom. IV. BENOIT, *Du retrait successoral,* n° 135.

342. — Le retrayant est-il tenu de communiquer à ses co-héritiers qui le demandent, les bénéfices qu'il a pu retirer de l'exercice du retrait?...

Evidemment non. Tous les co-partageants pouvaient intervenir dans l'instance, *pendente lite,* et se rendre retrayant avec celui d'entre eux qui a pris l'initiative. Ce dernier en engageant le procès et en le menant seul à fin, a pris sur lui tous les risques de l'affaire. Si elle est *bonne,* tant mieux pour lui ; si elle est *mauvaise,* ses co-héritiers ne sont pas obligés de l'indemniser de sa perte. Il est subrogé aux droits de celui qu'il a évincé. Il les reprend tels qu'ils se trouvent. En organisant le retrait, la loi n'a eu en vue que la paix des familles, elle ne s'est pas préoccupée des intérêts pécuniaires qui peuvent y être engagés. Or, si, comme cela n'est pas douteux, chaque co-héritier conserve son individualité et son indépendance malgré l'indivision, si le retrayant devient, par le retrait, le cessionnaire direct du cédant, *perindè ac si à venditore emisset,* ses co-héritiers seraient mal fondés à venir lui réclamer le bénéfice qu'il a pu faire. Cela ne les regarde en aucune façon. Encore une fois, l'opération se passe entre le retrayant et le retrayé, les co-héritiers non-intervenants avant le jugement y sont tout-à-fait étrangers. Il suit de là que le retrayant devient par l'effet du retrait, propriétaire exclusif du lot qui serait échu au retrayé s'il eût été admis au partage *ex jure*

cesso et que par conséquent il peut disposer à son gré des droits successifs qu'il a acquis par l'exercice de l'action qu'il a mise en mouvement, sauf aux co-héritiers à exercer le retrait eux-mêmes contre son cessionnaire étranger, dans le cas où ils croiraient y avoir intérêt (1).

343. — Malgré la solution que nous venons de donner, conformément à l'opinion communément adoptée, il faudrait cependant suivre un système contraire, dans le cas où le retrayant aurait traité amiablement du retrait, *tant pour lui que pour ses co-héritiers*. Dans cette hypothèse, les arrangements pris par l'un des successibles comme *negotiorum gestor*, devraient profiter aux autres (2) (art. 1121).

(1) ZACHARIÆ, § 359 *ter*, 8°. MOURLON, *Répét. écrit.*, tom. II, pag. 144-145. cours de M. VALETTE. MARCADÉ, art. 841, n° 3. DUCAURROY, BONNIER et ROUSTAIN, n° 683. DEMANTE, tom. III, n° 171 *bis*, IV. DUTRUC, n°s 511-512. ZACHARIÆ-MASSÉ et VERGÉ, tom. IV, pag. 337, § 692, 4°, note 36. Cass., 28 juin 1836. DALL., 1836, I-251, et la note de DEVILL., sous l'arrêt du 8 frimaire an XII, à sa date.

(2) Voy. à cet égard L. 19, ff. *Famil. erciscundæ*. LEBRUN, *Success.*, liv. IV, chap. I, sect. 3, n°s 66-68, et MERLIN, *Quest. de droit*, *V° Retrait successoral*, § 1. C'est en ce sens qu'il faut restreindre ce que dit MERLIN sur la question posée au n° 342.

CHAPITRE IV

Du partage et de la licitation amiables.

344. — MÉTHODE. — Nous passons à la notion du partage et de la licitation *amiables*. Ces événements juridiques sont très-fréquents dans la pratique, parce qu'on ne recourt au partage *judiciaire* que quand on ne peut agir autrement. Les frais que nécessite l'exercice de l'action *familiæ erciscundæ* et qu'il est toujours bon d'éviter, expliquent suffisamment la préférence que les parties donnent ordinairement à la forme de partage qui nous occupe en ce moment.

Nous diviserons ce chapitre en deux sections.

La première sera consacrée *au partage amiable*.

Et *la seconde, à la licitation amiable*.

SECTION Ire.

Du partage amiable.

SOMMAIRE.

345. — Du partage amiable *en droit romain*.
346. — *Dans l'ancienne jurisprudence française*.
347. — Dans le Code Napoléon. — A. De la forme du partage amiable.

348. — B. Des personnes capables de procéder à un partage amiable.

349. — C. Des formules du partage amiable.

---

345. — *Droit romain.* — Le partage pouvait se faire à Rome, *à l'amiable* entre les héritiers. Ce n'était pas un acte solennel soumis à des formalités déterminées par le droit civil (1). Un partage amiable était donc aussi valable qu'un partage judiciaire. Mais comme les simples pactes n'avaient pas, dans le système romain, la puissance de transférer la propriété (2), il fallait que la convention de partage fût suivie ou accompagnée de la *tradition* des choses partagées ou bien qu'elle fût confirmée par la stipulation, pour devenir *obligatoire* et arriver à ses fins soit par la *condictio certi*, soit par l'action *ex stipulatu* qui étaient des actions *stricti juris* (3).

Quoique assimilé souvent à la vente dans les textes, on ne voit pas que le partage y figure jamais comme un contrat *consensuel*. Au contraire, la loi 45 au Dig. *De pactis* décide qu'il n'a d'effet que par *la tradition ou*

(1) Arg. des LL. 1-12, Cod. *Famil. erciscundæ*, et de la L. 57, ff. *eod. tit.*

(2) L. 20, Cod. *De pactis*.

(3) Instit. de Justinien, L. 3, tit. XV, *De verb. oblig. proem.*, et § 1.

par la stipulation. Du reste, l'écriture n'était pas exigée en cette matière (1).

Au sixième siècle, le système romain se développant dans les idées d'une constitution de l'empereur Léon, de l'an 469 (2), commence à se rapprocher de nos institutions modernes quant à la constatation de l'accord des volontés, puisqu'un acte dressé *ad probationem* suffit pour remplacer les formes sacramentelles de la *stipulation ancienne* (3). Toutefois la tradition reste toujours en vigueur. Le spiritualisme n'a pas encore donné *à la pensée seule* l'effet, comme chez nous, de consommer le partage, la question de preuve réservée (4).

Voici très-sommairement comment les choses se passaient dans les partages amiables.

On commençait par faire un inventaire de tous les biens de la succession; puis on les réunissait en une masse générale en n'y comprenant pas ceux qui ne

(1) L. 9, Cod. *De fide instrumentorum*. L. 12, Cod. *Famil. erciscundæ*, et sur ces matières, les L. 7, § 2, au Dig. *De pactis*. GAÏUS III, § 141. L. 1, § 2, ff. *De rerum permutat*. L. 2, ff. *De præscriptis verbis*. L. 3, 4, *eod. tit*. Ces textes sont commentés par VERNET, dans sa *Théorie des obligations en droit romain*. Il y explique l'action *præscriptis verbis*.

(2) Inst. Justin. liv. III, tit. XIX, § 12, *De inutil. stipul.*

(3) L. 10, Cod. *De contrahendâ et committ. stipulat.*

(4) Voy. à cet égard DONEAU, *Comm*. lib. IX, cap. XI, n^os^ 7, 8 et 9, tom. II de ses œuvres et tom. VI, *De judiciis divisoriis*, cap. I, n^os^ 2 et 3, pag. 966.

devaient pas y figurer (1). On procédait ensuite à l'estimation des biens (2). On se partageait l'argent comptant et les choses susceptibles de se diviser naturellement (3).

Quant aux meubles impartageables, on en faisait des lots d'après le prix de l'estimation et on les tirait au sort. Les immeubles se partageaient ensuite pour la plus grande utilité des co-héritiers ; tantôt on les attribuait en natnre à celui des co-partageants qui *en offrait le prix le plus élevé*, et on se distribuait les prix des ventes que l'on en avait faites. Tantôt, quand on n'avait pu les vendre avantageusement, on s'adressait à un arbitre qui indiquait le mode à suivre dans le partage en nature (4). Du reste, soit que les co-héritiers fissent eux-mêmes la division ou à l'aide d'un arbitre, soit qu'ils prissent la voie judiciaire de l'action *familiæ erciscundæ*, on devait toujours dans les assignations des parts exécuter ce que le testateur avait ordonné relativement à tels ou tels objets de l'hérédité. S'il n'avait rien prescrit à cet égard, les valeurs héréditaires

(1) L. 14, § 1. L. 15, ff. *Famil. erciscundæ.*

(2) *Universæ res estimari debent, non singularum rerum partes.* L. 52, § 3, *eod. tit.*

(3) Voy. sur les *Res dividuæ et individuæ*, MUHLENBRUCH, *Doctrina pendectarum*, § 221.

(4) Voy. Inst. Just. lib. IV, tit. XVII, § 4, *De officio judicis*, L. 22, § 2, 3 et 35, ff. *Famil. erciscundæ.*

étaient partagées suivant les droits de chacun des héritiers institués conjointement ou *ab intestat* (1).

Lorsque la distribution s'était opérée en nature entre les divers ayants-droits, le partage était considéré comme *un échange*. Si les choses communes avaient été en totalité ou en partie abandonnées à l'un ou à plusieurs des co-héritiers qui s'étaient chargés de payer ce qui revenait aux autres, il était assimilé à une vente. Au surplus, quelque mode qui avait été suivi, il en résultait une *aliénation nécessaire* admissible même dans les cas où l'aliénation en général n'était pas permise par le droit civil (2). Enfin, l'acte dont il s'agit, était comme renfermant une transmission à titre onéreux, soumis aux règles de la garantie de la vente et de l'échange (3).

346. — *Ancienne jurisprudence.* — Dans l'ancienne jurisprudence, le partage amiable n'offre, quant à la forme, aucune particularité qui mérite d'être signalée. Il n'y est astreint à aucune solennité et s'y fait comme les contrats ordinaires, soit par acte authentique, soit par acte sous-seing privé. Si la tradition y reste encore en vigueur, c'est *nomine tantùm*, elle n'y a plus les

(1) L. 32, ff. *Famil. erciscundæ*. L. 21, *eod. tit.*

(2) L. 8 et § 2, ff. *De reb. eorum qui sub tutelâ.*

(3) Voy. à cet égard, L. 7, au Cod. *Communia utriusque judicii*. Et sur ces matières, MUHLENBRUCH, § 717 et MACKELDEY, § 695.

caractères qu'elle avait dans le principe (1). Les clauses de *traditions feintes* remplacent ce qu'il y avait de particulier dans ce mode d'acquérir, de sorte qu'au fond des choses, le législateur de l'empire n'a plus eu qu'à l'omettre dans l'art. 711, bien qu'il en reste encore quelques traces dans les art. 1303, 1238, 1138, 1141, 938, 1690 et 1583 du Code Napoléon, pour arriver à donner à la pensée seule la puissance qu'elle a aujourd'hui, au dire de tous nos interprètes.

347. — *Code Napoléon.* — A. — *De la forme du partage amiable.* — Sous le Code Napoléon, les partages amiables peuvent se faire *quoquo modo*, et suivant la forme qu'il plaît aux parties intéressées d'adopter (art. 819), soit par acte authentique ou sous-seing privé, soit même *verbalement :* la question de preuve réservée, puisque l'écriture n'est pas, dans le système qui nous régit, essentielle à la validité des conventions. On prétend cependant, dans certains tribunaux (2), que la loi a dérogé à ce principe au cas

(1) Voy. notre *Etude sur la transmission de la propriété* par actes entre vifs, tom. I, nos 93 et suiv. et l'appendice sur l'art. 1138 du Code Napoléon, tom. I, pag. 331 et suiv. Les partages n'étant pas soumis à la transcription sont aujourd'hui de véritables contrats consensuels, susceptibles de constituer la la propriété *ergà omnes*, sauf la question de preuve.

(2) Cass., 6 juillet 1836. DEVILL., 1836, I-876. Colmar, 24 janvier 1832. DEVILL., 1832, II-657. Bastia, 2 février 1857. DEVILL., 1857, II-129. CHABOT, art. 816, n° 1. MARCADÉ, art. 816, II, exige *un acte* lorsqu'il n'y a pas *aveu* de toutes les parties.

particulier, et qu'un *acte* est nécessaire ; mais c'est bien évidemment à tort, malgré les considérations que l'on invoque contre notre manière de voir. La jurisprudence qui lutte contre l'enseignement des facultés, sous ce rapport, ne repose au fond que sur *un jeu de mots* qu'elle tire de l'art. 816 et auquel elle donne une portée qu'il ne saurait avoir. Dans le droit romain et dans l'ancienne jurisprudence, *le partage ne laissait pas d'être valable quoiqu'il ne fût pas rédigé par écrit* (1). Il doit en être de même *à plus forte raison* sous l'empire du Code. Si l'intention de la loi avait été de faire du partage amiable, *un actus legitimus*, *un acte solennel*, elle n'aurait pas manqué de s'en expliquer d'une manière formelle. Il faut donc tenir pour constant que l'écriture n'est pas indispensable pour son efficacité, même dans le cas où la convention ne serait pas avouée, mais serait prouvée d'une manière quelconque à l'aide de présomptions susceptibles d'être admises (Cod. Nap., art. 1353) (2).

348. — B. — *De ceux qui peuvent concourir au par-*

(1) En ce sens qu'il en résultait *une juste cause*, nécessaire pour que la tradition produisît son effet ordinaire. Voy. L. 9 au Cod. *De fide instrum.*, et L. 12, ff. *Famil. erciscundæ*, aussi L. 4, Cod. *Comm. dividundo*. Rousseau de Lacombe, *V° Partage*, sect. 3, n° 4. Pothier, *Success.*, chap. IV, art. 1, § 1.

(2) Zachariæ-Aubry et Rau, § 623, 3, et not. 6. Zachariæ-Massé et Vergé, tom. II, § 390, not. 10. Dutruc, n° 20. Demolombe, *Success.*, tom. III, n^os^ 519-520, et toutes les autorités qu'il cite.

tage amiable et de ceux qui en sont incapables. — Sont aptes à partager amiablement ceux qui ont *la capacité d'aliéner* : ce qui comprend :

1° *Les majeurs,* maîtres de l'exercice de leurs droits. Nous supposons toutefois qu'ils sont *présents* par eux-mêmes ou par des mandataires (art. 819-840)... ;

2° *Les envoyés en possession définitive* (art. 132). En effet, l'envoi en possession définitive confère à ceux qui l'obtiennent, le pouvoir d'aliéner même à titre gratuit, à plus forte raison, celui de partager définitivement une succession à l'amiable (1).... ;

3° *Le prodigue* assisté de son conseil (art 499-513). Il n'est qu'un interdit *partiellement,* et l'assistance de son conseil le rend apte autant qu'un majeur jouissant de l'exercice de ses droits. Les art. 838 et 840 qui exigent un partage judiciaire en ce qui concerne *les interdits,* ne lui sont point applicables (2).... ;

4° Et la femme mariée dûment autorisée (art. 217-218). Il importe peu qu'il s'agisse d'une femme dotale. La prohibition d'aliéner le fonds dotal ne comprend pas celle de le partager (art. 1554). L'art. 1558 n'exige les formalités de justice que lorsque le fonds dotal est *impartageable* et qu'il y a nécessité de recourir à la voie *de la licitation*. Il n'existe aucun article de loi qui

(1) DUCAURROY, BONNIER et ROUSTAIN, tom. II, n° 677.

(2) DURANTON, tom. VII, n° 107. DUTRUC, n° 24.

impose à la femme dotale l'obligation de faire un partage judiciaire de ses biens dotaux. On n'a pas voulu multiplier la nécessité des partages judiciaires qui se serait renouvelée à chaque instant dans les pays où ce régime est encore en usage. Cependant la question est controversée (1).

Au contraire, le partage amiable est interdit :

1° A la femme non autorisée ;

2° *Au mineur* même émancipé (art. 389-390-838) ;

3° *Au majeur non interdit,* mais qui est placé dans une maison publique d'aliénés (loi du 30 juin 1838, art. 36), et au prodigue non assisté.... ;

4° *Au grevé de substitution* (art. 1048-1051) (2).... ;

5° *Au présumé absent* (art. 838-840).... ;

6° *Aux non-présents,* quand on n'a pas leur procuration. Il n'y a pas d'autre moyen de suppléer à leur consentement qui est inconnu, que par un partage judiciaire (art. 840).... ;

7° Aux envoyés en possession provisoire (art. 125-128).... ;

8° Enfin, *aux majeurs eux-mêmes*, quand l'un des

(1) Cass., 29 janvier 1838. DEVILL., 1838, 1-751. TROPLONG, *Contrat de mariage,* n° 3112. DEMANTE, tom. III, n° 147 *bis,* III. DEMOLOMBE, *Success.,* tom. III, n° 606. *Contrà,* DUTRUC, n° 26, et les autorités qu'il cite.

(2) La loi doit veiller à la conservation des droits des enfants nés ou à naître. Le grevé de restitution, quoique majeur, n'a pas le droit de libre disposition (Voy. CARRÉ sûr les lois de la procédure, tom. III, n° 3215). Cependant, la loi est muette sur ce point.

co-héritiers refuse d'y procéder pour une cause quelconque (art. 819-823) (1).

349. — C. — *Des formules du partage amiable.* — Il n'entre pas daus le plan *de ces études* que nous nous arrêtions à donner des formules d'actes de partages amiables. Il y a à cet égard des livres spéciaux qui sont très-utiles en pratique, et auxquels il suffit de renvoyer (2). Au fond, la manière de procéder en cette matière est la même que celle suivie autrefois par les Romains et par nos pères.

On commence par des observations préliminaires dont l'objet est d'exposer les faits qui nécessitent le partage, on passe ensuite à la désignation et à l'estimation des biens de la succession, et aux prélèvements : puis, on procède à la composition des lots, au

(1) La capacité ou l'incapacité d'un étranger qui serait appelé à succéder en France, se règlerait d'après la loi de son pays, suivant les principes *du statut personnel*, bien que le partage des immeubles situés en France devrait suivre les formes de la loi française (DUTRUC, n° 32. CHAUVEAU sur CARRÉ, n° 2507, 13°. BIOCHE, *V° Partage*, n° 58).

(2) Voy. la formule *du partage de succession* rapportée par GUYOT, *loc. cit.* à la note, et *le Dictionnaire du notariat. V° Partage de succession*, sect. 8. La science du notaire demande surtout une pratique intelligente unie à une connaissance approfondie des solutions données par la Cour de cassation. Je me rappelle avoir beaucoup ri, avec mes camarades d'étude, dans ma jeunesse, d'un contrat de mariage dont un savant professeur de la faculté nous avait envoyé le modèle, afin de l'authentiquer. C'était sans doute très-bien au fond, mais ce n'était pas suivant l'usage antique et solennel ; et nous nous disions qu'il pourrait peut-être surgir dans l'avenir, des difficultés de la rédaction, par cela seul qu'elle sortait des *us et coutumes*. Les formules consacrées par l'expérience ont une grande importance pour la paix des familles.

tirage au sort et aux abandonnements, au paiement des soultes et des impenses, s'il y a lieu, et on termine l'opération par des clauses relatives à la garantie et à la remise des titres qui, lorsqu'ils sont communs, sont le plus souvent laissés à l'aîné de la famille, à la charge par lui d'en aider ses co-héritiers (Voy. art. 842).

Tel est le canevas ordinaire des actes de partage.

SECTION II.

De la licitation amiable et des autres actes qui arrivent au même but.

SOMMAIRE.

350. — Notion de la licitation amiable.
351. — La loi ne s'est occupée que de la licitation judiciaire.
352. — Les parties peuvent sortir d'indivision par tout acte quelconque.
353. — Transition au partage judiciaire.

---

350. — *Notion de la licitation.* — La forme du partage la plus conforme aux droits des co-héritiers, est évidemment la division de la chose commune *en nature*. Car la saisine donnant *ipso jure* à chaque successible appelé la part qui lui est assignée par la loi

dans la succession indivise, ce n'est que *médiatement* qu'il peut avoir droit au prix des biens qui en font partie.

Comme la propriété lui est transmise, c'est *tout d'abord* à cette propriété qu'il est fondé à s'adresser, soit pour la revendiquer comme *sienne*, si l'on voit dans l'action en partage *une action réelle*, soit pour se la faire délivrer ou adjuger en nature, si l'on pense avec nous que cette action est principalement *personnelle*, question que nous examinerons bientôt.

Mais il arrive souvent qu'une succession se compose d'héritages qu'il est impossible de partager sans de graves inconvénients, « soit parce qu'il en résulterait « une diminution considérable de valeur qui retom- « berait sur chacun des propriétaires, soit parce que « la jouissance de chaque portion deviendrait trop « incommode et trop gênante pour les co-parta- « geants (1). » Dans ces cas assez fréquents, il a bien fallu trouver un moyen de suppléer au partage en nature, et ce moyen est... *la licitation*. *Liciter*, c'est vendre au plus offrant et dernier enchérisseur, une chose qui appartient à plusieurs et qui est impartageable naturellement.

C'est aux Romains, nos maîtres en législation, que nous devons cette institution, comme tant d'autres.

(1) Voy. GUYOT et MERLIN, *Répertoire*, V° *Licitation*, § 1.

On n'y recourait qu'autant que la division ne pouvait pas se faire commodément, *commodè* en nature (1).

Un juge qui se serait permis d'ordonner une licitation au lieu d'assigner à chaque co-héritier sa part *en nature,* lorsque cela était possible, aurait outrepassé ses pouvoirs (2) Les Romains ont toujours été pleins de respect pour la propriété qui est, avec la famille, la base fondamentale de l'organisation sociale. Or, nos pères ne pouvaient manquer, en recueillant leurs héritages, d'accepter avec empressement cette théorie qui se trouvait si bien d'accord avec leurs idées sur la conservation des biens patrimoniaux. Ainsi, ce n'est que quand il est difficile d'agir autrement, qu'on licite les biens indivis (3). Un co-propriétaire plus riche que les autres qui convoiterait une mise aux enchères de la chose commune avec la pensée secrète de s'en rendre adjudicataire à des conditions que ses co-intéressés pourraient y mettre difficilement, devrait être renvoyé de sa demande en licitation, s'il y avait possibilité de partager en nature.

Cela posé, reprenons le cours de notre exposition.

351. — La loi ne s'est occupée et n'avait à s'occuper

(1) Just. Instit., lib. IV, tit. XVII. *De officio judicis*, § 5.

(2) Voy. L. 3, Cod. *Comm. dividundo.*

(3) L'usage constant, fondé sur ce qui s'est toujours pratiqué anciennement, est d'ordonner une visite d'experts, lorsque les co-propriétaires ne sont pas d'accord sur l'opportunité ou la nécessité d'une licitation.

sérieusement que de la licitation judiciaire ; mais ce n'est pas à dire pour cela que la licitation amiable soit interdite aux parties intéressées. Loin de là, on l'encourage au contraire ; car on sait parfaitement que les co-héritiers ont toujours intérêt à éviter les frais que nécessitent les ventes en justice. Aucun texte ne leur défend donc de mettre aux enchères publiques, les biens communs qu'ils reconnaissent *impartageables* ou qu'ils veulent convertir en argent pour une cause ou pour une autre, et ils peuvent procéder à cette opération sans être astreints à suivre les formalités du Code de procédure (1).

C'est ordinairement devant notaire et à la criée, après des annonces insérées dans les journaux et suivies d'affiches que l'on placarde aux portes des églises et aux mairies des communes où l'officier public vient instrumenter, que se fait *la licitation volontaire* (2). Mais ce mode de vente que l'expérience a consacré comme le plus avantageux, surtout pour les adjudications en détail des immeubles ruraux, n'est pas le seul, et si les communistes veulent liciter la chose indivise entre eux, *sans la concurrence étrangère,* ils sont parfaitement libres de procéder à leur opération

(1) Cod. de procédure, art. 966 et suiv.

(2) Cod. Nap., art. 827, 2°. Les notaires sont seuls compétents pour faire des adjudications d'immeubles aux enchères publiques.

sous le manteau de la cheminée, malgré les dangers qui peuvent parfois en résulter pour les créanciers hypothécaires de l'un ou de plusieurs d'entre eux. La loi n'exige qu'une chose, c'est que tous les co-licitants soient présents ou dûment représentés, et qu'ils aient tous l'exercice du droit de libre disposition. Ainsi, ceux que nous avons signalés plus haut comme capables de se livrer utilement à un partage amiable, à l'exception, toutefois, de la femme mariée sous le régime dotal (art. 1558), peuvent aussi valablement procéder à une licitation amiable (1). Ces deux événements juridiques, ayant le même but, sont soumis aux mêmes principes. Il est à noter que la licitation n'ayant le plus souvent pour objet que de faciliter le partage, semble ne faire qu'un seul et même acte avec lui. Toutefois, nous verrons plus tard qu'il ne faut pas toujours les confondre.

352. — Ce n'est pas tout. Comme il est permis aux intéressés de sortir d'indivision par le mode qu'il leur plaît d'adopter (Cod. Nap., art. 819-888), ils peuvent ne prendre ni la voie du partage en nature amiable, ni celle de la licitation amiable, soit aux enchères publiques, soit sous le manteau de la cheminée. Rien ne s'oppose à ce qu'ils atteignent à leur but, soit par des ventes ou des cessions de droits successifs qu'ils sont

(1) *Suprà*, n° 348.

autorisés à se faire entre eux, soit par des compromis d'arbitrage, ou par des transactions susceptibles de mettre fin à la communauté, tout en réglant définitivement les difficultés qui surgissent parfois à l'occasion de l'ouverture de la succession. Lorsque ces hypothèses se présentent, le juge est appelé à apprécier ce qu'ils ont *voulu* faire, en ne perdant pas de vue le principe posé par Dumoulin (1), d'après lequel il ne saurait y avoir partage qu'autant que l'on veut sortir d'indivision par un moyen quelconque.

A cet égard, nos pères laissaient la plus grande liberté aux successibles et ils considéraient comme valant *partage*, *le premier acte* de cette nature qui avait pu intervenir entre les co-héritiers, après l'ouverture de la succession (2). Nous pensons que cette théorie doit être encore suivie aujourd'hui. Toutefois, le droit de nos anciens jurisconsultes paraît être appelé à subir une modification importante en ce qui touche les cessions qui ne font pas cesser l'indivision *pour le tout*. D'après le vent qui souffle sur la jurisprudence moderne, il ne serait plus vrai de dire, comme autrefois, qu'il n'y a pas de règle qui oblige les communistes à ne sortir de la communauté *qu'en la rompant entre*

(1) *Suprà*, n° 301.

(2) Voy. *infrà*, tom. IV, n° 226, le résumé de l'ancienne jurisprudence sur ce point important du système.

tous, ou du moins, malgré les protestations de plusieurs de nos meilleurs interprètes dont nous partageons l'opinion, la Cour suprême ne veut plus entendre parler du système de nos pères sous ce rapport. C'est une nouvelle réaction contre la saisine ancienne dont nous nous occuperons lorsque nous commenterons l'art. 883 relatif aux effets du partage et de la licitation (1).

Il est évident que l'on arrivera à des conséquences toutes différentes suivant que l'on fera, conformément aux idées coutumières, prédominer le caractère *déclaratif* de l'événement juridique que nous traitons, ou suivant que l'on voudra restreindre autant que possible, dans l'intérêt du public et notamment des créanciers hypothécaires, les effets particuliers que le droit ancien attachait à la notion du partage et de la licitation, lors même que l'indivision n'était que resserrée ou restreinte et ne cessait pas *entre tous*.

353. — *Transition.* — Ces principes étant posés et sauf à y revenir lorsqu'il s'agira de les appliquer aux co-héritiers entre eux, au public et au fisc, nous passons *au partage judiciaire*.

(1) Voy. *infrà*, tom. IV, n^os^ 229 et suiv. où nous combattons de toutes nos forces la jurisprudence sur ce point capital de la théorie de l'art. 883. Elle ne nous semble reposer que sur des arguties de textes, sur des équivoques et sur des pointes d'aiguilles à rejeter bien vite.

CHAPITRE V

Du partage et de la licitation judiciaires.

354. — *Généralités.* — MÉTHODE. — Nous avons vu précédemment que le partage définitif en nature a pour objet de faire cesser l'indivision entre les co-héritiers au moyen de cantonnements assignés suivant les droits de chacun sur des portions déterminées des choses héréditaires communes.

Nous avons vu également que lorsque ces cantonnements ne peuvent, pour une cause quelconque, s'effectuer commodément et sans perte eu égard aux droits des communistes c'est le cas de suppléer au partage en nature par la licitation qui en tient lieu.

Il y avait sans doute bien des motifs à faire valoir contre une théorie qui mettait un événement juridique semblable à une vente sur la même ligne que le partage en nature, mais après de longues discussions, la licitation a fini par conquérir dans notre législation la place qu'elle y occupe aujourd'hui, de sorte qu'elle n'est pas considérée comme *translative* de la propriété toutes les fois qu'elle fait cesser l'indivision, lors même qu'il ne s'agirait que d'un ou de plusieurs biens faisant partie de l'universalité juridique (1).

(1) Voy. *infrà*, tom. IV, n^os^ 230 et suiv.

Ainsi, la licitation met fin à l'indivision tout aussi bien que le partage; elle n'en est au fond que l'un des éléments, seulement ce n'est pas par des cantonnements assignés à chacun sur des portions déterminées de la chose commune qu'elle arrive à son but, c'est au moyen d'une opération de vente qui la convertit en argent. La valeur substituée à la chose se distribuant ensuite entre les co-héritiers suivant les attributions de la liquidation, les parties rompent la communauté par ce procédé ingénieux tout aussi complètement que si elles partageaient *en nature*.

Cela posé, arrivons à l'action qui fait l'objet du présent chapitre.

Le moyen juridique par lequel chaque co-héritier peut contraindre ses co-héritiers à partager ou à liciter les biens indivis se nomme *action en partage ou licitation*, chez les Romains *actio familiæ erciscundæ*.

Nous diviserons ce chapitre en deux sections.

La *première* sera consacrée *au partage judiciaire* et la *seconde* à la *licitation également judiciaire*.

SECTION Ire.

De l'action en partage et du partage judiciaire.

355. — Méthode. — Nous subdiviserons cette section en trois paragraphes.

Dans le premier nous rechercherons quelle est l'origine de l'action en partage et quels sont ses caractères.

Dans le second, devant quel tribunal elle doit être portée, quelle est sa durée et quelles exceptions on peut lui opposer.

Et *dans le troisième*, à quelles personnes elle appartient, contre quelles personnes elle se donne et quelle est la capacité requise soit chez le demandeur, soit chez le défendeur pour qu'elle puisse se produire utilement.

§ 1er.

DU CARACTÈRE DE L'ACTION EN PARTAGE.

SOMMAIRE.

356. — Origines de l'action en partage.
357. — Notion de l'action *familiæ erciscundæ*.
358. — Nature de l'action en partage dans le Code Napoléon.

---

356. — *Origines de l'action en partage. Droit romain.* — L'action en partage se perd dans la nuit des temps, elle était déjà consacrée par la loi des Douze Tables. *Hæc actio*, dit Gaïus(1), *proficiscitur a lege duo-*

(1) L. 1, ff. *Familiæ erciscundæ.*

decim tabularum, namque, co-hæredibus volentibus a communione discedere, necessarium videbatur aliquam actionem constitui quâ inter eos, res hæreditariæ distribuerentur.

357. — *Notion de l'action familiæ erciscundæ.* — Les choses qui composent notre patrimoine nous appartiennent *privativement* ou nous sont *communes* avec d'autres. Si nous voulons obtenir judiciairement la restitution des biens dont nous sommes propriétaires exclusifs et dont la possession nous a été ravie, nous avons pour arriver à notre but tout l'arsenal des actions *in rem* dont l'objet est de protéger *nos droits réels contestés*.

1° Mais s'il ne s'agit que de faire cesser une communauté ou une indivision temporaire, c'est le cas par nous de mettre en mouvement l'une de ces actions qui servent à partager et que l'on appelle *judicia divisoria*, à moins cependant qu'une convention suspensive du partage pour un temps déterminé ne vienne mettre obstacle à leur exercice *à titre d'exception dilatoire* (1).

2° Ces *judicia divisoria* sont nécessaires, car la communauté ne saurait être éternelle (2). L'expérience a

(1) Voy. L. 26, § 4, ff. *De condict. indeb.* L. 14, ff. *Pro socio*, et L. 14, § 3, ff. *Communi divid.*

(2) L. 70, ff. *Pro socio.* L. 14, § 2, ff. *Communi dividundo* et L. ult., au Code, *eod. tit.*, Cod. Nap., art. 815.

d'ailleurs démontré qu'elle engendre trop souvent des discordes entre les communistes, soit qu'il s'agisse de prendre soin de la chose commune et d'y faire des réparations nécessaires ou même simplement de la mettre en rapport par une culture intelligente et de s'en partager les produits. Si les co-propriétaires indivis se font assez volontiers violence pour en palper les bénéfices, ils se persuadent difficilement qu'ils doivent en supporter les charges. C'est leur nature comme cela (1).

3° Pour sortir de cette situation dangereuse tant à l'égard de la propriété qu'à l'égard des communistes eux-mêmes, les fondateurs de la science ont créé deux actions.

L'une qui est universelle s'applique spécialement *à l'hérédité;* on l'appelle *actio familiæ erciscundæ.* L'autre a pour objet de faire cesser l'indivision des choses particulières dans tous les cas où pour une cause quelconque elles se trouvent communes entre plusieurs ; on la nomme *actio communi dividundo* (2).

4° Justinien y rattache une troisième action qu'il fait marcher de compagnie avec elles (3). C'est l'action

(1) L. 20, ff. *De legat,* 2°.

(2) Voy. LL. 1, 2, 8, § 1, ff. *Comm. divid.* Inst. Just., §§ 27-28, *De rerum divisione.*

(3) Digeste, lib. X, tit. 1. *Institut. de action.*, § 20.

finium regundorum. Ce n'est pourtant pas que cette dernière constitue un *judicium divisorium proprement dit ;* mais l'empereur a pu agir comme il l'a fait, parce qu'elle a beaucoup d'analogie avec les actions *familiæ erciscundæ* et *communi dividundo*. En effet, si par le moyen des adjudications que le juge qui en connaît (1) a mission de faire aux parties de ce qui peut leur revenir dans la chose commune, les actions divisoires proprement dites ont pour but de mettre fin à l'incertitude qui plane sur la propriété indivise, tant que le partage n'est pas consommé, il est vrai aussi de dire que l'action en bornage arrive à un résultat semblable, puisqu'elle fait cesser l'incertitude qui peut exister sur les limites des héritages contigus.

5° Nous n'avons à nous occuper ici que de l'action *familiæ erciscundæ*. Son objet est la division de l'hérédité commune (2). *Familia,* expression qui se prend dans un grand nombre d'acceptions diverses, est au cas particulier, synonyme du mot *hæreditas : Erciscere,* est un vieux mot latin qui signifiait, dans le droit des XII Tables, *dividere* (3).

6° L'action *familiæ erciscundæ* se donne à tout héri-

(1) *Pars tua mihi adjudicatur, et mea tibi.* Gloses sur la L. 1, Cod. *Comm. utri.* L. 6, § 8, ff. *Comm. divid.*

(2) Instit. Just. *De act.*, § 20. L. 1, ff. *Famil. erciscundæ.*

(3) L. 5, Cod. *De verb. signif.* Voy. BRISSON, *V° Erciscundæ familiæ,* et *V° Familia.*

tier qui veut provoquer ses co-héritiers au partage de l'hérédité indivise.

7° Lorsque le demandeur et ses adversaires sont tous en possession de la chose commune, il ne s'élève aucune difficulté sur la manière de la mettre en exercice. Mais *quid juris,* si le demandeur ne possède encore rien de la chose héréditaire? Il pourrait se faire qu'il ne fût pas *co-hæres*, *co-propriétaire* de la chose dont il vient requérir le partage. Cette circonstance est-elle un obstacle à la demande?... Non, en principe ; car nous savons que la possession et la propriété sont deux choses différentes qu'il ne faut pas confondre. Nous savons aussi que l'adition a eu pour résultat de faire passer aux acceptants *l'universum jus defuncti,* bien qu'ils aient pu ne pas l'avoir encore appréhendé de fait, afin d'en acquérir la possession (1). Il importe donc peu que celui qui agit par l'action qui nous occupe, *possède ou ne possède pas* l'hérédité qu'il s'agit de partager (2).

8° Mais pourtant il y a là un problème à résoudre. Qu'arriverait-il si le défendeur contestait la qualité d'héritier du demandeur à l'action *familiæ erciscundæ?* Est-ce que ce dernier ne devrait pas, tout d'abord, faire vider la question en litige devant les centumvirs

(1) *Suprà*, tom. I, nos 50-64.

(2) L. 25, § 2, ff. *Famil. erciscundæ.*

chargés de connaître des grandes actions comme *la pétition d'hérédité* (1) ? Gaïus, très-probablement passé aux ciseaux et au laminoir de Tribonien, *en ce qui touche la compétence,* répond, dans la loi au Digeste *familiæ erciscundæ,* par les distinctions que voici :

Celui qui agit *per judicium divisorium* est ou n'est pas en possession de l'hérédité qu'il prétend indivise avec lui. *Au premier cas,* son action est admise, sans distinction, soit que son adversaire reconnaisse *dans l'interrogation in jure*, ou ne reconnaisse pas sa qualité de co-héritier, parce que la possession est une circonstance qui milite en sa faveur : la possession étant généralement le signe de la propriété. *Au second,* il faut distinguer. Si la qualité du demandeur n'est pas contestée, c'est encore le cas par le préteur de délivrer la formule de l'action *familiæ erciscundæ*. Au contraire, sa qualité de co-héritier est-elle contestée ? Oh ! alors, c'est tout autre chose, et il y a lieu de recourir à la pétition d'hérédité. En effet, l'exception « *vous n'êtes pas héritier* » est préjudicielle, et elle est susceptible de faire défaillir le principe de l'action *familiæ erciscundæ*. Tout cela se passe encore de nos jours, sous d'autres formes, lorsque les qualités des co-partageants sont, devant la justice, l'objet de contestations sérieuses.

(3) *Suprà*, n° 80.

9° Cela posé, voyons si l'on peut agir plus d'une fois, par l'action *familiæ erciscundæ ?* Bien évidemment non, puisque c'est une action *universelle* dans laquelle l'office du juge consiste principalement à ne rien laisser dans l'indivision (1).

On a cependant contesté ce point, en se fondant sur la loi 1 au Code *familiæ erciscundæ*, mais c'est bien à tort, ainsi que nous le verrons dans un instant.

10° Peut-on partager plusieurs successions réunies par une seule procédure et à l'aide d'une seule formule *familiæ erciscundæ*. Oui (2) ; sans aucun doute, et cela se passe encore souvent dans la pratique actuelle.

Cependant, on a tenté d'élever des difficultés sur cette décision, et la pointe s'est emparée de cette circonstance que le texte porte *familiæ erciscundæ* et non pas *familiarum erciscundarum vel hæreditatum dividendarum* pour rejeter le système ci-dessus indiqué.

Mais il est évident qu'il ne faut pas se préoccuper de cette subtilité scholastique ; car quel que soit le nombre des hérédités à partager par la même procédure, c'est

(1) L. 25, § 20, ff. *Famil. erciscundæ.* Ce texte est l'un des corollaires de la théorie de la *litis contestatio* qui *consommait l'action*. Lorsqu'une action avait été *déduite in litem*, on ne pouvait plus la reproduire à nouveau, soit parce qu'elle se trouvait éteinte *ipso jure par la litis contestatio*, soit parce qu'elle était repoussée par les exceptions *rei in judicium deductæ* ou *rei judicatæ* (GAÏUS, III, §§ 180-181, IV, §§ 106-108. Voy. à cet égard, DE SAVIGNY, *Système*, tom. V, § 235, et tom. VI, §§ 281-282).

(2) L. 25, § 3, *eod. tit.*

comme s'il n'y en avait *qu'une seule*, la complication de l'opération étant mise de côté (1), puisque les cohéritiers ne peuvent, en toute hypothèse, obtenir que ce qui pourrait leur revenir, si elles étaient partagées *séparément*.

11° *Tant dure l'indivision, tant dure l'action familiæ erciscundæ*. Mais comme nous l'avons dit plus haut, on ne peut agir qu'une seule fois par cette action, si ce n'est pourtant, *causâ cognitâ*, pour des causes exceptionnelles très-graves, par exemple si le partage dressé par le juge de l'action venait à être *rescindé*. Si donc, soit par erreur, soit par omission, le juge de la *familiæ erciscundæ* a laissé quelques biens en commun, c'est le cas de recourir à l'action *communi dividundo* dont l'emploi consiste à faire cesser l'indivision des choses particulières. On sent, en effet, que quelques objets laissés en commun ne sont plus *l'hérédité* à partager, et que les choses ont cessé d'être entières (2).

(1) Voy. Cass., 25 novembre 1834. DEVILL., 1835, I-253. Lorsque cette hypothèse se présente, on ne fait des lots qu'une seule fois, en ramenant les droits divers à une base commune, au moyen de la réduction des fractions au même dénominateur.

(2) Voy. L. 20, § 4, ff. *Famil. erciscundæ*. Cependant la loi 1 au Cod. *eod. titulo*, lui paraît contraire. Mais il faut bien remarquer que dans l'espèce de cette loi, les héritiers n'ont pas opéré leur partage amiable *avec l'intention de diviser toute l'hérédité*, et que ces mots : *Si non omnem paternam hæreditatem divisisti ex consensu, judicio familiæ erciscundæ experiri potes.....*, doivent se traduire par ceux-ci : *Si non consensu mutuo et cogitatione hæreditatem omnem divisisti*, etc.

12° C'est encore ainsi que la procédure se poursuit devant nos tribunaux. Il est remarquable que la matière que nous traitons n'a été révolutionnée par le droit coutumier qu'en ce qui concerne *les effets du partage :* ce que nous verrons plus tard, quand nous exposerons le résultat des luttes que la théorie romaine a eu à subir dans ses rapports avec la fiscalité féodale et avec la civilisation intelligente de nos anciens maîtres des XVI^e^ et XVII^e^ siècles qui se sont emparés d'une victoire remportée sur le fisc pour la faire tourner au profit du droit civil. Il est vrai que depuis le fisc a ressaisi sa proie, en frappant d'un droit proportionnel les licitations, les cessions de droits successifs et les soultes de partage (1); mais, sous ce rapport, nos enfants un jour compléteront l'œuvre de nos pères, et on fera entendre au fisc que là où la loi civile ne voit pas *d'aliénation,* les employés de la régie ne devraient pas en voir davantage.

Nous compléterons l'exposé de la théorie romaine dans le chapitre suivant, où nous devons traiter de la masse partageable et de la composition des lots (2).

(1) Loi du 22 frimaire an VII, art. 69, § 7, n° 5.

(2) Sur la notion de l'action *familiæ erciscundæ,* voy. CUJAS sur les lois précitées. DONEAU, tom. VI de ses œuvres. Son traité de *Judiciis divisoriis,* pag. 965 et suiv., cap. 1 à 5. MUHLENBRUCH, *Doctrina pandectarum,* §§ 717-718. MACKELDEY, § 695, et M. DEMANGEAT, *Traité élémentaire du droit romain* sur les actions *tam in rem quàm in personam,* tom. II, pag. 556.

358. — *Code Napoléon. Nature de l'action en partage dans notre droit actuel.*

Quelle est la nature de l'action en partage sous l'empire du Code civil? Est-elle personnelle? Est-elle réelle? Présente-t-elle tout à la fois un caractère personnel et réel? En d'autres termes, doit-elle être rangée dans la catégorie de celles que nous appelons *mixtes*, dans le sens que nous attachons à ce mot?....

Les jurisconsultes classiques seraient sans doute, s'ils revenaient du tombeau, fort étonnés de nous voir mettre en discussion des questions semblables : et cependant, la science est incertaine, en France, en ce qui les concerne. C'est qu'il s'est passé dans la théorie des actions un fait qui doit appeler toute notre attention, et dont le résultat a été de faire, chez nous, de l'action en partage et de plusieurs autres, un genre particulier, que l'on désigne communément sous la dénomination *d'actions mixtes*, c'est-à-dire d'actions tout à la fois réelles et personnelles, ou plutôt *personnelles et réelles*.

Il paraît constant, *en droit romain*, que les actions *communi dividundo*, *familiæ erciscundæ* et *finium regundorum* ont été considérées comme appartenant à la catégorie des actions *personnelles*. Notandum est, dit Doneau (1), dici has actiones *non* mixtam causam

(1) Tom. VI, pag, 741-742, comme sur le titre des actions des Institutes,

obtinere tam in rem quam in personam, sed obtinere *videri*. Re verâ, *in personam sunt omninò, : in rem, non sunt*. En effet, outre que *l'intentio* de la formule ne se concevrait pas libellée tout à la fois *in rem et in personam*, comment les actions *communi dividundo, familiæ erciscundæ* et *finium regundorum* pourraient-elles présenter un caractère principalement *réel*, alors que chacun des plaideurs n'aspirant qu'à une propriété différente, le demandeur n'y a pas à faire reconnaître judiciairement *un droit réel contesté*?...

Quand l'un des co-propriétaires actionne son co-héritier en partage de la chose commune, il ne prétend pas établir son litige comme la revendication d'une chose dont la propriété lui est disputée par son adversaire; il vient uniquement demander à ce dernier, en qualité d'obligé *quasi ex contractu,* qu'il ait à déterminer avec lui et à lui fournir sa part de la chose commune en mettant fin à l'indivision. « Il existe entre « co-héritiers, dit Muhlenbruch (1), une obligation qui « semble naître comme d'un contrat (quasi ex con- « tractu). L'effet de cette obligation est principalement « de donner à chacun des co-héritiers, le droit de

§ 17, VIII. Cependant ces actions *paraissent* avoir un caractère *tàm in rem quàm in personam*, en ce sens qu'elles donnent au juge un double pouvoir sur les choses et sur les personnes. Voy. DUCAURROY, sur le § 20 du liv. IV, tit. VI des Institutes, et M. DEMANGEAT, *loco citato*.

(1) Doctrina *pandectarum*, § 711.

« contraindre ses co-héritiers à partager l'hérédité par « l'action divisoire, comme aussi de les astreindre tous « à se faire réciproquement raison des prestations per- « sonnelles qu'ils peuvent se devoir à son occasion. »

C'est donc bien dans une *ob-ligatio,* dans un *jus ad rem,* et non pas dans un *jus in re* contesté, que se trouve la cause principale et fondamentale de l'action en partage : d'où il résulte forcément que cette action est *personnelle*. Cela nous paraît certain *en droit romain* (1).

Mais ce qui nous semble évident, lorsque nous nous adressons à notre raison seule éclairée par l'histoire de l'institution telle que la comprenaient les jurisconsultes classiques, le devient beaucoup moins si nous consultons à cet égard les travaux, du reste obscurs sous ce rapport, des anciens interprètes qui sont parvenus à embrouiller cette matière, en rejetant sans motifs sérieux l'opinion si nettement formulée de Doneau, et en imaginant une théorie *d'actions mixtes* (2),

(1) Elle est *purement réelle en droit français*, au dire de DEMANTE, tom. III, n° 154 *bis*.

(2) Voy. notamment CUJAS, *paratitles* sur le Code, L. 3, tit. XXXVI, *Familiæ erciscundæ*. ZOEZIUS, sur le titre au Digeste *Familiæ erciscundæ*, n° 1, va même jusqu'à dire que l'action en partage est *principaliter in rem* et qu'elle n'est *personnelle* que dans ses conséquences : *in personam vero, ex consequenti, ratione personalium præstationum*. Mais voy. en sens contraire ANTONIUS FABER 20, *Conject.* 10. BONJEAN, *Traité des actions*, § 292. Il existe à cet égard une très-grande incertitude dans les anciens commentateurs. La controverse est rapportée par HILLIGER sur DONEAU, tom. VI, p. 741, note 1.

tout autre que celle des actions *mixtes* ou *doubles* du droit romain dans lesquelles chacune des parties pouvait jouer le rôle de demandeur : *in quibus uterque actor est* (L. 37, ff. *De oblig. et act.*, et L. 2, ff. *Comm. dividundo*.

Plus tard, Pothier dont la mission semble avoir été de résumer nettement, mais sans grand esprit de critique, les idées généralement admises de son temps et les théories de son maître Cujas, ayant servi de guide aux rédacteurs du Code Napoléon et du Code de procédure, une nouvelle classe amphibie d'actions dut s'implanter législativement dans la science. En vain, Thouret proposa à l'Assemblée constituante, l'abrogation des actions prétendues *mixtes* de l'ancienne jurisprudence ; en vain, la Cour de cassation demanda par son projet de 1806 (art. 18) que, au moins, le Conseil d'Etat voulût bien s'expliquer sur le caractère particulier de ces actions (1), l'art. 59 du Code de procédure, ne tenant compte des observations, les consacra à nouveau, sans les définir d'une manière plus précise qu'elles ne l'étaient avant lui : de sorte que, aujourd'hui comme hier, cette matière est encore l'une de celles qui sont destinées à faire le tourment des interprètes!...

Ce n'est pas ici le lieu d'exposer les systèmes divers

(1) Voy. *Projet du Code judiciaire*, tit. II, art. 6.

qui ont été proposés sur la notion *des actions mixtes;* nous craindrions d'entraver la marche de notre synthèse du droit de succession, et de ne trouver, en définitive, pour dégagement de l'inconnu, que *confusion et désordre* à la place de la netteté de principes et de la rectitude d'idées que nous devons rechercher avant tout. Il nous suffira de dire que, *par actions mixtes,* nos Codes n'ont pu entendre parler que des actions que leur modèle Pothier considérait comme *telles.* Or, Pothier reconnaissait le caractère *mixte (tàm in rem quàm in personam)* aux actions en partage, en bornage et même aux actions basées sur des contrats, dans lesquels le demandeur s'est réservé ou est censé s'être réservé le droit de ressaisir sa propriété, dans certains cas déterminés.

Quoiqu'il soit bien difficile d'apprécier sainement l'esprit et les tendances de la jurisprudence de nos tribunaux en cette matière, on voit pourtant, en les soumettant à l'analyse, que ce point de vue est, au fond, celui adopté par l'ensemble des arrêts, et que, en somme, notre magistrature reconnaît ou ne reconnaît pas le caractère *mixte* des actions personnelles dont il s'agit, suivant qu'elles se présentent à elle avec ou sans un cortége obligé de conséquences, d'accidents ou d'accessoires susceptibles de faire soupçonner en elles quelque odeur de réalité : *quæ sapiant quid reale.*

Mais c'est le cas ou jamais de glisser sans appuyer;

car, si l'on veut pénétrer au fond des choses et qualifier, d'après les notions pures de la science, les actions par leurs véritables causes immédiates et essentielles, sans se préoccuper de ce qui ne s'y rattache qu'à titre de conséquences plus ou moins médiates, on s'aperçoit bien vite que toute cette théorie *des actions mixtes* ne repose sur rien de solide, et qu'il eut au moins autant valu conserver, sans mélange, la division fondamentale du titre VI, § 1, livre IV des Institutes, en *actions réelles et personnelles,* sauf à régler exceptionnellement la compétence de quelques-unes d'entre elles par des principes particuliers, que de créer une troisième division imaginaire d'actions présentant à l'esprit, au dire d'un ancien interprète, le produit monstrueux de l'âne et du cheval, *un mulet*, et ayant simultanément pour bases, *la réalité et la personnalité,* c'est-à-dire deux caractères qui diffèrent entre eux sous des rapports essentiels.

Quoi qu'il en soit, l'action en partage malgré la nature éminemment personnelle de sa base fondamentale, n'en a pas moins fini par prendre chez nous *le caractère mixte*, *tàm in rem quàm in personam* (1) parce que à l'occasion d'un droit de co-propriété et comme conséquence de l'exécution de l'obligation qui pèse *quasi ex contractu* sur chacun des communistes, le de-

(1) POTHIER, *Traité du contrat de société,* n° 194.

mandeur obtient en définitive la détermination de sa part en nature ou un cantonnement sur une portion désignée de la chose commune qu'il est censé tenir directement du défunt *ex tunc* et non pas *ex nunc* comme chez les Romains. Il semble, dès lors, en agissant par cette action, *réclamer*, *revendiquer* l'héritage ou la portion de l'héritage dont il se prétend propriétaire *ab initio*, ce qui paraît donner à sa demande une odeur prononcée *de réalité*, *quod sapit quid reale*, comme s'il s'agissait dans l'action en partage d'une charge attachée à la propriété, sans acception de personnes.

Le même phénomène se remarque au cas de l'action en bornage dans laquelle chacune des parties est obligée réciproquement et personnellement *quasi ex contractu* à consentir à l'abornement. Toutefois, si des difficultés s'élèvent sur la fixation des limites, le demandeur semble alors *réclamer*, *revendiquer* ce qu'il prétend lui appartenir et cela suffit, d'après nos usages judiciaires, pour imprimer à son action un caractère mélangé de *personnalité et de réalité*.

On aurait dû sans doute s'arrêter dans cette voie et n'admettre tout au plus comme *mixtes* que les trois actions que Justinien signalait comme *paraissant* avoir une cause tout à la fois *réelle et personnelle*; car, dès que l'on ne considérait plus les causes essentielles et immédiates des actions comme devant

seules en déterminer les caractères, il n'y avait pas de raison pour ne pas déclarer *mixtes* la plupart des actions personnelles. Aussi nos pères, et notamment Pothier, apercevant l'écueil contre lequel ils étaient entraînés par leur système qui leur commandait de considérer comme *mixtes* toutes les actions qui n'étaient pas *purement personnelles* dans leurs conséquences, cherchèrent-ils à restreindre les déductions logiques de leur fausse interprétation des lois romaines. En conséquence, ils n'accordèrent le caractère *personnel réel* qu'à certaines actions de la nature de celles ci-dessus indiquées, c'est-à-dire aux actions personnelles dans lesquelles le demandeur agissait pour rentrer à leur suite dans sa chose ancienne comme se l'étant réservée dans certains cas déterminés ou censés déterminés par les contrats. C'est de là qu'est venue cette théorie compliquée des actions *pures personnelles, des personnelles ob rem ou imparfaites, des personnelles réelles ou mixtes,* que nos Codes ont ensuite virtuellement conservées telles qu'elles existaient dans Pothier (1).

(1) Voy. à cet égard POTHIER, *Introduction générale aux coutumes*, nos 121-122, et surtout une savante dissertation de BOITARD, *Leçons de procédure*, tom. I, n° 204. Quant aux arrêts, ils sont très-nombreux et il est bien difficile de saisir au juste la pensée philosophique à laquelle ils obéissent. Le lecteur pourra juger de la confusion qu'on remarque dans ces matières, en se reportant au répertoire du *Journal du Palais*, *V° Action en droit français* et aux *Tables* de DEVILL. Voy. aussi Cass., 11 mai 1807. DEVILL. à sa

§ 2.

DEVANT QUELS TRIBUNAUX DOIT ÊTRE PORTÉE L'ACTION EN PARTAGE ET QUELLE EST SA DURÉE. FINS DE NON-RECEVOIR CONTRE L'ACTION.

SOMMAIRE.

359. — Des tribunaux compétents pour connaître de l'action.

360. — De la compétence spéciale de l'action *familiæ erciscundæ*.

361. — Suite.

362. — L'ordre du prix d'une licitation se poursuit devant le tribunal qui a procédé à l'adjudication.

363. — De la compétence relative aux dispositions à cause de mort.

364. — Les tribunaux exceptionnels sont incompétents pour en connaître.

365. — L'incompétence est simplement *relative* dans ces matières.

366. — De la durée de l'action en partage.

367. — Des causes qui font obstacle à l'exercice utile de l'action.

368. — Un partage verbal peut-il être invoqué comme une fin de non-recevoir contre l'action?

date. MERLIN, *Rép. V° Licitation*, § 2, n° 2. DUCAURROY, BONNIER et ROUSTAIN, tom. II, n° 660, et M. DEMANGEAT, *Traité élémentaire du Droit romain*, tom. II, pag. 556 et suiv.

369. — Suite.
370. — *Quid*, du cas où la demande est entachée de fraude?
371. — *De la suspension* du partage.
372. — De la convention suspensive du partage ou de la licitation.
373. — Elle n'oblige que ceux qui y ont concouru.
374. — Elle doit être *écrite ou avouée*.
375. — Elle exige la capacité chez ceux qui la font.
376. — Les créanciers des héritiers doivent-ils la respecter?
377. — Un testateur peut-il imposer à ses héritiers l'indivision pendant cinq ans?
378. — *Méthode*.

---

359. — *Des tribunaux compétents pour connaître de l'action en partage.* — De ce que l'action en partage est rangée aujourd'hui dans la catégorie des *actions mixtes*, il semblerait résulter que le demandeur devrait pouvoir la porter, soit devant le tribunal de la situation des biens, soit devant celui du domicile du défendeur, puisque, suivant l'art. 59 du code judiciaire, l'*action mixte* s'intente indifféremment devant les juges de l'un ou l'autre domicile. C'est, en effet, ce qui a lieu pour l'action *communi dividundo* qui sert à sortir de toute espèce d'indivision autre que celle résultant de l'ouverture d'une succession et qu'il ne faut pas,

sous tous les rapports, confondre avec l'action *familiæ erciscundæ*, bien que Pothier n'y voyait pas de différence en droit français (1) : pour quoi le Code ne lui a pas consacré de disposition particulière. Elle s'intente indifféremment devant le tribunal de la situation ou devant le *forum* du défendeur. Il peut même arriver que l'action *familiæ erciscundæ universelle* soit suivie d'une action *communi dividundo* et que les principes de la compétence de l'action *familiæ erciscundæ* dont nous allons nous occuper, ne doivent plus recevoir leur application.

Exemple : Les co-héritiers ont procédé au partage général de la succession, mais ils ont laissé plusieurs objets en commun. Plus tard, l'un d'entre eux veut faire cesser l'indivision même par rapport aux choses restées communes. Il ne peut agir par l'action *familiæ erciscundæ*, parce que cette action universelle ne se donne *qu'une fois*, sauf les cas de nullité ou de rescision. Mais rien ne s'oppose à ce qu'il agisse par l'action *communi dividundo* qui, pour n'avoir pas été distinguée par nos Codes de l'action *familiæ erciscundæ* proprement dite, n'en reste pas

(1) Voy. MERLIN, *Répert. V° Licitation*, § 2, n° 2. Cass., 11 mai 1807. DEVILL. à sa date. « *Ces deux actions, dans nos usages, ne diffèrent en rien l'une de l'autre,* » dit POTHIER. *Traité du contrat de société*, n° 194. Cela est inexact sous le rapport de la compétence. Voy. cependant DUCAURROY, BONNIER et ROUSTAIN, tom. II, n° 660.

moins soumise à la compétence *des actions mixtes* (Cod. de procéd., art. 53) (1).

Judicium familiæ erciscundæ amplius quàm semel agi non potest, nisi causâ cognitâ : quod si quædam res indivisæ relictæ sunt, communi dividundo de his agi potest (2).

On sent, en effet, que le motif de la compétence spéciale assignée à l'action *familiæ erciscundæ* n'existe plus lorsque les parties ont déjà procédé à un partage judiciaire de l'hérédité et même lorsqu'elles ont procédé de concert et amiablement *à la division générale* de la succession. Il en serait autrement si elles n'avaient voulu, en partageant une partie de l'hérédité paternelle, que faire une division *de certains biens* sans avoir la pensée commune de mettre fin à l'indivision de l'*universum jus defuncti* (3).

360. — *De la compétence spéciale de l'action familiæ erciscundæ.* — Si l'action *communi dividundo* est soumise aux règles de la compétence *en matière mixte*, il n'en est pas de même de l'action *familiæ erciscundæ*. La loi, par des motifs particuliers, fait une exception

(1) Paris, 22 novembre 1838. DEVILL., 1839, II-210. DURANTON, tom. VII, n° 137. CHABOT., art, 822, n° 3. VAZEILLE, art. 822, n° 7. TOULLIER, tom. IV, n° 413.

(2) L. 20, § 4, ff. *Familiæ erciscundæ.*

(3) C'est ainsi qu'il faut entendre la L. 1 au Code *Familiæ erciscundæ.* Voy. *suprà*, n° 357, 12°, *à la note.*

à ces règles en ce qui touche cette dernière action qui, suivant l'art. 59 du Code de procédure civile, doit être portée devant le tribunal du lieu où la succession s'est ouverte.

Avant le Code, on était loin d'être d'accord sur le point de savoir où devait se juger l'action en partage. Lebrun et les auteurs qu'il cite (1) voulaient qu'elle fût portée au tribunal dans l'arrondissement duquel se trouvait la plus grande partie des biens de la succession indivise. D'autres, au contraire, frappés des inconvénients qu'il y aurait à plaider en divers tribunaux sur chacune des difficultés qui s'élèvent dans une succession, pensaient que la connaissance de ces sortes de contestations ne pouvait appartenir qu'aux juges *de la maison mortuaire* (2). C'est ce dernier système qui a été, avec raison, consacré par l'art. 822 du Code civil et par les art. 50 3° et 59 6° du Code de procédure (3). La succession s'y trouve *personnifiée*, et comme l'action en partage est *personnelle*, elle se juge naturellement par le tribunal de son domicile. Cette observation prouve que quelque théorie que l'on se fasse sur la nature prétendue *mixte* de l'action en partage, il faut tou-

(1) *Success.*, liv. IV, chap. I, n° 47.

(2) Voy. MERLIN, *Rép.*, *V° Maison mortuaire,* n° 1, et M. DEMOLOMBE, *Success.*, tom. III, n° 629.

(3) Voy. aussi Cod. Nap., art. 827, 839, 822.

jours revenir à la vérité qui ne lui attribue, au fond des choses, que le *caractère personnel*. Si l'opinion de M. Demante était fondée, elle procéderait devant le juge de la situation des biens, et non pas devant celui de la maison mortuaire : la compétence des actions purement réelles se réglant par *le forum* de la chose litigieuse.

361. — Des articles précités, il résulte que les demandes entre les héritiers relatives aux biens héréditaires, les actions *personnelles* des créanciers de la succession, jusqu'à la consommation définitive du partage : ce qui comprend non-seulement toutes les opérations du partage lui-même, les licitations, les questions de rapports, les redditions de compte que les co-partageants peuvent se devoir réciproquement, mais encore les demandes en garantie des lots et en rescision, bien que postérieures au partage qui se trouve dans ces dernières hypothèses n'avoir pas été définitivement consommé..... Il résulte, disons-nous, que toutes ces actions doivent être portées devant les juges de la maison mortuaire. L'intention du législateur a été évidemment d'y concentrer les difficultés qui peuvent surgir à l'occasion de l'ouverture de la succession, *jusqu'au partage inclusivement* (Cod. proc., art. 59 1°) (1).

(1) Voy. ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, tom. V, § 590. Cass., 1er juillet 1817. SIREY, 1817, I-315.

362. — Bien plus, malgré la controverse qui existe à cet égard, nous pensons avec MM. Demante et Demolombe que *l'ordre* ouvert sur le prix d'une licitation devrait se faire devant le tribunal où l'adjudication aurait eu lieu (1). Dans ce cas, l'ordre est le complément de la licitation et il ne constitue avec elle qu'une opération liée aux préliminaires du partage (Cod. proc., art. 59 2°).

Mais il est bien entendu que la compétence spéciale de l'action *familiæ erciscundæ* n'ayant eu pour but que de donner aux héritiers plus de moyens et de facilités pour se défendre devant un tribunal qui peut sans difficulté se procurer les renseignements nécessaires mieux que tout autre, les principes ci-dessus posés cessent d'être applicables (2) :

1° Lorsqu'il n'y a pas lieu à partage. Si donc l'héritier est unique, il ne peut être assigné que devant le tribunal de son domicile, fût-il héritier bénéficiaire seulement (3).... ;

(1) Demante, tom. III, nº 154 *bis*, IV. Demolombe, nº 634 2°. Voy. aussi Dutruc, nº 328. Chabot, art. 822, nº 4. Duranton, tom. VII, nº 138. Cass., 6 janvier 1830. Dalloz, 1830, I-82. Cass., 21 juillet 1821. Dalloz, 1822, I-158. Cass., 18 avril 1809. Sirey, 1809, I-226.

(2) Cass., 11 mai 1807. Sirey, 1807, I-267. Chabot, art. 822, nº 3. Merlin, *Vº licitation*, § 2, nº 2. Duranton, tom. VII, nº 137. Zachariæ-Aubry et Rau, § 590, note 3.

(3) Besançon, 9 février 1827. Sirey, 1827, II-129. Il semble que l'on aurait dû faire une exception pour le cas où la succession est acceptée par l'héritier

2° Lorsque les demandes qu'il s'agit de juger sont intentées, non pas par les créanciers de la succession *contre les héritiers,* mais par les héritiers *contre les tiers* (1).... ;

3° Lorsqu'il s'agit *d'actions réelles* (2), elles restent en général soumises aux règles ordinaires de la compétence, sauf ce que nous avons dit plus haut relativement à l'ordre qui vient à se faire après une licitation ; et encore dans ce cas, la question peut être douteuse ; car il n'y a pas de texte *spécial* qui fasse exception à la règle générale (3). Ce n'est que par une analogie et une connexité évidente que nous croyons admissible l'opinion ci-dessus émise.

363. — *De la compétence qui règle les demandes relatives à l'exécution des dispositions à cause de mort* (Cod. prod., art. 59, 3°).

La loi a dû assimiler à la compétence spéciale qui règle l'action *familiæ erciscundæ,* celle des difficultés qui peuvent surgir à l'occasion des dispositions à cause

unique *sous bénéfice d'inventaire,* puisqu'elle reste debout comme si le défunt vivait encore. Voy. Cass., 20 avril 1836. DEVILL., 1836, I-264, et tous les auteurs cités par M. DEMOLOMBE. *Success.*, tom. III, n° 634, 3°.

(1) Cod. proc., art. 59, 6° 2°. DEMOLOMBE, *loc. cit.*, 1°.

(2) Voy. ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, tom. V, § 590, note 8, et les auteurs et arrêts qui y sont cités.

(3) On considère la réquisition de l'ordre et les demandes en collocation, comme des demandes ordinaires qui seraient intentées par les créanciers du défunt avant le partage (Cod. proc., art. 59, 2°).

de mort. Bien qu'il ne s'agisse pas ici d'un partage proprement dit, la matière n'en a pas moins la plus grande analogie avec celle que nous venons de traiter.

C'est qu'en effet pour des légataires, les demandes en délivrance et les contestations qui s'élèvent sur l'exécution des dispositions testamentaires ne sont, au fond des choses, que des espèces particulières de partages entre les héritiers et eux. Il était donc convenable et tout naturel de les soumettre à la juridiction de la maison mortuaire, et même d'aller au-delà de ce qui se passe relativement à la division de la succession entre les héritiers. Car il importe peu aux légataires que le partage héréditaire *soit ou non consommé* entre ceux qui ont le droit d'y prendre part. Le titre qui les appelle aux biens du défunt est indépendant de celui des débiteurs de leurs legs. Tels sont les motifs pour lesquels la loi a voulu, dans l'article précité, que le tribunal de l'ouverture de la succession connût, dans tous les cas (que le partage fût ou non consommé), *de l'exécution* des dispositions à cause de mort. Tant qu'il n'est pas intervenu de jugement définitif pour la régler, lui seul a compétence pour en connaître, et il n'y a pas à se préoccuper du point de savoir s'il y a plusieurs héritiers, ou s'il n'y en a qu'un seul. Dans notre droit, *le forum* du testament est *le domicile obituaire*. C'est là que les parties intéressées doivent se donner rendez-

vous pour vider leurs débats *relatifs à l'exécution* des dernières volontés du défunt. *Et rectè* (1).

364. — Les actions dont nous venons de parler étant rangées dans la catégorie *des actions mixtes tàm in rem quàm in personam*, ne peuvent jamais être portées devant les tribunaux exceptionnels (2). Il est évident que les juges civils ordinaires sont seuls compétents pour en connaître.

365. — Enfin, nous pensons que l'incompétence est simplement *relative,* dans ces matières, et que le déclinatoire doit être proposé *in limine litis*. En effet, l'art. 59 du Code de procédure en déterminant une compétence *spéciale* pour l'action *familiæ erciscundæ* et pour les demandes relatives à l'exécution des dispositions à cause de mort, n'a eu en vue que l'intérêt bien entendu, et la convenance des parties intéressées; d'où il suit que si le renvoi n'est pas demandé devant le tribunal qui doit en connaître, les juges saisis, même incompétemment, *ratione loci,* doivent statuer

(1) *Junge,* DEMANTE, n° 154 *bis*, II. DUTRUC, n° 332. M. DEMOLOMBE, n° 365.

Voy. aussi DALLOZ, *Recueil périodique*, 1845, II-21, et *Répert. V° Compétence civile des tribunaux d'arrondissement*, n^os^ 97-102. Toulouse, 12 janvier 1844, et la dissertation de DEVILLENEUVE sur cet arrêt, 1844, II, pag. 242.

(2) L'action en bornage rentre cependant dans la compétence des juges de paix. (Loi du 25 mai 1838, art. 6, 2°). Mais cette compétence cesse dès que les titres ou la propriété sont sérieusement contestés.

sans se déclarer *d'office incompétents* comme dans les cas d'incompétence *ratione materiæ* (1).

366. — *De la durée de l'action en partage.* — L'action en partage est de sa nature *perpétuelle,* aux termes de l'art. 815 du Code Napoléon, d'après lequel le partage peut *toujours* être demandé (2). Ce n'est pas à dire pour cela que l'habile à succéder qui a laissé, faute d'exercice, son droit de succession s'éteindre par le temps (Cod. Nap., art. 789), puisse provoquer le partage de l'hérédité qui a cessé de lui être déférée. La loi veut seulement dire que l'héritier qui a fait adition dans les trente ans du décès, ne peut être déclaré non recevable ou mal fondé dans son action en partage, sous prétexte qu'il ne l'aurait pas intentée dans les trente ans de l'ouverture de ses droits. L'art. 815 n'a eu d'autre but, sous le rapport dont il s'agit, que de proclamer le principe suivant : *Tant dure l'indivision, tant dure l'action en partage* (3).

(1) Voy. à cet égard, Cass., 13 avril 1820. DALLOZ, 1820, I-460. Cass., 27 avril 1837. DALLOZ, 1837, I-268. Cass., 28 mars 1849. DALLOZ, 1849, I-97. et surtout DUTRUC, *Traité du partage*, n° 337. Il cite les arrêts contraires.

(2) POTHIER, *Du quasi-contrat de société,* n° 197. LEBRUN, liv. IV, chap. I, n° 85.

(3) Rester dans l'indivision ou en sortir, est pour chaque co-propriétaire *un acte de pure faculté* qui ne peut fonder ni possession ni prescription (art. 2232). DEMANTE, tom. III, n° 140 *bis*, II. Voilà pourquoi l'action en partage ne se prescrit pas comme les autres, faute d'être exercée dans un temps donné (art. 2262).

367. — Mais si l'action en partage est *imprescriptible ou perpétuelle* de sa nature, comme l'étaient à Rome les actions civiles et même certaines actions prétoriennes, ce n'est pas à dire pour cela qu'aucun obstacle ne puisse s'opposer à son exercice utile. Loin de là. Toutes les fois que pour une cause ou pour une autre, la chose originairement commune a cessé d'être indivise, l'action en partage ne peut plus être intentée avec effet. Or, l'indivision cesse de plusieurs manières :

1° *Par l'usucapion.* — L'un des co-propriétaires a possédé exclusivement la chose commune *pro suo*, *cùm animo domini,* pendant trente ans (1). Sa possession réunit les conditions exigées pour lui faire acquérir la propriété par la prescription. Il est clair que dans ce cas, la chose commune étant devenue la propriété exclusive du possesseur, l'action en partage, quoique *perpétuelle* de sa nature, ne saurait plus être exercée utilement par le co-propriétaire négligent qui n'a pas interrompu la prescription acquisitive de son adversaire. Mais, notons-le bien, ce n'est pas parce que l'action est éteinte par l'effet du temps, ni même parce que l'on suppose un partage primitif dont la preuve n'est pas rapportée, que ce résultat se produit : c'est

(1) Art. 816, *in fine*. Voy. DEMANTE, n° 140 *bis*, V-VI-VII. Il ne peut s'agir ici que de la possession trentenaire, *même pour les meubles*. Il n'y a pas juste titre et bonne foi, et l'art. 2279 ne s'applique pas aux universalités de meubles. Voy. DEMOLOMBE, *Success.*, tom. III, nos 531 et suiv.

uniquement parce que la propriété d'abord indivise, s'est transformée en propriété exclusive au moyen de l'acquisition *ex lege* qu'en a faite le possesseur. Cela est si vrai que si pour une cause quelconque l'usucapion ne s'était pas régulièrement accomplie, parce que, *verbi gratiâ,* le détenteur n'aurait possédé la chose que pour le compte commun, ses co-propriétaires, même après trente ans de détention en apparence exclusive , pourraient toujours venir utilement lui demander le partage (Voy. art. 2242). . .;

2° *Par l'usucapion partielle.* — L'obstacle que l'exercice de l'action rencontre dans l'usucapion de la totalité de la chose indivise, se produit également *dans l'usucapion* d'une partie de la chose : *Tantùm præscriptum, quantùm possessum.* Si donc chaque co-héritier ou l'un d'eux a possédé exclusivement *cùm animo domini vel sibi habendi,* une portion déterminée des biens communs, pendant le temps requis pour prescrire, l'usucapion légalement accomplie fait disparaître l'indivision quant à la portion possédée séparément, et avec elle s'évanouit l'action en partage.

La possession trentenaire collective, mais exclusive de plusieurs des co-héritiers à l'encontre de l'un d'eux qui refuserait de faire valoir ce mode d'acquérir, en ce qui touche la portion qu'il aurait usurpée lui-même, pourrait aussi lui être opposée comme moyen de repousser l'action en partage qu'il voudrait intenter

contre eux après trente ans de jouissance divise dans leurs rapports avec lui (1). . .;

3° *Par un partage définitif antérieur*. — En effet, il est évident que si l'indivision a cessé par un partage régulier et valable ou même par un partage annulable ou rescindable, mais dont la nullité ou la rescindabilité a été couverte soit par le temps (art. 1304), soit par la volonté expresse ou tacite de ceux qui pouvaient l'invoquer, il est évident, disons-nous, que l'action en partage ne peut plus alors s'exercer utilement. Je ne puis provoquer mes co-héritiers à partager avec moi qu'autant qu'ils ne l'ont pas déjà fait (2).

Mais il faut, bien entendu, que l'indivision ait cessé par un partage *intentionnellement* définitif; car si le partage allégué pour repousser l'action n'était qu'un partage simplement *provisionnel* relatif seulement à la jouissance, l'indivision subsisterait encore quant à la propriété, et par conséquent l'action *familiæ erciscundæ* continuerait d'exister au profit de chacun des co-héritiers jusqu'à la division définitive.

Quant à la question de savoir si le partage antérieur est ou n'est pas un partage définitif, c'est un point de

(1) DEMANTE, tom. III, n° 140 *bis*, IV. DEMOLOMBE, n° 538, *contrà*. MARCADÉ, art. 816, n° 3. La question n'est pas où MARCADÉ l'a placée, et l'art. 816 est général.

(2) *Suprà*, n° 359.

fait à apprécier préjudiciellement par les juges de l'action que nous traitons.

On ne fera aucune difficulté de reconnaître le caractère définitif du partage dans un acte authentique ou sous-seing privé par lequel les co-héritiers, maîtres de leurs droits, auront procédé à la division des choses communes avec l'intention de sortir d'indivision.

368. — Mais que décider si le partage n'a pas été rédigé par écrit? Un partage verbal a-t-il pour effet d'élever une fin de non-recevoir contre la mise en exercice de l'action *familiæ erciscundæ*?

Plusieurs Cours d'appel ont décidé qu'un tel partage n'est pas un obstacle à l'exercice de l'action. Elles argumentent en faveur de leur opinion du texte de l'art. 816, d'après lequel le partage peut être toujours demandé, à moins qu'il n'y ait eu *un acte* (c'est-à-dire un instrument) de partage; d'où il semble résulter qu'un *écrit* est nécessaire pour faire cesser définitivement l'indivision, et que par conséquent la preuve testimoniale et les présomptions ne sauraient être admises en aucun cas, pour établir juridiquement l'existence d'un *partage définitif verbal* (1).

(1) On cite dans ce sens, POTHIER, *Success.*, chap. IV, § 1, probablement à tort, et l'orateur du Tribunat. Siméon, disait à la séance du 29 germinal an XI: « *Il n'y a jamais de partage par le seul fait, il faut un acte qui le règle.* » Notons que, dans l'ancien droit, *le partage de fait* n'était pas même *le par-*

Ce système, malgré les considérations puissantes qu'il peut invoquer en sa faveur, n'est pas celui de la loi. Le partage n'a jamais été et n'est pas encore *un acte solennel*. Rien n'indique que le Code ait voulu, sous ce rapport, rompre avec le passé et considérer *l'écriture* comme une condition nécessaire à son existence. Ces expressions de l'art. 816 : *s'il n'y a eu un acte de partage,* doivent se traduire par celles-ci : *à moins qu'il n'y ait eu partage*.

Or, si comme nous le croyons, le partage n'est pas un acte solennel, il est clair qu'il peut être fait verbalement, et que par suite une convention non rédigée par écrit, mais reconnue constante à l'aide des moyens de preuve autorisés par la loi, devient un obstacle à l'exercice utile de l'action qui nous occupe, lorsqu'il en résulte pour le magistrat la science certaine et non douteuse que les parties ont procédé et voulu réellement procéder à un partage définitif (1).

tage verbal, et que les jurisconsultes le repoussaient généralement comme preuve de l'existence d'un véritable partage obligatoire, à moins qu'il n'eût duré très-longtemps, par exemple trente ans. Voy. aussi Cass., 6 juillet 1836. Bastia, 29 novembre 1830, 9 janvier 1833. Colmar, 23 janvier 1832. Toulouse, 30 août 1837. DEVILL., 1838, II-384. Orléans, 16 juillet 1842. DEVILL., 1842, II-452 et la note de l'arrêtiste. ZACHARIÆ-MASSÉ et VERGÉ, tom. II, pag. 365. DUCAURROY, BONNIER et ROUSTAIN, tom. II, n° 650. VAZEILLE, art. 816, n°s 1-3 et art. 819, n° 9. POUJOL, art. 816, n° 3. TOULLIER, tom. IV, n° 60. MALPEL, n° 243. MERLIN, *Rép. V° Partage*, § 3, n° 1, et *V° Prescription*, sect. 3, § 13, n° 6. BIOCHE, *V° Partage*, n° 51. MARCADÉ, sous certains rapports, art. 816, n° 1. C'est comme on le voit une question très-débattue.

(1) Voy. MOURLON, *Rép. écrites*, tom. II. pag. 129. DEMANTE, tom. III,

369. — Toutefois, nous ne saurions trop recommander aux co-héritiers de rédiger *par écrit* les conventions qu'ils peuvent faire pour sortir d'indivision. Car, outre que ces sortes de pactes ont un caractère de haute gravité, et que souvent la paix des familles s'y trouve engagée, le partage verbal peut être dénié, et s'il n'existe aucun commencement de preuve par écrit qui permette aux tribunaux de se décider par des présomptions (Cod. Nap., art. 1347) ils sont dans la nécessité de faire application de la règle : *paria sunt non esse et non probari*. L'exécution elle-même et la jouissance divise de lots séparés ne sont pas considérées comme une preuve suffisante de l'existence d'un partage verbal (Cod. Nap., art. 816) (1). Or, dans le doute, il faut, au cas particulier, se décider contre le défendeur qui devient *demandeur incident ;* car, dès que l'indivision primitive est juridiquement établie par le demandeur au principal, l'action doit être admise, à moins que son adversaire ne

n° 140 *bis*. DUTRUC, n^os^ 19-20. DALLOZ, *Recueil alphab.*, *V° Success.*, n° 1621, et M. DEMOLOMBE, n^os^ 518 à 522 où il réfute le système contraire de la manière la plus complète. Dans les cours de la faculté de Paris, la solution ci-dessus indiquée était généralement enseignée autrefois, malgré quelques dissentiments.

(1) DEMANTE, n° 140 *bis*. Dans l'ancienne jurisprudence, on semble avoir admis qu'une possession de trente ans devait faire supposer un partage ancien dont la preuve avait pu se perdre. POTHIER, *Success.*, chap. IV, art. 1, § 1. GUYOT, *V° Partage*.

réussisse à établir à son tour par des moyens légaux, l'existence du partage antérieur qu'il allègue, ou une prescription acquise de la propriété qui serait susceptible de faire rejeter la demande. S'il ne fait pas cette preuve, il doit nécessairement succomber dans son exception (1).

370. — Ce que nous venons de dire relativement à l'inadmissibilité de la preuve par témoins ou par présomptions, ne s'applique pas au cas où la demande est entachée de fraude (art. 1353, *in fine*). Si des faits allégués, il résulte pour le juge de fortes présomptions que la demande en partage n'est qu'un moyen imaginé pour frauder des droits acquis à des tiers, il a le pouvoir, lors même qu'il n'existe pas de commencement de preuve par écrit, de reconnaître l'existence d'un partage verbal antérieur, en basant sa décision sur des faits assez graves pour rendre vraisemblable l'allégation de la partie lésée. Mais pour qu'il puisse se

(1) Cass., rej., 17 avril 1836. DEVILL., 1836, pag. 946. Bourges, 19 avril 1839. DEVILL., 1839, II-422. Montpellier, 16 août 1842. DEVILL., 1843, II-148. Bordeaux, 20 novembre 1852. DEVILL., 1853, II-56. Voy. aussi ZACHARIÆ-AUBRY et RAU, tom. V, pag. 249, § 623. Cass., rej., 12 juin 1844. *Palais*, 1844, II-613.

Voy. aussi LEBRUN, liv. IV, chap. I, n° 3. D'ESPEISSES, tom. I, pag. 158. ROUSSEAU DE LACOMBE, *V° Partage*, sect. 3, n° 4, où il dit que « *le partage « ne laisse d'être valable quoi qu'il ne soit pas rédigé par écrit.* » Voy. aussi DUNOD, *De la prescription*, partie II, chap. VIII, pag. 181, *édit.* de 1753. *Les villageois*, dit-il, *n'ont pas coutume de faire rédiger leurs partages par écrit.*

permettre d'agir ainsi, il faut que sa conviction repose sur des présomptions sérieuses, précises et concordantes (Cod. Nap., art. 1353). C'est un point constant, en jurisprudence, que la fraude est en dehors du droit.

Exemple : Deux frères partagent verbalement la succession de leur père. L'aîné, abandonnataire des immeubles, se met en possession exclusive de son lot. Plus tard, il est saisi immobilièrement par ses créanciers personnels. Il cherche le moyen de soustraire à leur action les biens provenant de la succession partagée. Pour arriver à son but, il organise avec son frère un concert par suite duquel ce dernier, malgré la division verbalement convenue et exécutée jusque-là de bonne foi, vient demander judiciairement un nouveau partage des biens héréditaires, comme si ils étaient encore en communauté. La demande n'est pas contestée et le tour est joué, au grand préjudice des créanciers fraudés. Lorsque des hypothèses semblables se présentent, les tribunaux peuvent, en appréciant les faits de fraude avec intelligence, décider le litige qui leur est soumis à l'aide *de simples présomptions,* dire qu'il y a eu partage définitif, lors même qu'ils ne trouveraient dans les pièces du procès aucun commencement de preuve par écrit susceptible de rendre vraisemblable le fait allégué, et rejeter en conséquence l'action en partage qui ne s'est produite

devant eux que comme une manœuvre coupable destinée à frauder les créanciers dont il s'agit.

Ces sortes de fraudes sont très-fréquentes parmi les paysans madrés de nos campagnes où l'on est dans l'habitude de ne rédiger que rarement les partages par écrit. Voilà pourquoi nous pensons, si la jurisprudence nouvelle persiste dans la voie qu'elle a prise à l'égard *des partages verbaux,* qu'il serait utile, lors de la révision du Code Napoléon, de faire de l'écriture authentique une condition essentielle à la validité des partages, ou tout au moins, si l'on continue à les permettre par sous-seings privés, de les soumettre *à une formalité publique* qui serait de nature à en empêcher la suppression. Il y aurait certainement avantage à transcrire les partages comme les ventes, sinon dans tout leur contexte, au moins *par extraits* pour tout ce qui touche aux mutations de propriété et aux priviléges qui en résultent.

Le public n'est pas suffisamment protégé dans le titre des successions, et la disposition de l'art. 883, tout excellente qu'elle est pour le repos des familles, est l'occasion de fraudes regrettables contre lesquelles la justice est souvent impuissante. C'est pour cela que nous en demandions la suppression en 1851. Mais bien que nos idées ne soient plus les mêmes aujourd'hui sur ce point important de notre législation, et que nous pensions qu'il faut bien se garder d'y toucher, malgré les

attaques dont l'article précité est journellement l'objet devant les tribunaux, il serait cependant bon de prendre quelques précautions pour pallier, autant que possible, les inconvénients qui se produisent à son occasion.

371. — *De la suspension du partage.* — L'exercice de l'action *familiæ erciscundæ,* peut se trouver *suspendu* dans deux cas : 1° *Lorsqu'il y a controverse sur la qualité d'héritier*. Il est clair que dans cette hypothèse, la litispendance occasionnée par *la pétition d'hérédité,* commande un sursis. Il y a alors une question préalable à juger ; 2° *et lorsque les co-héritiers sont convenus de suspendre le partage pendant un temps limité* (Cod. Nap., art. 815).

Nous nous sommes occupé de la litispendance en traitant de la pétition d'hérédité (1), nous n'avons ici à voir que les effets de *la clause suspensive* du partage pendant un temps déterminé.

372. — *De la convention suspensive du partage ou de la licitation* (2). — La loi, dans sa sollicitude pour les co-propriétaires indivis qui pourraient, pour une cause ou pour une autre, avoir intérêt à rester temporairement dans l'indivision, leur permet de pactiser entre eux à cet égard. Mais, comme elle connaît très-bien

(1) *Suprà*, n° 132.

(2) Voy. DUTRUC, n° 8. DEMOLOMBE, *Success.*, tom. III, n° 514.

les inconvénients de la communauté, ce n'est que avec regret qu'elle accorde cette permission. En conséquence, aucune convention suspensive du partage ne peut être obligatoire au-delà de cinq années (Cod. Nap., art. 815). Elle peut être renouvelée, mais le nouveau délai ne court qu'à partir du renouvellement et non pas de l'expiration des cinq premières années. On sent en effet que, s'il en était autrement, rien ne serait plus facile que d'éluder la prohibition, puisque les parties pourraient par des renouvellements successifs opérés avant l'expiration des cinq premières années, prolonger indéfiniment l'indivision au-delà de la permission donnée par le législateur.

373. — Du reste, la convention dont il s'agit n'est obligatoire que pour ceux qui y ont concouru (Cod. Nap., art. 1165), et, par conséquent, ceux des héritiers ou des successeurs aux biens qui n'y ont pas participé, sont toujours en position de demander le partage, sans qu'on puisse la leur opposer pour repousser leur demande (1).

374. — Cette convention doit être rédigée par écrit ou *avouée, si elle a été faite verbalement*. Car, si elle est

(1) Cass., 15 février 1813. SIREY, 1813, I-316. Cass., 31 janvier 1838, DALLOZ, 1838, I-161. Cass., 5 juin 1839, DALLOZ, 1839, I-246. DURANTON, VII, n° 76. DUTRUC, n° 233. DEMOLOMBE, *Success.*, tom. III, n°s 503, 505, 506, 507. DEMANTE, tom. III, n°s 139 *bis*, III, 140 *bis*, I.

déniée, la preuve de son existence ne saurait se faire par témoins, à moins d'un commencement de preuve par écrit, *vu le caractère indéterminé de son objet* : il en serait autrement si l'intérêt pécuniaire se trouvait au-dessous d'une somme de 150 francs (1).

375. — Enfin, elle n'est obligatoire qu'autant qu'elle est intervenue entre personnes *capables* soit par l'âge, soit par la loi. C'est ainsi que le tuteur d'un mineur ou d'un interdit ne prêterait valablement son consentement à une convention suspensive du partage, qu'autant qu'il y serait autorisé par un avis de parents homologué par le tribunal (Cod. Nap., art. 815 et 817).

La femme aurait besoin aussi pour y concourir d'une autorisation de son mari ou de justice. Il s'agit en effet de renoncer au droit de provoquer le partage pendant un certain temps, et cette renonciation exige, pour se faire utilement, la capacité la plus étendue, c'est-à-dire celle d'aliéner (Cod. Nap., art. 215).

376. — Les créanciers de l'un des héritiers qui agissent au cas de l'art. 2205 du Code Napoléon, sont-ils tenus de respecter la convention suspensive du partage définitif?...

(1) Voy. DAVOT et BANNELIER qui admettaient la preuve par témoins au-dessous de 100 livres, tom. III, liv. III, traité V, chap. XXV, § 4, n° 4. Même doctrine dans l'ouvrage de M. DEMOLOMBE, *Success.*, tom. III, n° 521, 3°. Il admet la preuve d'un partage verbal au-dessous de 150 francs.

Plusieurs jurisconsultes (1) distinguent entre les créanciers antérieurs et ceux postérieurs à la convention. Suivant eux, elle n'est pas obligatoire pour les premiers, mais elle l'est pour les autres.

Cette distinction ne repose sur rien. Lorsque les créanciers des héritiers demandent le partage, en vertu de l'art. 2205, ce n'est pas en se fondant sur un *jus in re* qui leur serait propre. Ils n'agissent que comme exerçant les actions de leurs débiteurs (Cod. Nap., art. 1166). Ils n'ont par conséquent pas plus de droits que ces derniers : d'où il suit que la convention est opposable à tous. Seulement, les créanciers antérieurs à la convention suspensive du partage peuvent en demander la révocation comme faite à leur préjudice et en fraude de leurs droits (Cod. Nap., art. 1167-788), pour ensuite exercer l'action *familiæ erciscundæ* du chef de leurs débiteurs.

377. — Un testateur peut-il imposer à ses héritiers l'obligation de rester dans l'indivision pendant cinq ans ?

Non. Le testateur n'a pas le pouvoir d'ordonner que les lois n'auront pas lieu en son testament (2). La pro-

(1) DURANTON, tom. VII, n° 84, VAZEILLE, art. 815, n° 13, DUTRUC, n^os^ 10-11, distinguent. Sans distinction, POUJOL, art. 815, n° 5. ZACHARIÆ-MASSÉ et VERGÉ, tom. II, pag. 362. CHABOT, art. 815, n° 9. Mais voy. M. DEMOLOMBE, *Successions*, tom. III, n° 509.

(2) L. 55, ff. *De legat. et fideicom.*, 1°. Cod. Nap., art. 900.

hibition de l'art. 815 *est absolue,* puisque suivant le texte même de cet article, le partage peut toujours être provoqué *nonobstant prohibitions contraires*. Ce n'est que très-exceptionnellement que le législateur a permis aux co-propriétaires de retarder le partage pendant un certain temps, au moyen d'une convention. Or, autre chose est un accord de volontés intervenu de plein gré entre des communistes qui se connaissent, et qui croyent pouvoir, sans danger réel, rester temporairement dans l'indivision, et autre chose est un testament fait par le défunt qui ne peut rien prévoir de ce qui peut arriver lorsqu'il aura cessé d'exister.

Cependant cette opinion n'était pas reçue autrefois, et Pothier regardait comme *très-licite* la défense que le défunt avait pu faire par testament à ses héritiers de procéder au partage pendant un temps déterminé (1). Le sentiment de Pothier a été reproduit sous le Code par un grand nombre de jurisconsultes dans les limites de l'art. 815 (2).

Nous pensons que le texte et l'esprit de cet article repoussent cette interprétation et que l'on doit s'en

(1) *Traité des successions*, chap. IV, art. 1, § 1.

(2) BELOST sur CHABOT, art. 815. ZACHARIÆ, § 197. DELAPORTE, *Pandectes françaises*, tom. III, pag. 221. DELVINCOURT, tom. II, sur la page 44, note 5, DALLOZ, 1re édit., tom. 12, pag. 469, n° 3. DURANTON, tom. VII, n° 80. ROLLAND DE VILLARGUES, *V° Partage de succession*, n° 12. Cassat., 29 janvier 1836. DEVILL., 1836, I-83. DEMOLOMBE, *Success.*, tom. III, n° 511.

tenir à la décision ci-dessus indiquée qui est celle de Merlin (1), de Vazeille (2), de Malpel (3), de Coulon (4), de Bugnet (5), de Mourlon (6), de Marcadé (7), de Chabot (8), de Demante (9), de Dutruc (10), de Ducaurroy, Bonnier et Roustain (11) et de Dalloz (12).

378. — *Méthode*. — Après avoir traité (§ 1) de l'origine et du caractère de l'action en partage, et après avoir recherché (§ 2) devant quel tribunal elle doit être portée, quelle est sa durée et quelles sont les exceptions *péremptoires* ou simplement *dilatoires* qu'on peut lui opposer utilement, nous passons dans le paragraphe suivant à la *notion* de ceux qui peuvent l'invoquer et de ceux contre lesquels elle se donne, pour déterminer ensuite la capacité qu'ils doivent avoir, afin que l'action dont il s'agit puisse se produire avec tous les effets que la loi y attache.

(1) *Rép. V° Partage*, § 1, n° 1. *Supplément*.

(2) Art. 815, n° 10.

(3) *Success.*, n° 242.

(4) *Dialogue* IV, tom. I, pag. 97.

(5) Sur POTHIER, tom. VIII, pag. 151.

(6) *Rép. écrites*, tom. II, pag. 128-129.

(7) Art. 815, n° 1.

(8) Art. 815, n° 2.

(9) Tom. III, n° 139 *bis*.

(10) N° 6.

(11) Tom. II, n° 649.

(12) *Rec. alphab. V° Succession*, n° 1507 et les arrêts cités dans les numéros suivants.

§ 3.

DES PERSONNES AUXQUELLES ET CONTRE LESQUELLES SE DONNE L'ACTION EN PARTAGE, ET DE LA CAPACITÉ QU'ELLES DOIVENT AVOIR POUR Y PROCÉDER UTILEMENT, SOIT EN DEMANDANT, SOIT EN DÉFENDANT.

SOMMAIRE.

379. — A. De ceux auxquels se donne l'action en partage.

380. — *Quid*, à l'égard des servitudes d'indivision.

381. — Les juges peuvent régler l'usage de ces sortes de servitudes dans certains cas.

382. — L'art. 815 reprend son empire quand l'objet de l'établissement de la servitude d'indivision a cessé d'exister.

383. — Il est certains usages qu'il ne faut pas confondre avec ces servitudes.

384. — *Quid, de l'évolage et de l'assec* d'un étang? La jouissance alternative convenue entre deux propriétaires ne constitue qu'un partage provisionnel.

385. — B. De ceux contre lesquels se donne l'action en partage.

386. — C. De la capacité requise chez les parties de l'instance.

387. — La capacité requise est une capacité *spéciale*.

388. — *Première hypothèse*. Tous les co-partageants sont majeurs.

389. — *Deuxième hypothèse*. Il se trouve parmi eux *un prodigue* pourvu d'un conseil judiciaire.

390. — *Troisième hypothèse*. Il y a un mineur ou un interdit.

391. — *Quatrième hypothèse*. Il y a un père administrateur légal des biens de ses enfants mineurs.

392. — *Cinquième hypothèse*. Il y a un mineur émancipé.

393. — *Sixième hypothèse*. Il y a une femme mariée.

394. — D. Des personnes qui, sans être appelées à la succession, ont cependant le droit, dans certains cas, de provoquer le partage et d'y défendre.

395. — 1° Du cas où les époux sont mariés en communauté.

396. — 2° Du cas où des immeubles ont été ameublis.

397. — 3° Du cas où il y a stipulation de reprise, d'apports, même dans l'hypothèse de renonciation de la femme à la communauté.

398. — 4° Du cas de la communauté réduite aux acquêts.

399. — 5° Du cas de la clause de réalisation.

400. — 6° Du cas de la séparation de biens.

401. — 7° Du cas où les époux sont mariés sous le régime dotal.

402. — Controverse.

403. — Suite.

404. — Résumé et conclusion.

405. — E. Du cas où la succession est acceptée *sous bénéfice d'inventaire*.

406. — Du cas où elle est déclarée *vacante*.

407. — Du cas où il y a un curateur *ad hoc* d'une succession déférée à un *présumé absent*.

408. — Du cas de la *non-présence*.

409. — Les envoyés en possession provisoire et définitive peuvent provoquer le partage.

410. — *Quid*, à l'égard de l'époux qui opte pour la continuation de la communauté? Controverse.

411. — Suite.

412 — La femme qui a opté pour la continuation de la communauté peut-elle, sans mandat judiciaire, provoquer le partage d'une succession mobilière échue à son mari absent? Controverse.

413. — Les créanciers ne peuvent exiger que le partage soit fait *judiciairement* quand il peut se faire *amiablement*.

---

379. — A. — *De ceux auxquels se donne l'action en partage.* — L'art. 815 du Code Napoléon, bien que placé au titre des successions, s'applique à toutes les indivisions en général quelle qu'en soit l'origine (1). En principe, *nul n'est tenu de rester dans l'indivision*. Concluons de là que chacun des propriétaires indivis peut provoquer le partage de la chose commune, soit que la communion résulte d'une succession déférée à plusieurs, soit qu'elle résulte d'une société générale ou particulière, soit même qu'elle existe sans aucune société, par exemple, dans le cas d'un legs d'une même chose fait à plusieurs.

(1) Voy. DEMANTE, n° 139 *bis*, I, tom. III.

Mais il est bien entendu que l'action en partage ne commence à exister au profit des co-propriétaires indivis, qu'à partir du moment où il y a *indivision* dans le sens de l'article précité, c'est-à-dire *une indivision* susceptible de cesser immédiatement par la division. Or, il n'y a pas indivision dans le sens de l'art. 815, lorsque : 1° Les biens appartiennent à une université ou à une collection d'individus qui se trouvent engagés dans les liens d'une société. Tant que la personne morale *(collegium, universitas)* existe légalement, les individus qui la composent ne sont pas des co-propriétaires *ut singuli*, ils ne le sont que *ut universi*. C'est l'être moral lui-même dans lequel toutes les personnalités se confondent pour l'intérêt social, qui est seul propriétaire exclusif. En conséquence, le partage ne peut être provoqué par l'un des membres de la collection, à moins que l'être moral ne vienne à se dissoudre ou à périr. Dans ce cas, chacun des individus qui en faisaient partie, rentre *singulatim,* dans l'exercice des droits qui lui appartiennent en qualité de membre de l'université (1). Il est évident que nous ne sommes pas libres de rompre une association avant le terme assigné à son existence (Comp., art. 1844-1865, 1°-4°, 1871-1832).

2° *Lorsqu'il s'agit d'un mur ou d'un fossé mitoyen.*

(1) DEMANTE, n° 139 *bis*, IV, tom. III. POUJOL, art. 815, n° 9.

Si je suis co-propriétaire d'un tel mur ou d'un tel fossé, je n'ai pas le droit d'en demander le partage, l'indivision est forcée à l'égard des murs (Cod. Nap., art. 661), et il n'y a qu'un moyen de la faire cesser, c'est un *abandon* et non pas un *partage* de la mitoyenneté (art. 656).

3° Lorsqu'il s'agit d'un corridor ou vestibule commun à deux héritages, ou d'un escalier destiné à desservir différents étages qui appartiennent à plusieurs propriétaires d'une maison (art. 664).

4° Lorsqu'il s'agit de liciter un vaisseau indivis au cas de l'art. 220 du Code de commerce *in fine*.... Dans ces hypothèses, l'art. 815 du Code Napoléon reste sans application.

380. — Ce n'est pas tout. Nous avons vu plus haut (1), qu'il existe certaines valeurs de l'hérédité qui, se divisant *de plein droit*, échappent par cela même à la règle de l'art. 815 à raison de leur nature. Nous devons de plus nous arrêter ici un instant, sur une autre catégorie de choses dont la possession commune envisagée sous certains rapports, constitue moins de véritables indivisions que *des servitudes réciproques*. Ces sortes de choses ne sont susceptibles d'être *ni licitées ni partagées*.

On sent dès lors, que l'art. 815 ne saurait leur être

(1) N^os^ 233 et suiv.

appliqué, par une raison inverse à celle qui soustrait à son application les choses divisées de plein droit.

Dans le silence du Code Napoléon à cet égard, la Cour suprême a posé les bases de l'exception relative à cette espèce particulière d'indivision. Son arrêt est du 10 décembre 1823. Il a été rendu sous la présidence du savant Henrion de Pansey et au rapport du non moins savant M. Lasagny (1). Cette décision judiciaire acceptée par tous les interprètes comme un point de doctrine constant, forme en cette matière, le droit commun de la France.

« Attendu, y est-il dit, que s'il est vrai que nul ne « peut être contraint à demeurer dans l'indivision, et « que le partage peut toujours être provoqué, nonobs- « tant prohibitions et conventions contraires (art. 815), « il est vrai aussi que toutes les fois que entre deux « propriétés et deux établissements principaux possé- « dés séparément par deux différents propriétaires, il « existe un objet accessoire, une dépendance telle- « ment nécessaire à l'exploitation des deux propriétés « principales que, sans sa possession et jouissance « commune, les deux propriétés principales seraient « ou de nul usage, ou d'un usage notablement dété- « rioré; alors, pour ne pas sacrifier le principal à

(1) Devill., tom. VII, 1822-1824, I-351, et aussi 10 janvier 1842. Devill., 1842, I-311.

« l'accessoire, *il n'y a pas lieu à partage* dudit objet « accessoire, et les deux propriétaires sont censés « demeurer à cet égard, moins dans une indivision « (qui pourrait cesser suivant l'art. 815) que dans une « servitude réciproque de l'un envers l'autre » (laquelle ne peut se liciter qu'avec les immeubles eux-mêmes).

C'est ainsi qu'un corridor, un vestibule, un escalier, un aqueduc, un chemin d'exploitation commun à différents héritages, une cour commune à plusieurs bâtiments séparés, un passage appartenant à un héritage divisé depuis en plusieurs parties, *ne peuvent être ni licités, ni partagés*. Ces espèces particulières de communautés étant des accessoires indispensables des fonds séparés, constituent moins des *indivisions* proprement dites que des *servitudes réciproques*.

381. — Il ne faudrait pourtant pas conclure de ce qui précède que le juge n'aurait pas qualité *dans le silence des titres constitutifs de ces espèces de servitudes*, pour déterminer *le mode* de jouissance de ces accessoires reconnus indispensables aux immeubles et non susceptibles de licitation ou de partage. Loin de là, la mission du magistrat est toujours de départager les parties lorsqu'elles ne sont pas d'accord : ce qui arrive souvent dans les cours communes où il n'est pas rare de voir l'un des habitants accaparer pour son usage exclusif le terrain commun destiné au service de tous.

Pour éviter autant que possible, les procès qui se produisent fréquemment à l'occasion de ces sortes de communautés, il est *bon, consentaneum est*, dit la loi romaine, que l'on détermine dans le jugement qui statue sur l'action en partage, ce que les co-héritiers ou les co-propriétaires devront réciproquement observer. Ainsi, rien ne s'oppose à ce que le tribunal saisi de la demande règle l'usage de ces servitudes, et généralement des choses accessoires qu'il est nécessaire de laisser en commun : le tout, d'après les parts et portions adjugées ou attribuées aux co-partageants, et suivant les convenances de temps et de lieux (1).

382. — L'art. 815 du Code Napoléon reprend son empire dès que la chose grevée de la servitude d'indivision n'est plus nécessaire aux parties intéressées, *cessante causâ, cessat effectus*. Si donc la chose mise ou laissée en commun comme accessoire indispensable de plusieurs héritages séparés, cesse d'être *indispensable* à raison, par exemple, d'une nouvelle disposition de lieux qui fait disparaître le motif de l'établissement primitif, il y a lieu de retourner au principe qui permet à tout co-propriétaire par indivis de demander le partage ou la licitation. Dans ce cas, la servitude d'indivision s'anéantit, faute d'objet, et la

(1) L. 19, § 4, ff. *Comm. dividundo*. Voy. à cet égard, Cass., 21 août 1832. DEVILL., 1832, I-775. Bordeaux, 4 décembre 1835. DEVILL., 1836, II-200.

chose redevient soumise aux règles de l'indivision ordinaire.

383. — Il peut aussi arriver qu'une convention ait pour but d'affecter temporairement la chose commune à certains usages ou à certains modes de jouissance, sans pour cela qu'il en résulte des servitudes réciproques d'indivision. Ainsi, deux co-propriétaires conviennent de faire avec la chose indivise un pâturage commun, de jouir alternativement de la propriété commune..... Ces sortes de pactes ne font que continuer et régler l'indivision dans une jouissance commune. Mais là n'existe pas ce caractère *de nécessité et de pérennité* d'un accessoire indispensable affecté à l'usage perpétuel d'héritages séparés qui se rencontre dans les servitudes d'indivision. Chacun des communistes peut donc demander et obtenir le partage de la chose commune, malgré les conventions dont il s'agit (1).

384. — Que décider dans l'espèce suivante? Deux co-propriétaires d'un étang conviennent entre eux que l'un jouira de *l'évolage* et l'autre de *l'assec* exclusivement et à toujours (2). Une convention de cette nature est-elle un obstacle à l'exercice utile de l'action en partage?

(1) Cod. Nap., art. 815. Voy. Cass., 5 juin 1839. DEVILL., 1839, I-468.

(2) *L'évolage* est le droit de jouir de l'étang *en eau; l'assec* celui de jouir

La solution de cette question dépend du point de savoir si les deux co-partageants dont il s'agit sont encore dans l'indivision, en d'autres termes, si *l'évolage et l'assec* d'un étang sont de nature à pouvoir constituer deux propriétés séparées, de manière que le lot de l'un se compose *de l'évolage*, et le lot de l'autre *de l'assec*.

Ces conventions étaient autrefois très-fréquentes dans la Bresse. D'après les usages de ce pays, *l'évolage et l'assec* d'un étang étaient considérés comme deux propriétés distinctes, indépendantes l'une de l'autre et susceptibles d'être acquises, délimitées, affermées, administrées et même hypothéquées comme choses divises. On sent bien que sous l'empire de tels usages, l'indivision pouvait, à l'aide d'une convention, cesser définitivement entre le propriétaire *de l'évolage* et celui *de l'assec*, et que par conséquent les étangs qui sont encore soumis à ce régime par suite d'établissements anciens, ne sauraient rentrer dans l'application de l'art. 815 du Code Napoléon (1).

Nous pensons que de telles conventions passées sous l'empire du Code, ne sauraient être considérées que

* du sol de l'étang *desséché momentanément*. On peut supposer que les propriétaires ont effectué des travaux propres à obtenir *des mises en eau et des dessèchements périodiques*.

(1) Voy. à cet égard un curieux jugement du tribunal de Bourg, confirmé par arrêt de la Cour de Lyon du 7 août 1844. DEVILL., 1845, II, pag. 419.

comme des *partages provisionnels* de la jouissance commune (art. 840).

En effet, le partage définitif n'est rien autre chose qu'un cantonnement sur une portion déterminée de la chose indivise. Chaque co-partageant y acquiert en solidité ce qu'il perd en étendue. Or, l'étang se compose du sol et de l'eau qui le recouvre. Le sol et l'eau comme accessoire indispensable, forment un tout indivisible qui s'appelle *étang*. Il y a donc nécessairement indivision tant et si longtemps que le sol avec l'eau qui en est partie intégrante, n'est pas partagé, eu égard aux droits des propriétaires.

Dans une législation quelconque, les *jura in re* ne peuvent être que limitativement indiqués, et il n'est pas au pouvoir des particuliers de créer arbitrairement des droits réels en dehors des textes de la loi. Or, nulle part il n'est question dans nos Codes *de l'évolage et de l'assec* envisagés comme deux propriétés distinctes; d'où la conséquence que les partages de la nature de celui qui nous occupe, ne sont et ne peuvent être que des partages *provisionnels de jouissance*.

Toutefois, il est bien entendu que si la convention avait eu pour objet d'affecter l'étang indivis comme accessoire indispensable au service et aux besoins de deux usines séparées, ce cas serait réglé par les principes que nous avons exposés ci-dessus, relativement *à la servitude d'indivision*. Dans cette hypothèse, le par-

tage définitif ne pourrait être provoqué aux termes de l'art. 815, qu'autant qu'il surviendrait un changement dans la destination originaire des biens (1).

385. — B. — *De ceux contre lesquels se donne l'action en partage.* — L'action en partage se donne contre tous ceux qui ont le droit de l'intenter. Chacun des co-propriétaires peut indifféremment y jouer le rôle de demandeur ou de défendeur (2). On n'a pas, à cet égard, à se préoccuper du point de savoir quelle est celle des parties qui, en fait, possède la chose indivise, puisque la possession ne saurait avoir pour effet, ici comme dans les actions réelles, de déterminer quelle est celle d'entre elles qui doit jouer le rôle de demanderesse ou de défendresse. Nous avons déjà vu que dans l'action en partage, le demandeur n'établit pas son litige sur une revendication d'un droit réel contesté, mais uniquement sur une *ob-ligatio* de son adversaire. Voilà pourquoi les Romains se croyaient autorisés à dire : *Quantùm ad accipiendum familiæ erciscundæ judicium, nihil interest possideat quis hæreditatem, nec ne* (3).

(1) *Suprà*, n° 380.

(2) C'est quelquefois en ce sens que les jurisconsultes classiques appelaient *mixtes*, c'est-à-dire *doubles*, certaines actions. *Mixtæ sunt actiones in quibus uterque* actor est : ut putà, *finium regundorum, familiæ erciscundæ, communi dividundo, interdictum uti possidetis, utrubi.* Ulpien, L. 37, § 1, ff. *De oblig. et actionib.*

(3) Paul, L. 25, § 2. Gaïus, L. 1, § 1, ff. *Familiæ erciscundæ.*

386. — *De la capacité requise chez le demandeur et chez le défendeur de l'action en partage.* — En général, le demandeur en partage doit être le maître de ses droits, c'est-à-dire avoir la capacité d'en disposer. Car l'instance a pour résultat final le partage de la succession. Or, partager en nature, c'est en réalité *échanger*, puisque chacun des co-partageants abandonne à ses co-héritiers sa part idéale dans les objets qui ne lui sont pas attribués, en échange de la part idéale de ses co-héritiers dans la portion de la chose commune qui lui est échue. Le partage n'est donc au fond qu'un échange réciproque et quels que soient les effets particuliers qu'il produise dans notre droit, il ne constitue pas moins assez souvent, du moins lorsqu'on l'envisage en lui-même, *une véritable aliénation*. Ce n'est pas pour rien que les jurisconsultes classiques le considéraient à ce point de vue.

Nous avons déjà vu et nous verrons encore que le Code Napoléon lui-même, malgré l'art. 883 qui lui attribue des effets tout autres, l'assimile souvent à une aliénation ordinaire, notamment dans ses rapports avec la théorie de la garantie d'éviction et avec celle des priviléges immobiliers (Cod. Nap., art. 884, 2103, 2109).

387. — Cependant, comme le législateur n'aime pas l'indivision dont il connaît les inconvénients, il facilite, autant qu'il est en lui, les moyens d'en sortir.

En conséquence, il n'exige pas toujours pour l'exercice utile de l'action divisoire soit en demandant, soit en défendant, la capacité la plus étendue, et lorsqu'il croit pouvoir sans danger se relâcher de la règle générale, il saisit l'occasion qui lui est offerte pour y admettre quelques tempéraments, de sorte que, en résumé, ce qu'il y a de mieux à dire en cette matière, c'est que la capacité requise, quoique basée sur le droit de libre disposition nécessaire à l'aliénation, est assez souvent réglée *par des principes particuliers*, lesquels exigent plus que *le pouvoir ordinaire d'administrer*, sans cependant exiger toujours celui d'aliéner.

Cela posé, parcourons les différentes hypothèses dans lesquelles les parties peuvent se trouver placées.

388. — *Première hypothèse. — Tous les co-partageants sont majeurs et maîtres de leurs droits.* — Dans ce cas, ils sont tous personnellement capables de provoquer le partage ou de défendre à l'action dirigée contre eux (art. 819).

389. — *Deuxième hypothèse. — Parmi les co-héritiers se trouve un prodigue pourvu d'un conseil judiciaire* (Cod. Nap., art. 513). — Comme il n'est capable d'aliéner et de plaider qu'autant qu'il est assisté de son conseil, il n'a capacité de procéder dans l'instance que avec cette assistance. Le co-héritier demandeur doit donc mettre en cause, non-seulement le prodigue

défendeur, mais encore son conseil dont l'office du reste se borne à assister l'interdit partiel (1).

390. — *Troisième hypothèse. — Parmi les co-partageants se trouve un mineur non émancipé ou un interdit.* — Nous savons que c'est leur tuteur qui a mission de parler pour eux dans les actes de la vie civile (Cod. Nap., art. 450, 817, 838). C'est donc à lui à provoquer le partage ou à y défendre. Toutefois, comme le mandat conféré au tuteur n'est pas illimité, il ne peut y procéder qu'en se conformant aux prescriptions de la loi dont l'objet est la protection de son pupille, soit qu'il s'agisse de partager en nature les biens indivis avec lui, soit qu'il s'agisse de les liciter. En conséquence, et quoiqu'il ne soit pas tenu d'observer toutes les formalités nécessaires à l'aliénation des biens immeubles appartenant aux incapables, il n'en doit pas moins, à raison de l'importance de la matière, se pourvoir d'une autorisation du conseil de famille à l'effet de *provoquer* le partage soit qu'il s'agisse d'une succession mobilière ou immobilière (Cod. Nap., art. 817); mais cette délibération n'a pas besoin d'être homologuée comme au cas des art. 457 et 458, lors même qu'il s'agit de liciter les biens (2).

(1) DURANTON, tom. VII, n° 107. DUTRUC, n^os^ 24, 272. DEMANTE, tom. III, n° 144. DEMOLOMBE, *Success.*, tom. III, n° 562.

(2) DEMANTE, tom. I, n° 217 *bis*. DEMOLOMBE, *Success.*, tom. III, n° 561. Voy. cependant Angers, 19 juin 1851. DALLOZ, 1851, II-163. DUTRUC, n° 262.

Que si, au lieu d'avoir à provoquer le partage, le tuteur est appelé à défendre à l'action dirigée contre lui en sa qualité, aucune autorisation n'est exigée. A quoi bon, en effet, consulter dans ce cas le conseil de famille et solliciter de lui une autorisation qu'il ne saurait refuser, puisque d'après l'art. 815, nul n'est tenu de rester dans l'indivision et que le partage est une opération *nécessaire*. S'il en est autrement dans l'hypothèse où le tuteur joue le rôle de demandeur, c'est parce qu'on est libre d'attaquer tandis qu'on ne l'est pas de se défendre.

391. — *Quatrième hypothèse.* — Les mêmes règles sont applicables pendant le mariage au père administrateur légal des biens de ses enfants mineurs (Cod. Nap., art. 389) (1).

392. — *Cinquième hypothèse. — Parmi les co-héritiers se trouve un mineur émancipé.* — Le mineur émancipé, qu'il soit demandeur ou défendeur, doit être assisté de son curateur, lors même qu'il ne s'agirait que d'une succession purement mobilière, fût-elle déjà liquidée (2); car les art. 465, 817 et 840 du Code Napoléon ne distinguent pas. La loi n'exige pas dans ce dernier article qui s'occupe spécialement de

(1) DEMOLOMBE, *Success.*, tom. III, n° 556. Voy. aussi son *Traité de la puissance paternelle*, n^os^ 445 et 446.

(2) DUTRUC, n^os^ 263, 266. DEMANTE, tom. III, n^os^ 143 *bis* et 143 *bis*, II. PROUD'HON, tom. II, pag. 434.

la matière des partages, que le mineur émancipé se pourvoie d'une autorisation du conseil de famille *homologuée judiciairement* comme elle l'exige pour le cas où il s'agit d'une aliénation proprement dite de ses immeubles (Cod. Nap., art. 484).

393. — *Sixième hypothèse. — Parmi les co-héritiers se trouve une femme mariée.* — En général, la femme mariée est incapable par elle-même de se livrer aux actes de la vie civile, mais cette incapacité n'existe que parce qu'elle est dans les liens du mariage, et elle fait place à la capacité même la plus étendue lorsqu'elle est légalement autorisée. Elle peut donc demander le partage d'une succession qui lui est déférée avec l'autorisation de son mari ou de justice (Cod. Nap., art. 215), laquelle lui est nécessaire tant en demandant qu'en défendant, puisque, par cela seul qu'elle est mariée, elle ne saurait ester en justice sans y être autorisée légalement.

Et il importe peu à cet égard qu'elle ait ou qu'elle n'ait pas la libre disposition des choses qu'il s'agit de partager. Il est certain que la femme séparée de biens à laquelle la loi reconnaît le pouvoir de disposer de son mobilier dans certains cas, n'aurait pas la capacité suffisante pour ester en justice sans autorisation dans une instance en partage d'une succession même purement mobilière, quoique on ne lui conteste pas *généralement* du moins le droit de procéder seule à

un partage amiable de cette espèce de succession (1). Ce dernier point est toutefois susceptible de controverse, car dans le système du Code la femme séparée de biens n'a le pouvoir d'aliéner son mobilier que *parce qu'elle l'administre* (art. 1449), d'où il semble résulter qu'elle ne peut en disposer qu'autant que l'exercice de ce droit de libre disposition se rattache à des actes d'administration.

Or, il semble que le partage même du mobilier est *plus qu'un acte d'administration* auquel la femme n'a pas la capacité de procéder seule, sans autorisation : vu que le partage a toujours une importance que n'a pas une aliénation accidentelle; il peut donner lieu à des procès et à des complications d'intérêts tels qu'il serait dangereux d'accorder à la femme le pouvoir que lui reconnaît l'opinion commune (2).

394. — D. — Outre les personnes ci-dessus indiquées qui peuvent exercer l'action *familiæ erciscundæ* ou y défendre en se conformant aux prescriptions de la loi, *il en est d'autres qui sans être nominativement appelées à recueillir la succession, ont cependant le pouvoir de provoquer le partage et d'y défendre,* soit à rai-

(1) TROPLONG, *Contrat de mariage*, tom. II, n° 1421. TOULLIER, tom. II, n° 408. CHABOT, art. 818, n° 9. DURANTON, tom. VII, n° 128. MARCADÉ, article 818, n° 1.

(2) Voy. DEMANTE, tom. III, n° 146 *bis*, VI. DEMOLOMBE, *Succes.*, tom. III, n° 586. DUTRUC, n° 31.

son de droits spéciaux qui leur appartiennent, soit par suite d'un mandat qu'elles tiennent de la loi ou de la justice.

Parcourons les différents cas d'application de ce principe.

395. — 1° *Du cas où les époux sont soumis au régime de la communauté légale* (Cod. Nap., art. 1401-818).

En principe, la femme seule peut, avec l'autorisation requise, procéder au partage des successions qui lui surviennent (arg. de l'art. 818). Cependant cette règle n'est pas absolue, et sous le régime de la communauté, le mari a le pouvoir de provoquer *seul* l'exercice de l'action *familiæ erciscundæ* en ce qui concerne les successions purement mobilières qui peuvent échoir à son épouse ; par le même motif, il a capacité suffisante pour y défendre (1). La raison en est que les meubles tombent dans la communauté dont le mari est le chef (art. 1401, 1411, 1414) et que en réalité c'est moins la femme elle-même que la communauté qui se trouve dans l'indivision avec les co-héritiers de la femme. Or, il est de principe que le mari en a la libre disposition, sauf la restriction édictée par l'article 1422 et que lui seul a le droit d'exercer les actions qui en dépendent (art. 1421-1428).

396. — 2° *Même décision pour le cas où il s'agit du*

(1) POTHIER, *Succes.*, chap. IV, art. 1, § 2.

partage d'une succession immobilière échue à la femme lorsque par l'effet de la clause autorisée par les articles 1506 et 1507, les immeubles sont *ameublis* en totalité ou en partie. En effet, l'ameublissement déterminé a pour résultat de faire tomber dans la communauté l'immeuble ou les immeubles ameublis comme s'ils étaient des meubles ordinaires. Si la succession comprend des immeubles *non ameublis*, il est clair que la communauté n'ayant droit qu'à la jouissance des propres des époux, le mari ne saurait avoir la capacité nécessaire pour en provoquer seul le partage définitif; il n'a que celle d'en requérir, au besoin, un partage de jouissance.

397. — 3° *Quid, au cas de la clause de reprise des apports* stipulés même dans l'hypothèse d'une renonciation à la communauté?...

Cette clause, suivant Pothier (1), dont l'opinion est généralement suivie sous le Code, n'empêche pas les apports de tomber dans la communauté. Les pouvoirs du mari dans ses rapports avec les tiers ne sauraient donc être modifiés par elle et il pourrait malgré sa présence dans le contrat de mariage, provoquer le partage d'une succession mobilière échue à sa femme, sans son concours, tout aussi bien que dans le cas de la communauté légale.

(1) *Success.*, chap. IV, art. 1, § 2.

398. — *4° Du cas où les époux sont soumis à la communauté réduite aux acquêts* (Cod. Nap., art. 1498-1499).

Sous ce régime, le mari n'a pas le pouvoir de provoquer *seul* le partage des successions échues à sa femme, *quant à la propriété,* il n'a que celui de faire des partages de jouissance. En effet, comme nous l'avons dit plus haut, c'est la femme seule qui a, en principe, la capacité nécessaire pour procéder à la division des successions qui lui arrivent, sauf dans les cas exceptionnels prévus par l'art. 818. Or, dans l'hypothèse de la communauté réduite aux acquisitions, les biens échus à la femme n'entrent en communauté que pour la jouissance. Les immeubles et même les meubles lui restent propres, et chacun des époux conserve, sous ce régime, le droit de prélever ses apports lors de la dissolution de la communauté (Cod. Nap., art. 1498).

Toutefois, si la succession mobilière échue à la femme ne se composait que de choses fongibles et susceptibles de périr par le premier usage, nous pensons que le mari, en ayant comme chef de la communauté la libre disposition, aurait capacité suffisante pour en provoquer le partage définitif sans le concours de son épouse.

399. — 5° Même théorie au cas de la clause de réalisation (Cod. Nap., art. 1500, 1498, 1504);

400. — 6° *Du cas où les époux sont mariés sous le régime de la séparation de biens.* — Sous ce régime, le mari n'a aucun droit, pas même de jouissance, sur les biens qui peuvent échoir à sa femme. Il n'a donc pas la qualité nécessaire pour procéder à leur partage, soit en demandant, soit en défendant. Il ne figure dans l'instance que pour autoriser cette dernière *à ester en justice* (Cod. Nap., art. 215).

401. — 7° *Du cas où les époux sont mariés sous le régime dotal.* — Ici, une distinction est nécessaire. Si les biens qui dépendent de la succession échue pour partie à la femme, sont *paraphernaux,* le mari n'a aucun droit sur eux et par conséquent, il est incapable d'en provoquer le partage même provisionnel (article 1576). Il est donc nécessaire dans cette hypothèse que la femme autorisée de son mari ou de justice, intente elle-même l'action *familiæ erciscundæ,* ou qu'elle soit mise en cause par ses co-héritiers lorsqu'ils demandent à sortir d'indivision. Comme au cas de la séparation de biens, le mari ne figure ici, dans l'instance, que pour autoriser sa femme à ester en justice.

Que si les biens à partager sont *dotaux,* soit parce que la femme a apporté en dot ses droits indivis dans la succession ouverte avant son mariage, soit parce que les biens à venir et par suite ceux provenant de la succession ouverte depuis, ont été par le contrat de mariage frappés de dotalité comme les biens présents

(art. 1542).... c'est alors une question très-débattue que celle de savoir si le mari peut *seul* provoquer le partage définitif ou défendre à l'action dirigée contre lui.

402. — Et d'abord...., il est évident que le mari ayant le droit exclusif de percevoir les fruits des biens dotaux, a la capacité incontestable de provoquer un partage de jouissance, sans le concours de sa femme (art. 818). Mais on veut aller plus loin, et des jurisconsultes très-autorisés lui reconnaissent le pouvoir de demander *seul* le partage définitif (1). La raison alléguée à l'appui de cette décision *anormale*, est que le mari, sous le régime dotal, peut exercer *seul* les actions *personnelles et réelles* de son épouse (art. 1549).

La réponse est que le partage exigeant en général la capacité d'aliéner, les co-propriétaires *seuls* peuvent y procéder légalement. Cela est si vrai que, suivant l'art. 818 du Code Napoléon, le mari ne peut provoquer le partage des biens échus à sa femme sans son concours qu'autant qu'ils tombent en communauté. Aussi, était-il de principe chez les Romains que les maris ne pouvaient intenter l'action *familiæ erciscundæ*

(1) DELVINCOURT, tom. II, pag. 140, et tom. III, pag. 103. DELAPORTE, *Pandectes françaises*, tom. III, pag. 230. BENOIT, *Traité de la dot*, n° 117. CHARDON, *De la puissance maritale*, n° 253. TROPLONG, *Du contrat de mariage*, tom. IV, n^os^ 3108-3111. Aix, 9 janvier 1810. SIREY, 1811, II-469. Aix, 30 avril 1841. DALLOZ, 1842, II-17.

par rapport à la dot indivise acceptée sans estimation, quoique les textes leur reconnaissaient, sans difficulté, la capacité suffisante pour y défendre (1).

403. — Mais, dit-on, ce n'est pas en qualité de co-propriétaire de la dot indivise que le mari est autorisé à provoquer le partage. L'art. 1549 du Code Napoléon, en lui donnant le pouvoir d'exercer *seul* les actions *pétitoires* de sa femme, lui donne par cela même celui d'intenter l'action qui nous occupe? Non. La conséquence n'est pas conforme aux textes et à l'esprit du Code Napoléon en cette matière. De ce que le mari peut *seul*, *constante matrimonio*, poursuivre les débiteurs et les détenteurs des biens dotaux, il ne résulte pas nécessairement qu'il ait aussi le droit de provoquer *seul* le partage de la dot indivise. On peut être très-capable d'exercer les actions d'un héritier, sans pour cela l'être pour intenter l'action en partage. C'est qu'en effet, ainsi que nous l'avons déjà dit plus haut, la capacité de partager est réglée par des principes *particuliers*. Voilà pourquoi l'art. 818 a décidé en termes exprès que le mari n'a pas qualité pour provoquer, sans le concours de sa femme, le partage des objets qui ne

(1) Mariti qui fundum communem cum alio in dotem *inestimatam* acceperunt *ad communi dividundo judicium provocare* non possunt, licet, ipsi possint provocari. L. 2, Cod. *De fundo dotal.* S'il en était autrement dans le cas où la dot avait été estimée, c'est parce que alors l'estimation valait vente au mari.

tombent pas en communauté, même dans le cas où la succession est purement mobilière.... et cependant, personne ne lui conteste le pouvoir d'exercer les actions mobilières de son épouse (Cod. Nap., art. 1428). Le tuteur n'a pas non plus le pouvoir de partager définitivement une succession mobilière échue à son pupille, sans l'accomplissement des formalités prescrites, et pourtant il exerce très-valablement ses actions mobilières (Cod. Nap., art. 1549-465). Ces capacités sont donc différentes dans le système du Code, et par conséquent, il faudrait un texte plus formel que l'art. 1549, pour en déduire la solution affirmative de la question que nous venons d'examiner (1).

404. — En résumé, nous devons tenir pour constant que le principe admis autrefois dans les pays coutumiers suivant l'art. 226 de la coutume de Paris, et dans les pays de droit écrit suivant la première partie de la loi romaine précitée, n'a pas été modifié par le Code Napoléon, et que par conséquent, sous quelque régime que les époux soient mariés, le mari ne peut

(1) *Junge*, TOULLIER, tom. XIV, nos 156-157-215. PROUDHON, *De l'usufruit*, n° 1245. CHABOT, art. 818, n° 4. MALPEL, n° 244. DALLOZ, *Rép. V° Success.*, n° 1611, et *V° Contrat de mariage*, nos 3326-3332 et suiv. TESSIER, *De la dot*, tom. II, n° 838. DURANTON, tom. VII, n° 125. VAZEILLE, art. 818, n° 3. MOURLON, *Rép. écrites*, tom. II, pag. 132. DEMANTE, tom. III, n° 146 *bis*, IV. DUTRUC, n° 290. DEMOLOMBE, *Success.*, tom. III, nos 582 et suiv. Nimes, 12 mars 1835. DEVILL., 1835, II-52. Paris, 14 mars 1845. DEVILL., 1846, II-501. Cass., 21 janvier 1846. DEVILL., 1856, I-263.

procéder au partage définitif des biens de sa femme sans sa participation, à moins que ces biens ne tombent en communauté par l'effet de la loi ou d'une clause d'ameublissement (1). En cela, la loi nous paraît avoir été éminemment sage. Il n'y a pas de raison particulière pour refuser au mari l'exercice des actions relatives aux biens dotaux, puisque la femme a toujours sa garantie contre son mari coupable de négligence, et qu'il est autant qu'elle intéressé à leur conservation (Cod. Nap., art. 1662), tandis que dans l'action en partage, l'intérêt du mari est souvent opposé à celui de la femme. Or il ne faut jamais placer l'homme entre son devoir et son intérêt. Il y aurait à craindre qu'une dot mobilière ne se substituât à une dot *immobilière inaliénable*, si l'on adoptait le système contraire à celui que nous venons d'exposer.

405. — E. — *Du cas où la succession est acceptée sous bénéfice d'inventaire.* — L'héritier bénéficiaire, quoique simple administrateur dans ses rapports avec les créanciers et les légataires du défunt, a incontestablement le pouvoir de provoquer le partage ou de défendre à l'action dirigée contre lui, et cela bien qu'il n'ait le droit de libre disposition que restreint par des formalités prescrites dans un intérêt collectif

(1) Voy. ROUSSEAU DE LACOMBE, *Répert. V° Partage*, sect. 1, n° 6. D'ESPEISSES, *Des contrats*, sect. 4, *De la division des choses communes*, n°s 2-3, tom. I, pag. 143. ROUSSILHE, *De la dot*, pag. 256 et 470.

(Cod. Nap., art. 805-806). Nous avons vu en effet que dans ses rapports avec ses co-héritiers, il n'est rien autre chose qu'un héritier pur et simple. Le lot qui lui échoit détermine les biens qui doivent être soumis *au régime de séparation collective*.

406. — *Du cas où la succession est déclarée vacante.* — Le curateur à succession vacante a aussi qualité pour provoquer le partage des biens indivis entre les tiers et la succession qu'il représente (art. 813).

407. — Il en est de même du *curateur ad hoc* que le tribunal peut se trouver dans le cas de nommer en vertu de l'art. 112, lorsque la succession est déférée à *un présumé absent* dont l'existence au moment du décès n'est pas contestée. Ici ne s'applique pas l'article 136 du Code Napoléon.

Mais, dira-t-on, il ne peut jamais y avoir lieu à nommer un curateur à l'effet de provoquer le partage puisque le présumé absent dont l'existence au moment de l'ouverture de la succession n'est pas contestée se trouve représenté par un notaire dans les opérations de comptes, liquidation et partage, aux termes de l'art. 113 du Code Napoléon?

La réponse est que le notaire chargé de cette mission n'a pas qualité pour *provoquer* le partage. Le mandat judiciaire qui lui est confié ne doit pas s'étendre au delà des prescriptions de la loi. Or, un mandataire peut très-bien avoir le pouvoir de représenter un hé-

ritier dans une liquidation ou dans un partage sans avoir celui de les provoquer. *Diligenter fines mandati custodiendi sunt*, et cette règle est encore plus stricte à l'égard du mandat judiciaire qu'à l'égard des mandats ordinaires.

Du reste, si les parties veulent éviter toute difficulté sous ce rapport, elles peuvent demander que le tribunal en désignant le notaire chargé de représenter l'absent dans les opérations dont il s'agit, lui confère non-seulement le pouvoir de défendre à l'action en partage, mais encore celui de la mettre lui-même en exercice si le besoin le réclame. La règle : *Nul en France, excepté le roi, ne plaide par procureur*, ne s'applique pas aux mandats judiciaires.

Voilà pour le cas où l'un des successibles se trouve en présomption d'absence; passons maintenant à l'hypothèse de *la non-présence*.

408. — Lorsque l'un ou plusieurs des successibles ne se trouvent pas sur les lieux et qu'ils n'ont pas constitué de mandataire, il y a lieu également à la nomination d'un notaire pour les représenter (Cod. de proc., art. 928, 931, 942. Cod. Nap., art. 113). Mais le mandat conféré à ce fonctionnaire dans cette dernière hypothèse, diffère du précédent. Il ne concerne que les premières opérations de la succession, c'est-à-dire *l'apposition des scellés, leur levée et l'inventaire*.

Notons : 1° Qu'une simple ordonnance de président

suffit pour le constituer valablement, à la différence du mandat précédent qui exige un jugement émané du tribunal entier (Cod. Nap., art. 113).

2° Qu'un seul notaire peut représenter tous les non-présents, tandis qu'il faut autant de notaires qu'il y a de *présumés absents*. On voit que ces mandats ne doivent pas être confondus l'un avec l'autre.

Il est inutile de faire remarquer que le notaire chargé par l'ordonnance du président de représenter les *non-présents* dans les opérations préliminaires de la succession n'a aucune qualité pour en provoquer le partage ou même pour y défendre. La clôture de l'inventaire met fin à son mandat.

409. — *Les envoyés en possession provisoire* et à plus forte raison *les envoyés en possession définitive* peuvent *provoquer* le partage et procéder dans l'instance en défendant à l'action qui serait dirigée contre eux, comme si l'absent qu'ils représentent était sur les lieux. L'art. 817 du Code Napoléon est formel à cet égard.

Cette disposition vient corroborer l'idée précédemment émise, à savoir que *la capacité en matière de partage est réglée par des principes particuliers*. En effet, les envoyés en possession provisoire n'ont pas le pouvoir d'aliéner (art. 128), et cependant la loi leur reconnaît celui de provoquer le partage et celui de défendre à l'action *familiæ erciscundæ*. C'est là une exception commandée par la nécessité.

410. — Que décider à l'égard *de l'époux qui opte pour la continuation de la communauté*, au cas de l'article 124 du Code Napoléon?

Chabot pense qu'il a le droit d'exercer l'action en partage d'une succession échue pour partie à l'absent et d'y défendre, sans être obligé d'appeler les héritiers présomptifs dans l'instance (1). Il fonde sa décision sur l'art. 124, d'après lequel l'époux présent empêche, au cas supposé, l'envoi en possession provisoire au profit des héritiers présomptifs. Toutefois il reconnaît que ces derniers peuvent intervenir dans le cours des opérations pour veiller à la conservation de leurs droits éventuels. Cette opinion est suivie par MM. Duranton (2) et Vazeille (3).

Suivant Delvincourt (4), la femme ne peut provoquer le partage ou défendre à l'action dirigée contre elle sans le concours des héritiers présomptifs.

Nous pensons que le mari qui opte pour la continuation de la communauté, conservant, aux termes de l'art. 124, l'administration des biens de la femme,

(1) Art. 817, n° 8. Voy. aussi POUJOL, art. 817, n° 6.

(2) Tom. VII, n° 108, et aussi DEMANTE, tom. III, n° 145 *bis*.

(3) Sur l'art. 817, n° 6. DUTRUC, n° 274. DEMOLOMBE, *Success.*, tom. III, n° 566.

(4) Tom. II, *Notes sur la pag. 45*, n° 12 et sa réfutation par DEMOLOMBE, *Traité de l'absence*, n°s 284 et suiv. Presque tous les auteurs assimilent l'époux dont il s'agit à un envoyé en possession provisoire.

n'acquiert aucun droit nouveau par l'absence de cette dernière et qu'il reste ce qu'il était auparavant. Il n'a donc le pouvoir de provoquer le partage des biens indivis échus à sa femme que dans les cas où ces biens tombent dans la communauté (art. 818).

Quant à la femme qui opte pour la continuation de la communauté, elle prend, aux termes de l'article précité, l'administration des biens de son mari absent et de ceux de la communauté. Mais ce n'est toujours qu'en qualité *d'administratrice légale*, et, par conséquent, elle n'a pas capacité suffisante pour provoquer le partage d'une succession échue pour partie à son mari. En effet, le pouvoir d'administrer ne suffit pas à celui qui l'exerce pour procéder à un partage définitif. La disposition finale de l'art. 817, relative aux envoyés en possession provisoire, est une exception aux principes généraux qui régissent la matière et rien n'autorise l'interprète à l'étendre à la femme qui opte pour la continuation de la communauté (1).

Cela posé, il est clair que nous n'avons pas à rechercher si le concours des héritiers présomptifs peut donner au mari ou à la femme une capacité qu'aucun texte ne leur reconnaît. En effet, l'intervention des héritiers présomptifs dont l'envoi en possession est em-

(1) Les administrateurs légaux n'ont pas le pouvoir de faire de leur autorité des actes qui dérivent du droit de disposer. Voy. M. Mourlon, *Rép. écrit.*, tom, I, pag. 240.

pêché par l'option de l'époux présent pour la continuation de la communauté, ne saurait reposer que *sur leurs droits éventuels,* et par conséquent cette intervention ne pourrait constituer jamais autre chose qu'un simple acte de conservation de leurs droits, étranger à la question de savoir si l'époux présent est ou n'est pas capable de procéder au partage dont il s'agit.

411. — Mais alors, qu'est-ce qui aura qualité pour agir soit en demandant, soit en défendant, à l'action *familiæ erciscundæ?* Les co-héritiers de l'époux absent peuvent vouloir partager la succession suivant l'article 815. D'un autre côté, il peut y avoir nécessité ou un grand avantage à provoquer le partage immédiatement.....

Je réponds avec l'orateur du gouvernement (1), que les nominations de curateurs sont permises toutes les fois que le besoin s'en fait sentir (Cod. Nap., art. 112, 113), et que, par suite, rien ne s'oppose à ce que l'époux qui opte pour la continuation de la communauté soit *désigné* lui-même, en qualité de *curateur ad hoc,* pour provoquer le partage ou pour y défendre avec ou sans le concours des héritiers présomptifs. Toutefois, les juges agiront sagement s'ils adjoignent à l'époux présent nommé *curateur ad hoc,* les héritiers présomptifs, ou tout au moins l'un d'eux; car ces derniers ont

(1) BIGOT DE PRÉAMENEU, *Exposé des motifs du titre de l'absence.*

presque toujours un intérêt contraire à celui de l'époux qui a opté pour la continuation de la communauté : par exemple, il leur importe beaucoup que les lots soient composés de manière que chacun d'eux comprenne autant de meubles que d'immeubles, afin que la communauté ne réalise pas, par des attributions inégales de meubles, un lucre qu'elle pourrait ne point avoir sans cela.

En toute hypothèse, la vocation éventuelle des héritiers présomptifs leur donne un intérêt suffisant pour intervenir dans l'instance de partage, à leurs frais : alors surtout qu'ils sont peut-être, bien qu'on l'ignore, *déjà saisis* de la succession de l'époux absent.

412. — Mais ici se présente une autre question qui a sa délicatesse. La femme qui opte pour la continuation de la communauté, et qui, par suite, prend les rênes du gouvernement de cette communauté en l'absence de son mari (art. 124), ne peut-elle pas au moins provoquer, sans mandat judiciaire, le partage d'une succession *mobilière ou ameublie* échue à son mari et qui tombe dans la communauté?.....

La solution de cette question dépend du point de savoir si la femme, au cas indiqué, acquiert le pouvoir que son mari avait d'aliéner les biens de la communauté (Cod. Nap., art. 1421). Si l'on décide qu'elle représente exactement son mari, qu'elle en a tous les pouvoirs, *medio tempore*, il est clair qu'elle pourra

provoquer le partage ou défendre à l'action dirigée contre elle, comme le mari présent pourrait le faire lui-même si la succession dont il s'agit était échue à sa femme. Si, au contraire, on ne la considère que comme une *administratrice légale*, elle aura bien le pouvoir *d'administrer*, mais elle n'aura pas *celui d'aliéner*, et par conséquent elle sera incapable par elle-même de provoquer le partage.

C'est à cette dernière opinion que nous devons nous en tenir. Le texte de l'art. 124 lui est favorable. *La femme*, y est-il dit, *prend l'administration des biens de l'absent*. C'est la loi et non pas le mari qui lui délègue ou qui lui confère cette administration. Dès lors, la circonstance que le mari pourrait provoquer le partage définitif, s'il se trouvait à la place de sa femme, devient indifférente pour apprécier l'étendue des pouvoirs de cette dernière; et comme la capacité d'exercer les actions de la communauté diffère de la capacité spéciale requise pour les partager, nous pouvons décider sans crainte que la femme n'a qualité pour partager une succession même mobilière échue à son mari, qu'autant qu'elle se fait nommer *curatrice ad hoc* par la justice compétente.

413. — Notons, avant de passer à une autre matière :

1° Que ni les créanciers de la succession, ni les créanciers particuliers des héritiers ne sont autorisés

par aucun texte à exiger que le partage se fasse judiciairement, lorsque les co-partageants sont aptes à partager amiablement et qu'ils sont d'accord à cet égard. Les créanciers ont des droits particuliers qui suffisent à leurs besoins, sans qu'on soit dans la nécessité d'imposer aux héritiers les frais d'un partage judiciaire (Cod. Nap., art. 820, 821, 1166, 2205, 865, 882, 1167, et Cod. procéd., art. 909, 930, 931, 942 et 945) (1);

2° Que l'action en partage n'est pas exclusivement attachée à la personne des héritiers; que, par conséquent, les successeurs universels ou de quotités (articles 781, 782, 724), les acheteurs d'hérédités, les cessionnaires de droits successifs, *tanquàm ex jure cesso,* (ils sont subrogés dans les droits de leurs vendeurs sous la réserve du retrait auquel ils sont soumis) (2), et les créanciers de la succession dans les cas très-rares où ils y ont intérêt, ainsi que les créanciers des héritiers, peuvent la mettre en exercice soit de leur propre chef, soit du chef de ceux dont ils font valoir les droits en vertu des différents textes qui les concernent (Cod. Nap., art. 788, 1182, 1166, 2205).

(1) Voy. Cass., 30 janvier 1843. DEVILL., 1843, I-119. DEMOLOMBE, *Success.*, tom. III, nos 603-604.

(2) Cass., 27 janvier 1857. DEVILL., 1857, I-665. DUTRUC, nos 244-245. POTHIER, *Success.*, chap. V, art. 2, § 2. ZACHARIÆ-MASSÉ et VERGÉ, tom. II, pag. 358. DEMOLOMBE, *Successions*, tom. III, nos 623, 624, 625.

CHAPITRE VI

De la forme du partage et de la licitation judiciaires.

414. — Méthode. — Après avoir traité de l'indivision, du partage provisionnel, de la notion générale du partage définitif, des personnes qui y figurent et de celles qui peuvent en être écartées, du partage amiable, de la nature de l'action *familiæ erciscundæ*, de sa compétence et de la capacité des co-partageants, nous avons à nous occuper de la forme *du partage judiciaire*.

Cette matière appartient tout à la fois au Code civil et au Code de procédure. Nous passerons très-rapidement sur tout ce qui n'est pas de notre domaine. Il vaut mieux renvoyer aux livres de Boitard, de Carré et des autres interprètes du Code judiciaire qui ont prouvé qu'il n'est pas de terre, si ingrate qu'elle soit, qui ne puisse être fécondée par le talent..., que de chercher à en extraire quelques lambeaux nécessairement incomplets. Nous n'imiterons donc pas, sous ce rapport, l'un de nos savants devanciers qui a cru devoir, en cette matière, consacrer quatre cent dix-sept pages de son *Traité des Partages* aux opérations qui se rattachent de près et de loin à l'action *familiæ ercis-*

cundæ : chose dont lui sauront gré les juges de paix, les huissiers, les notaires et les avoués. Il est difficile, en effet, d'apporter plus de soin qu'il n'en a mis à élucider les détails minutieux dans lesquels il est entré au sujet de l'apposition et de la levée des scellés, des oppositions dont elles peuvent être l'occasion, de la vente du mobilier et en général de tout ce qui touche aux formes du partage (1). Mais le but *de ces Études* n'est pas complètement celui qu'il s'est proposé. Nous nous contenterons donc du strict nécessaire à l'intelligence du système, en laissant le lecteur qui voudra se renseigner plus amplement à cet égard, faire connaissance avec M. Dutruc qu'il lira comme nous l'avons fait, avec le plus vif intérêt, et auquel nous ne manquerons pas de recourir, si jamais nous sommes appelé à suivre les fonctionnaires, pour lesquels il a si bien travaillé, dans l'exercice de leur ministère.

Cela posé, nous diviserons ce chapitre en *deux sections*.

Dans *la première,* nous nous occuperons des opérations préalables au partage.

Dans *la seconde,* de celles auxquelles donne lieu l'instance qui nous occupe.

(1) M. Dutruc, *Traité du Partage*, nos 52 à 473. Comp. Zachariæ, tom. IV, § 624, et Demante, tom. III, nos 148 à 170.

SECTION Ire.

Des opérations préalables au partage.

415. — MÉTHODE. — Il convient de diviser cette matière en quatre paragraphes, et d'y traiter sommairement :

1° De l'apposition et de la levée des scellés ;

2° De l'inventaire ;

3° De la vente du mobilier ;

4° Et de celle des immeubles.

§ 1er.

DE L'APPOSITION ET DE LA LEVÉE DES SCELLÉS. (COD. NAP., ART. 819, 820, 821 ; COD. PROC., ART. 907 A 940.)

SOMMAIRE.

416. — L'apposition des scellés est tantôt *facultative* et tantôt *obligatoire*.

417. — Pour qui est-elle *facultative ?*

418. — Des cas dans lesquels elle est *obligatoire*.

419. — La loi n'exige du créancier qui la requiert qu'un titre *exécutoire* ou *une permission du juge*. Il faut que les intéressés soient présents.

420. — La levée des scellés exige le concours des héritiers et de ceux qui se sont fait connaître par *des oppositions*.

416. — La loi interrompt ici l'exposition de son système pour remonter un instant à l'ouverture de la succession et nous parler de quelques mesures propres à sauvegarder les droits de tous. Les art. 819, 820 et 821 signalent le *scellé*, et à sa suite, *l'inventaire*, comme faisant partie de ces mesures qui sont en effet le plus souvent très-utiles, et même parfois nécessaires, bien qu'elles ne se rattachent que de loin à la matière du partage. Le scellé est une mesure conservatoire qui précède la demande dont elle est indépendante. Son objet est de prévenir les détournements. Tantôt elle est facultative, tantôt elle est *obligatoire*.

417. — Elle est *facultative* pour tous les intéressés qui la requièrent, ce qui comprend : 1° les héritiers appelés, majeurs, mineurs pourvus de tuteurs (Cod. procéd., art. 911 qui a modifié l'article 819 du Code Napoléon), ou mineurs émancipés (Cod. procéd., art. 910); 2° les créanciers de la succession (Cod. Nap., art. 820); 3° et même les créanciers particuliers des héritiers qui exercent les droits de leurs débiteurs (Cod. Nap., art. 1166) (1). Les créanciers ne peuvent toutefois requérir l'apposition des scellés qu'en vertu d'un titre exécutoire ou d'une permission du juge : laquelle ne se refuse jamais (art. 820) (2).

(1) Voy. DEMOLOMBE, tom. III, n° 627, *Traité des successions*.

(2) Autrefois, le respect de la famille interdisait *le scellé* aux créanciers des

418. — Elle est *commandée et nécessaire* aux termes de l'art. 819, si tous les héritiers ne sont pas présents ou s'il y a parmi eux des mineurs ou des interdits non encore pourvus de tuteurs (Cod. procéd., art. 911). Dans ces hypothèses, *le scellé* doit être apposé dans le plus bref délai, soit à la requête des héritiers, soit à la diligence du procureur impérial près le tribunal de première instance, soit *d'office* par le juge de paix dans l'arrondissement duquel la succession s'est ouverte (1), soit même, en cas d'absence d'un ayant-droit à l'hérédité ou à la communauté, à la requête des commensaux, serviteurs ou domestiques du défunt (Cod. procéd., art. 909, 3°), soit à défaut de tuteur ou en son absence, à celle d'un parent du mineur (Cod. procéd., art. 910), et aussi du maire ou de l'adjoint de la commune dans les divers cas où la mesure est *nécessaire* (Cod. procéd., art. 911, al. 1). Lorsqu'elle n'a pour objet que la conservation d'un dépôt public laissé par le défunt, l'apposition des scellés se restreint aux objets qui le composent (Cod. procéd., art. 911, 3°).

419. — Du reste, la loi n'exige pas chez le créancier qui requiert l'apposition des scellés, autre chose qu'un titre exécutoire. Il importe peu que la dette soit ou non

héritiers. Voy. BOURJON, tom. II, tit. VIII, sect. 3, pag. 698. DENIZART, *V° Scellé*, n° 9. Mais voy. Cass., 22 novembre 1838. DEVILL., 1838, I-764. DUTRUC, n° 58. BOITARD et COLMET-DAAGE, n° 1129.

(1) Cod. procéd., art. 907 et suiv.

échue. Il n'est pas non plus nécessaire qu'elle soit *liquide*, au cas où elle se fait en vertu d'une permission du juge (1).

420. — *La levée* des scellés, avec ou sans description, exige la présence des héritiers et des autres intéressés qui se sont fait connaître par des oppositions. Les créanciers qui tiennent à ce que l'opération n'ait pas lieu en leur absence, ont le droit, même sans titre exécutoire ou permission du juge, de s'opposer à la levée des scellés (Cod. Nap., art. 821, Cod. procéd., art. 926) : ce qui se fait soit par une déclaration sur le procès-verbal du juge de paix, soit par exploit signifié à son greffier (2).

§ 2.

DE L'INVENTAIRE.

SOMMAIRE.

421. — De l'utilité et de la prudence qu'il y a toujours à dresser un inventaire.

422. — Il est *facultatif*...,

(1) Voy. DUTRUC, nos 61 et suiv. Il y traite des différents cas où il y a lieu à l'apposition des scellés (Cod. Nap., art. 1031, Cod. procéd., art. 910).

(2) Voy. DUTRUC, nos 102 à 106, et sur la levée des scellés, nos 107 à 154. Il y passe en revue les interprètes du Code de procédure, avec lesquels il n'est pas toujours d'accord. Voy. sur cette matière BOITARD et COLMET-DAAGE, nos 1138 à 1141.

423. — Ou *obligatoire*, suivant les cas.

424. — Le défaut d'inventaire, dans les cas où il est obligatoire, peut donner lieu à des dommages et intérêts.

---

421. — Après les scellés vient *l'inventaire* qui accompagne ordinairement leur levée (Cod. procéd., art. 937), avec une description et une estimation des effets mobiliers de la succession ou de la communauté. On y fait aussi une analyse succincte des titres et papiers utiles qui en dépendent.

Si la cause de l'apposition des scellés cesse avant qu'ils ne soient levés, l'inventaire devient *facultatif* (Cod. procéd., art. 940).

Du reste, il y a presque toujours prudence et utilité à dresser un inventaire exact des meubles d'une succession ou d'une communauté. L'inventaire est la base de ce que les notaires appellent *la liquidation*, c'est-à-dire *du compte mobilier de l'hérédité* qui vient ordinairement à se faire entre les intéressés. Les femmes surtout qui sont mariées avec des clauses restrictives de communauté, ont le plus grand intérêt à ce que les biens qui leur échoient pendant le mariage soient régulièrement constatés. Un inventaire bien fait est une grande allégeance pour les opérations de comptes, liquidation et partage qui viennent ensuite. Les clercs de notaire savent ce que nous voulons dire par là.

422. — De même que le scellé, cet acte est *facultatif* ou *obligatoire* dans certains cas déterminés.

Il est *facultatif* dans le cas d'acceptation pure et simple de la succession. Toutefois, les créanciers et les légataires du défunt qui prétendent exercer leur privilége *de confusion restreinte* ou *de séparation individuelle* des patrimoines, aux termes des articles 878, 879 et 880, sur le mobilier héréditaire, ont le plus grand intérêt à ce qu'il soit dressé conformément à la loi. Ce n'est pas que leur privilége dépende absolument de l'inventaire, mais on sent que la preuve qui est à leur charge, en ce qui touche l'origine des valeurs sur lesquelles ils sont privilégiés, est pour ainsi dire complète lorsqu'ils peuvent l'appuyer sur un inventaire régulier.

423. — Il est *obligatoire* ou *exigé :* quand les successibles renoncent à la succession et qu'elle est soumise soit au régime *de la vacance* (art. 811), soit au régime *de la déshérence* (art. 813), soit à celui *de séparation collective* (Cod. Nap., art. 803). Il en est de même dans les hypothèses où il s'agit soit *d'une administration* (art. 451, 126, 1031, 442), soit *d'une entrée en jouissance* qui ont pour objet *le bien d'autrui* (Cod. Nap., art. 600-1058) (1).

424. — Le défaut d'inventaire, dans les cas où il

(1) Voyez de plus Cod. Nap., art. 1414, 1499, 1504, 1532.

est exigé, a sa sanction comme toute autre infraction aux prescriptions du législateur. Il n'est pas douteux que l'inobservation des devoirs imposés par la loi à certaines personnes, pourrait donner lieu, suivant les circonstances, à des dommages et intérêts ou à d'autres peines civiles au profit de ceux qui en auraient souffert. Les absents et les incapables seraient sans difficulté autorisés à prouver la consistance des valeurs mobilières que l'on aurait omis d'inventorier quand on devait le faire; et cela tant par titres que par témoins et même par commune renommée (Cod. Nap., art. 1415, 1504, 1382) : le tout, sans être tenus de rapporter un commencement de preuve par écrit (1).

§ 3.

DE LA VENTE DU MOBILIER.

SOMMAIRE.

425. — Après l'inventaire, vient la vente du mobilier. Lorsqu'il n'y a pas de créanciers opposants, les héritiers peuvent le vendre ou le partager en nature.

426. — Lorsqu'il y a des créanciers opposants, la vente est une nécessité.

(1) Voy. sur ces matières, DUTRUC, nos 155 à 196.

427. — C'est la majorité des héritiers qui décide s'il y a lieu à vente, lorsqu'il y a des dettes et que les créanciers n'ont fait ni saisies ni oppositions.

428. — La majorité dont il s'agit est la majorité en voix, et non pas la majorité en sommes.

428 *bis*. — *Quid*, si l'un des héritiers offrait de payer comptant sa part dans les dettes, aurait-il le droit d'exiger sa part en nature du mobilier que ses co-héritiers voudraient vendre? Controverse.

---

425. — Après les scellés et l'inventaire, vient la vente du mobilier, en commençant par ce qui est susceptible de dépérir *(res perituræ)* et ce qui est le moins précieux. S'il n'y a pas de créanciers opposants ou saisissants, les héritiers sont les maîtres de ne pas le convertir en argent pour le partager en nature. Dans cette hypothèse, il est clair que ceux qui veulent que les meubles soient vendus, ne peuvent arriver à leur but qu'autant que tous les autres y consentent. Chacun se trouvant *saisi* en vertu de l'art. 724, de sa part dans les biens de la succession, a le droit incontestable d'exiger cette part *en nature,* suivant l'estimation qu'en font les gens à ce connaissant (les commissaires-priseurs ou ceux qui en tiennent lieu), d'après la valeur réelle au moment du partage et non pas au moment du décès. L'égalité le veut ainsi (1).

(1) Chabot, art. 824, n° 7. Demolombe, *Success.*, tom. III, n° 647.

426. — Il en est autrement, lorsqu'il existe des créanciers *saisissants ou opposants* (Cod. Nap., art. 826). Car alors, la vente devient une *nécessité,* et la réquisition qu'en fait l'un des co-héritiers suffit pour que tous les autres soient tenus d'y consentir. Il faut d'abord trouver du numéraire pour payer les dettes, puisqu'en définitive il n'y a de biens à partager que dettes déduites. Dans cette hypothèse, la vente se fait suivant les formalités tracées par le Code de procédure (voy. à cet égard les art. 952, 945, 946, 947, 948, 949, 950 et 951).

427. — Mais il peut arriver souvent qu'il n'y ait pas de créanciers saisissants ou opposants, et que cependant il existe des dettes ou des legs pour l'acquit desquels la majorité des héritiers veut immédiatement convertir en argent le mobilier héréditaire. Les rédacteurs du Code Napoléon ont décidé que, dans ce cas, la majorité ferait loi à la minorité (Cod. Nap., art. 826), et que par suite la vente aurait encore lieu avec les formalités protectrices du Code judiciaire.

428. — Lorsqu'il y a dissentiment, la majorité s'établit suivant le nombre des voix, sans que l'on doive avoir égard *à la majorité en sommes* (1). Si l'on se trouve dans le cas de la représentation, tous les repré-

(1) *Contrà*, DALLOZ, *Répert. V° Succession*, n° 1689 et les auteurs qu'il cite; mais voy. DEMOLOMBE, *loc. cit.*, n° 650.

sentants réunis ne comptent que pour la voix de celui qu'ils représentent.

428 *bis*. — *Quid*, si l'un des héritiers offre en deniers comptants, somme suffisante pour payer sa part de dettes, a-t-il le droit de demander que sa portion héréditaire dans le mobilier commun que les autres veulent vendre, sera distraite à son profit et que la vente ne s'en fera pas malgré lui ?

On décide généralement cette question par l'affirmative que l'on fonde sur l'histoire et sur le défaut d'intérêt des autres co-héritiers à refuser la juste réclamation du dissident dont il s'agit (1).

Cependant M. Demante nous enseignait à l'école un système contraire, et je pense avec M. Demolombe qu'il avait raison contre ceux de ses collègues qui se trouvaient en dissentiment avec lui sous ce rapport. En effet, l'art. 140 du projet de l'an VIII (Cod. Nap., art. 826), portait ce qui suit : « *Chacun des co-héritiers « peut s'opposer à la vente, en offrant somme suffisante « pour payer sa portion des dettes et charges.* » C'était comme on le voit, la doctrine de Pothier que les rédacteurs avaient d'abord entendu reproduire (2). Il est clair que si cette phrase du projet existait encore

(1) Toullier, tom. IV, n° 416. Poujol, art. 826. Marcadé, art. 826. Mourlon, *Rép. écrites*, tom. II, pag. 138. Bioche, *V° Partage*, n° 140. Dutruc, n° 198. Cass., 18 juin 1807. Sirey, 1807, I-425.

(2) Pothier, *Success.*, chap. IV, art. 4.

dans l'édition officielle, nous ne nous arrêterions pas à examiner le point dont il s'agit. Mais elle a disparu de la rédaction définitive et l'art. 826 qui seul est obligatoire, ne se présente plus à nous que avec son texte absolu : lequel ne fait aucune distinction. Ne résulte-t-il pas de là qu'on a fini par rejeter l'opinion de Pothier et avec elle celle des auteurs ci-dessus cités? Nous le croyons, d'autant plus que M. Demante faisait valoir à l'appui de son avis, des considérations qui ne sont pas sans portée, et qu'il tirait notamment des difficultés du système contraire dans l'exécution, des embarras qui pourraient en résulter dans la marche de la liquidation, et aussi de la crainte de voir des saisies se produire au préjudice de la co-hérie, alors que l'intention bien formelle du législateur avait été de les éviter par son art. 826 précité. Il semble que l'affection que l'un des héritiers peut avoir pour certains meubles ayant appartenu à son auteur, ne doit pas peser victorieusement dans la balance, quand l'intérêt bien entendu de toute la co-hérie s'oppose à la distraction demandée. Dès que la loi parle, la volonté individuelle doit se soumettre (1).

(1) Voy. DEMANTE, tom. III, n° 159 *bis*, *in fine*, et DEMOLOMBE, *Success.*, tom. III, n° 653.

§ 4.

DE LA VENTE DES IMMEUBLES ET DE LA LICITATION JUDICIAIRE.

SOMMAIRE.

429. — Le consentement *de tous* les co-héritiers est nécessaire pour la vente des immeubles.

430. — Il en est autrement dans le cas où la licitation est poursuivie devant le tribunal ?

431. — Quand la poursuite se fait par un majeur, le co-héritier mineur est dispensé des formalités prescrites pour la vente de ses biens immobiliers.

432. — 1° Du cas où les héritiers ne sont pas d'accord sur le point de savoir si les immeubles sont ou non partageables.

433. — 2° Du cas où deux héritiers ont à partager des immeubles d'inégale valeur.

434. — 3° Du cas où les deux héritages sont d'égale valeur, mais de nature différente.

435. — 4° Du cas où la succession est dévolue à des lignes ou à des souches.

436. — 5° Les juges peuvent-ils éviter la licitation par des créations de servitudes ?

437. — Lorsqu'il y a des mineurs parmi les co-licitants, les étrangers sont nécessairement admis à enchérir. S'ils sont tous majeurs, les étrangers sont encore admis, quand l'un des co-héritiers l'exige.

429. — L'art. 827 du Code Napoléon s'occupe de la vente des immeubles héréditaires lorsque les cohéritiers ne les partagent pas en nature. A la différence de ce qui se passe pour la vente du mobilier suivant l'art. 826, celle des immeubles ne peut jamais être imposée aux dissidents par une majorité en voix. Le consentement de tous est requis. Si les communistes sont majeurs il leur est libre d'y procéder sans aucune formalité de justice et devant tel notaire qu'ils veulent choisir pour recevoir les enchères publiques (1). S'il existe parmi eux des mineurs et des interdits, c'est le cas de les rendre artificiellement *majeurs* pour l'opération projetée par l'accomplissement des prescriptions relatives à l'aliénation des biens de mineurs (Cod. Nap., art. 457-458, Cod. de procéd., art. 953). Dans cette dernière hypothèse la vente ne peut avoir lieu que suivant les formalités tracées par le Code de procédure (art. 954-965).

430. — Mais le consentement de toutes les parties n'est pas nécessaire lorsqu'il y a lieu à licitation devant le tribunal, c'est-à-dire dans le cas où les immeubles ne sauraient se partager *commodément ou sans de graves inconvénients* (art. 1686) eu égard aux droits des parties. L'impossibilité d'une division ou

(1) Les notaires sont les seuls officiers ministériels qui puissent faire des adjudications d'immeubles aux enchères publiques.

d'une subdivision en autant de lots qu'il y a de co-partageants suffit pour rendre la licitation inévitable (1). Dans l'hypothèse où le partage en nature est inadmissible, l'art. 827 du Code Napoléon vient au secours des intéressés en consacrant une exception à la règle qui autorise chaque co-héritier à réclamer sa part *in speciè*. Ordinairement, c'est devant un notaire liquidateur commis à cet effet que se fait *la licitation*; mais le tribunal peut aussi retenir la vente à son audience des criées et ordonner qu'elle aura lieu devant un commissaire délégué *ad hoc* (Cod. procéd., art. 970-954).

431. — Nous avons vu précédemment que les articles 460 du Code Napoléon et 953 du Code de procédure dispensent les mineurs de l'accomplissement des formalités prescrites par les art. 457 et 458 du premier de ces Codes pour l'aliénation de leurs immeubles, lorsque la licitation est ordonnée sur la poursuite d'un co-propriétaire majeur. C'est là une exception fondée sur un motif particulier qui a dû faire fléchir le principe conservateur du patrimoine immobilier des incapables et qui doit, bien entendu, se restreindre au cas prévu (Cod. Nap., art 815).

Cela posé, parcourons quelques hypothèses dans les-

(1) Cass., 10 mai 1826. DEVILL., VIII[e] vol., 1825-1827, I, pag. 339. Cod. Nap., art. 831. DUTRUC, n° 373. DEMOLOMBE, *Succes.*, tom. III, n° 657.

quelles il y a lieu de liciter les immeubles héréditaires.

432. — 1° *L'un des co-héritiers, peut-être parce qu'il a la pensée secrète de s'en rendre adjudicataire, prétend que les biens sont impartageables, d'autres soutiennent le contraire.*

Lorsque ce cas se présente, le tribunal s'il ne se trouve pas suffisamment éclairé par les documents du procès, charge des experts de visiter les lieux et de consigner dans leur rapport les motifs de leur opinion sur le point en litige, ainsi que l'estimation qu'il convient de donner aux immeubles (1). Comme ils ne procèdent pas à la *liquidation* non plus *qu'à la composition de la masse générale*, on sent que leur mission doit se borner à préparer les éléments du partage. Toutefois, dans les cas où la succession est purement *immobilière* ou lorsque le *compte mobilier* de l'hérédité a été déjà fait, rien n'empêche le magistrat de leur confier le soin de proposer des lotissements qui, s'ils sont admis, feront plus tard l'objet d'une autre opération que l'on appelle le *tirage au sort* (Cod. Nap., art. 824-466).

(1) Cod. Nap., art. 824. L'estimation des immeubles est aujourd'hui une mesure laissée à l'appréciation des magistrats, même lorsqu'il y a des mineurs en cause (Cod. procéd., art. 970-955). Le nouvel art. 971 permet aussi de ne nommer qu'un *seul expert* à la place des trois qu'on était obligé de nommer autrefois (ancien Code, art. 969-971). Les experts sont nommés d'office quand il y a des mineurs. (Cod. Nap., art. 838-840-819. Cod. de procéd., art. 971, 304, 306).

Si la majorité des experts choisis pense que les immeubles dont la licitation est contestée sont réellement *impartageables* eu égard aux droits des parties, elle le déclare dans son rapport qui fixe en même temps les mises à prix sur lesquelles pourront s'ouvrir les enchères quand viendra le moment de l'adjudication.

Le poursuivant en demande ensuite l'entérinement s'il ne le critique pas, et le tribunal qui, du reste, n'est jamais lié par l'opinion des experts (Cod. de procéd., art. 971), l'adopte ou la rejette, suivant les circonstances. *Au premier cas*, il ordonne que le rapport sera exécuté suivant sa forme et teneur; *au second*, il peut recourir à une nouvelle expertise, ce qui se voit rarement, à moins de circonstances particulières.

433. — 2° *Quid*, si la succession ne se compose, par exemple, que de deux immeubles très-inégaux en valeur et s'il n'y a que deux héritiers.

La licitation ne doit être ordonnée que quand le partage en nature ne peut s'effectuer *commodément* (Cod. Nap., art. 832-827). *Sine cujusquam injuriâ*, disait la loi romaine (1). Les inégalités sont compensables par des soultes (Cod. Nap., art. 833), et il n'y a pas lieu à licitation s'il y a possibilité *raisonnable*

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

d'égaliser les lots par ce moyen, mais il est évident que les magistrats doivent prendre en haute considération les valeurs relatives des différents héritages et les combiner avec la position pécuniaire de ceux qui pourraient être appelés à payer des retours disproportionnés avec leurs fortunes particulières (1). Deux immeubles seront très-partageables dans tel cas donné qui ne le seront pas dans tel autre. Il n'y a rien d'absolu en cette matière. C'est une question laissée à l'appréciation des tribunaux.

434. — 3° *Quid,* si la masse partageable ne se compose que de deux héritages d'égale valeur, mais de natures différentes; par exemple, d'une ferme et d'une maison.

Pour soutenir que ce n'est pas le cas de la licitation et qu'il y a lieu de partager en nature en mettant la ferme dans un lot et la maison dans l'autre, on peut dire que la loi n'exige pas absolument, dans l'art. 832 du Code Napoléon, que les lots soient composés de biens de même nature, et que, même l'art. 974 du Code de procédure est conçu dans ce système, puisqu'il dispose qu'il n'est pas nécessaire *de liciter,* si la totalité des immeubles peut se partager commodément, quoique pris isolément, ils seraient impartageables (2).

(1) Bordeaux, 17 janvier 1831. DEVILL., 1831, II, pag. 186.

(2) Besançon, 2 juillet 1844. DALL. 1845, IV-386. DUTRUC, n° 371.

Nous avons peine à admettre cette décision qui est susceptible de blesser l'égalité proportionnelle entre les co-partageants, lors même que les deux immeubles seraient d'égale valeur au moment de l'expertise. La propriété bâtie est un capital qui se détruit et dont il est beaucoup plus difficile de se défaire que des terres ou des prés. Nous pensons donc que, en cas de dissentiment entre les co-partageants, ils seraient fondés à demander la licitation de la maison, à la supposer impartageable, suivant leurs droits héréditaires et que ce serait le cas de diviser les biens ruraux pour égaliser les deux lots avec le prix de la maison vendue; de cette manière, l'égalité ne souffrirait aucun dommage et personne ne pourrait se plaindre de ce mode de procéder.

435. — 4° Que décider au cas du partage par lignes ou par souches (Cod. Nap., art. 733, 743)?

Il arrive souvent que les immeubles d'une succession, pris dans leur ensemble, sont susceptibles d'être divisés commodément en deux lots, et qu'ils ne le sont pas en autant de parts qu'il y a de co-partageants dans chacune des lignes ou souches. Lorsque ce cas se présente, la licitation doit-elle être ordonnée?

Non. Il n'y a nécessité de former autant de lots particuliers qu'il y a de co-partageants, que dans l'hypothèse où tous les héritiers viennent *de leur chef* à l'hérédité. C'est ce qui résulte textuellement des ar-

ticles précités et de l'art. 831 du Code Napoléon, suivant lesquels le partage en ce cas, doit se faire seulement en autant de lots qu'il y a de souches ou branches co-partageantes. Ce n'est qu'après le premier partage opéré qu'on examine la question de savoir si la subdivision entre les membres de chaque souche ou branche est, ou non, praticable. Est-elle commodément possible ? on partage encore en nature. Ne l'est-elle pas ? on se trouve dans la nécessité de liciter les biens dépendant de chaque subdivision, pour en attribuer le prix à ceux qui ont exclusivement le droit d'y prendre part. Il est vrai que cette manière de procéder met à la charge des licitants des frais plus considérables que ceux à supporter par les héritiers qui conservent leurs lots en nature; mais c'est là un inconvénient qu'il était impossible d'éviter, à moins de porter atteinte aux droits généraux appartenant aux successibles, car il faut bien remarquer qu'une fois le premier partage par souches consommé, il se forme à l'instant même de nouvelles indivisions, indépendantes de l'indivision primitive, et qui ont leurs co-propriétaires exclusifs avec des intérêts distincts et séparés de ceux de l'autre branche ou souche (1).

(1) *Contrà*, Bordeaux, 30 juillet 1838. DALLOZ, *Périod.*, 1839, II-29. Mais voy. dans notre sens, Bordeaux, 13 décembre 1838. DALLOZ, 1839, II-150. CHABOT, art. 836, n° 3. BELOST-JOLIMONT sur CHABOT, art. 827, obs. 1, *in fine*. BIOCHE, *V° Vente judiciaire d'immeubles*, n° 121, et DUTRUC, *Du partage*, n° 372.

436. — 5° Les juges de l'action peuvent-ils, au moyen d'un établissement de servitudes réelles, éviter la licitation des immeubles indivis qui seraient impartageables sans elles?...

La raison de douter est que dans les partages judiciaires, le magistrat n'est investi par aucun texte de loi, du pouvoir de créer des servitudes, et qu'il s'agit ici d'un établissement de services fonciers qui exigerait la capacité la plus étendue, c'est-à-dire celle d'aliéner. Il est bien clair, par exemple, que les juges commettraient un excès de pouvoir, si pour éviter une vente, ils mettaient dans un lot *la nue-propriété* et *l'usufruit* dans un autre, car ils n'ont reçu que la mission de *partager*, et ils ne doivent pas se permettre des combinaisons contraires à la nature même du partage (1). Mais la raison de décider par l'affirmative la question ci-dessus posée relativement *aux servitudes réelles*, se tire de l'histoire et de la position particulière qui est faite aux magistrats dans l'action qui nous occupe. Dans les *judicia divisoria*, l'office du juge était très-étendu, comme nous le verrons plus bas, et les principes du droit romain en cette matière, ont toujours été pratiqués en France dans une large mesure. Le législateur en voulant la fin, veut nécessairement les moyens. Il ne faut pas s'arrêter à des pointes d'ai-

(1) Voy. pourtant L. 16, §§ 1-2, ff. *Famil. erciscundæ*.

guilles. Dans l'action *familiæ erciscundæ*, *les co-partageants doivent s'incommoder, pour s'accommoder réciproquement* (1). En ces sortes d'affaires, le juge agit, pour ainsi dire, comme le mandataire des parties, à l'effet de mettre fin à l'indivision, pour le mieux de leurs intérêts. Rien n'est plus fréquent, dans les partages, que des constitutions de servitudes réciproques, notamment lorsqu'il s'agit de diviser une maison en deux pavillons, avec une cour ou un vestibule communs.

Cependant, il ne faut pas pousser les choses au-delà des justes bornes, et si, pour éviter une vente, il y avait nécessité de grever les héritages de servitudes très-onéreuses qui seraient susceptibles d'en diminuer considérablement la valeur ou l'usage, ce serait le cas d'ordonner *la licitation* (2).

437. — Notons, avant de passer à une autre matière, que, s'il y a des mineurs parmi les co-propriétaires indivis, les étrangers sont nécessairement admis à la licitation (Cod. Nap., art. 839). Lorsque tous les co-partageants sont majeurs, cette admission n'a lieu qu'autant qu'elle est requise par l'un d'eux (Cod. Nap., art. 1687). La loi veut tirer des biens impartageables en nature, le meilleur parti possible, et les co-proprié-

(1) DOMAT, *Lois civiles*, liv. I, tit. IV, sect. 1, n° 8. ULPIEN, L. 22, §§ 1-3, ff. *Familiæ erciscundæ*.

(2) Voy. DEMOLOMBE, *Success.*, tom. III, n° 658, et *Servitudes*, tom. II, n^os^ 729-732. DUTRUC, n° 369.

taires moins riches ne doivent pas souffrir de leur concours avec d'autres qui pourraient, sans cela, se rendre adjudicataires à vil prix.

SECTION II.

Des choses qui sont comprises dans l'action FAMILIÆ ERCISCUNDÆ. De la liquidation, de la composition des lots et du tirage au sort.

438. — MÉTHODE. — Arrivé à ce point, nous avons sauvegardé autant que possible le mobilier héréditaire par des mesures conservatoires, nous l'avons ensuite converti en argent pour acquitter les dettes de la succession, tout en nous réservant de partager l'excédant, le cas échéant, puis nous avons vendu les immeubles non commodément partageables. Il s'agit maintenant d'entrer dans une autre opération très-importante, qui se fait ordinairement par l'acte de partage lui-même, et que l'on appelle *la liquidation*, c'est-à-dire *le compte mobilier de l'hérédité*. Viendra ensuite la composition des lots, laquelle sera suivie de la clôture des opérations et enfin du tirage au sort. Nous terminerons cette section par quelques réflexions sur le système de la loi, mis en regard de l'office du juge de l'action *familiæ erciscundæ*. Voilà le sujet des quatre paragraphes suivants, bien que nous devrions peut-

être, en bonne méthode, *traiter des rapports*, en même temps que de la liquidation (1); mais comme la loi leur a consacré une section particulière, et comme cette section demande des développements qui, s'ils n'étaient donnés que incidemment à la composition de la masse générale, pourraient nuire à la clarté de notre exposition, nous réserverons cette partie importante du chapitre VI du livre III du Code Napoléon, pour être traitée dans un chapitre particulier. En cela, nous suivrons l'exemple de MM. Demante, Duranton et Demolombe.

§ 1er.

DES CHOSES QUI SONT COMPRISES DANS L'ACTION *familiæ erciscundæ*.

SOMMAIRE.

439. — Méthode.

440. — *Droit romain et droit français*. — Tout ce qui est héréditaire est compris dans l'action en partage ; tout ce qui ne l'est pas, n'en fait pas partie. Ce principe est encore vrai aujourd'hui.

441. — Application du principe à diverses hypothèses.

442. — Ce qui vient s'adjoindre ou s'incorporer aux choses héréditaires est aussi compris dans l'action *familiæ erciscundæ*.

(1) Cod. Nap., art. 829, 830.

443. — La chose usucapée *pro emptore* par l'héritier n'est pas comprise dans l'action, à moins qu'il ne la revendique comme ayant commencé à être possédée par le défunt.

444. — *Quid*, à l'égard des pécules des fils de famille?...

445. — Une chose peut être *héréditaire* et cependant n'être pas *commune*. Divers exemples. Dans ces cas, les choses dont il s'agit ne sont pas comprises dans l'action en partage.

446. — Il est une catégorie de choses qui, quoique héréditaires et communes, ne sont cependant pas comprises dans l'action en partage. Exemples.

447. — Transition *à la liquidation*.

---

439. — MÉTHODE. — Avant de traiter de la liquidation et de la composition des lots, il faut d'abord que nous sachions avec quoi nous y procéderons. Nous devons donc rechercher en cet endroit quelles sont les choses qui sont comprises dans l'action *familiæ erciscundæ*, et quelles sont celles qui n'y sont pas comprises.

440. — *Droit romain et droit français*. — La règle générale qui domine cette matière est que toutes les choses *héréditaires* sont comprises dans l'action *familiæ erciscundæ*, et que tout ce qui n'est pas *héréditaire* ne saurait en faire partie.

Ceci demande une explication qui n'est pas sans difficulté, parce que la compilation de Tribonien est très-

confuse au cas particulier. L'énumération des choses héréditaires et de celles qui ne le sont pas, y est disséminée dans une foule de textes qu'il faut absolument rapprocher si l'on veut avoir une idée juste du système romain en cette matière.

Et d'abord, quoique l'hérédité soit définie : *Successio in universum jus quod defunctus habuerit* au moment du décès, il ne faut pas moins y comprendre tout ce qui est venu s'y adjoindre et s'y incorporer depuis cette époque jusqu'au partage (1).

Par choses héréditaires on entend celles qui se trouvent dans le patrimoine du défunt, suivant l'un des modes d'acquérir reconnus par la loi. Si les textes ne parlent que des pigeons, des abeilles, des animaux domestiques enlevés par une bête féroce, mais non encore consommés, des legs faits sous condition, c'est uniquement parce qu'on aurait pu élever un doute sur la question de savoir si elles sont *héréditaires*. Les jurisconsultes classiques ne les mentionnent ici qu'à titre d'exemples. Cependant il faut bien remarquer qu'elles ne sont comprises dans l'action en partage qu'autant qu'elles se trouvent encore *in bonis defuncti*, c'est-à-dire dans la condition qu'elles avaient dans son patrimoine (2).

(1) L. 62, ff. *De regulis juris*.

(2) L. 8, §§ 1-2, ff. *Familiæ erciscundæ*, et L. 12, §§ 1-2, *eod. tit.*, et à cette occasion LL. 4 et 5, ff. *De acquir. rerum domin.*

441. — Sont aussi considérées comme faisant partie des biens du défunt :

1° Les choses qu'il aurait pu récupérer s'il en avait perdu la possession (1). A cette catégorie appartiennent les *prædia vectigalia et superficiaria*, à l'égard desquels se donnent des actions utiles (2)...;

2° Les choses possédées de bonne foi et qui peuvent être revendiquées au moyen de la publicienne (3) ;

3° Et les choses qui à raison de l'hypothèque consentie au profit du défunt, sont soumises à l'action hypothécaire (4).

Tout cela se trouve compris dans l'action *familiæ erciscundæ*, d'après les lois 10 et 29 de notre titre.

442. — Quant aux choses qui viennent s'adjoindre et s'incorporer aux biens héréditaires, elles figurent également dans la même action. Elles consistent : 1° dans l'alluvion (5) ; 2° dans le part des esclaves ; 3° dans le croît des animaux ; 4° et dans les fruits des héritages ruraux (6).

Il en est de même de tout ce qui a été donné aux

(1) Modestin, L. 52, ff. *De acquir. rerum dom.*

(2) Paul, L. 1, § 1, ff. *Si ager vectigalis.* Ulpien, L. 1, ff. *De superficiebus.*

(3) Ulpien, L. 1, ff. *De publiciariâ in rem action.* Inst. *De act.*, § 4.

(4) Instit. Just. *De actionibus*, § 7.

(5) L. 16, § 3, ff. *Fam. erciscundæ.*

(6) Paul, L. 11, ff. *Famil. erciscundæ.* Gordien, L. 9, au Cod., *eod. tit.*

esclaves héréditaires, et de tout ce qu'ils ont pu acquérir (1).

Enfin, sont encore comprises dans l'action *familiæ erciscundæ* toutes les acquisitions faites par les héritiers à la suite d'obligations contractées envers le défunt, ou d'une possession qu'il avait commencée utilement. C'est ainsi que les choses achetées par le défunt sont héréditaires, lors même que l'usucapion commencée en vertu de la tradition qu'il en aurait reçue, ne se consommerait qu'après son décès. En effet, l'origine de cette acquisition est *héréditaire*, puisqu'elle a lieu par suite de la jonction des possessions du *de cujus* et de ses héritiers. Il en serait encore ainsi, si la tradition ne s'était faite qu'à ces derniers, mais toutefois en exécution d'une vente ou d'une stipulation acceptée par le défunt (2).

443. — Voici un cas, à propos de l'usucapion, dans lequel on peut éprouver des doutes sur la question de savoir si la chose dont il s'agit est ou n'est pas *héréditaire*. Paul décide, dans la loi 9, § 1, ff. *De hæreditatis petitione*, que si l'usucapion *pro emptore* a été accomplie par l'héritier, la chose usucapée ne doit pas être comprise dans *la pétition d'hérédité,* parce que l'héri-

(1) Ulpien, L. 12, § 1, *eod. tit.*

(2) Paul, L. 9, *eod. tit.* Voy. aussi Instit. de Justinien, lib. II, tit. VI, *De usucap.*, § 12.

tier est demandeur et qu'il peut la revendiquer comme *sienne*, sans avoir à redouter d'exception qui serait de nature à faire triompher le possesseur ; d'où la conséquence, semble-t-il, que la chose litigieuse n'est pas *héréditaire,* puisqu'on la rejette de la pétition d'hérédité, et que par suite elle ne doit pas davantage figurer dans l'action *familiæ erciscundæ*.

Mais ce n'est là qu'une antinomie apparente entre les textes précités. La solution de la question dépend de l'intention dans laquelle se trouve l'héritier en poursuivant la chose dont il s'agit, et qu'on suppose avoir été acquise par l'usucapion. S'il agit comme l'ayant usucapée lui-même, elle ne saurait être héréditaire à aucun titre, puisque, dans cette hypothèse, elle n'a jamais été *in bonis testatoris*. Mais si au contraire, il poursuit la chose comme ayant commencé à être possédée par le défunt, bien que l'usucapion ne se soit accomplie qu'après le décès, nul doute qu'elle ne soit *héréditaire* et qu'elle ne soit comprise dans la pétition d'hérédité. Quand Paul dit, dans le texte précité, que la chose usucapée par l'héritier ne vient pas dans la pétition d'hérédité, c'est qu'il suppose que l'héritier véritable la revendique comme ayant été *exclusivement* usucapée par lui (1).

(1) Voy. DONEAU, *De judiciis divisoriis*, cap. VI-IV, tom. VI de ses œuvres, pag. 978.

444. — Il est souvent question dans les textes relatifs à l'action *familiæ erciscundæ* des pécules des fils de famille, et ces textes nous apprennent que tantôt ou doit les comprendre dans l'action en partage, et que tantôt ils en sont rejetés. Nous n'avons pas à nous en occuper ici, parce que nous aurons à en parler plus tard à l'occasion des rapports. En attendant, notons seulement *pour ordre,* que les pécules sont ou ne sont pas *héréditaires*, suivant qu'ils sont ou non *in bonis patris*.

445. — Nous avons vu plus haut que les choses qui ne sont pas héréditaires sont étrangères à l'action *familiæ erciscundæ*. Cela est bien évident ; mais ce n'est pas tout, car il existe certains biens qui ne sont pas *communs* quoiqu'ils soient *héréditaires*. On sent qu'ils ne sauraient, dans cette hypothèse, figurer à la masse partageable. Quand on dit qu'une chose est héréditaire en la matière que nous traitons, c'est comme si l'on disait qu'elle dépend de l'action *familiæ erciscundæ*, *en qualité de chose indivise* (1).

Or, une chose peut être héréditaire, et cependant n'être pas commune. Lorsque ce cas se présente, il est clair qu'elle ne tombe pas dans l'action *familiæ erciscundæ*. C'est ce qui arrive : 1° quand l'un ou plusieurs

(1) GAÏUS, L. 1, ff. *Familiæ erciscundæ. Hæredibus volentibus a communione discedere....*

des héritiers ont aliéné leurs parts dans la chose commune. Ils se sont retirés de la communion et l'action ne saurait procéder contre eux ; 2° quand la chose héréditaire se trouve divisée *de plein droit,* par exemple, s'il s'agit de créances ou de dettes divisibles (1) ; 3° enfin quand la chose est tellement indivisible par nature, qu'il faut nécessairement qu'elle appartienne à chaque héritier pour le tout et qu'il est impossible de concevoir qu'elle puisse lui appartenir pour partie. Exemple : le défunt a stipulé ou promis une servitude de passage, *actus iter* ou *via*. Les héritiers du stipulant ne peuvent la revendiquer pour partie, et s'ils sont demandeurs contre les héritiers du promettant, leur action procède utilement contre chacun de ces derniers pour le tout. Voilà pourquoi les stipulations et les obligations qui ont pour objet des choses indivisibles dans l'exécution, ne sont pas comprises dans l'action en partage (2).

(1) Les Romains appliquaient le principe de la division des créances et des dettes, dans toutes ses conséquences logiques. Sous le Code, nous sommes loin d'être unanimes sur les déductions qu'il semble entraîner à sa suite, à l'égard des créances comprises au partage. Du reste, à Rome comme en France, la divisibilité des créances n'était pas un obstacle aux transports réciproques que pouvaient s'en faire les co-partageants. Le juge *de l'action familiæ*, pour éviter les inconvénients du morcellement, pouvait les placer dans un seul lot. Mais alors l'abandonnataire n'en touchait toujours le montant que *partim proprio nomine*, et *partim procuratorio nomine*. L. 2-3, ff. *texte h.*

(2) Voy. à cet égard NERATIUS, L. 54, ff. *Famil. ercis.* PAUL, L. 25, §§ 9-10, *eod. tit.*, et GORDIEN, L. 6 au Code, *eod. tit., Famil. ercis.*

446. — Enfin, il existe une dernière catégorie de choses qui, bien qu'elles soient héréditaires et communes, ne sont pas pour cela comprises dans la masse partageable.

Ce n'est pas qu'elles soient indivisibles par nature, loin de là; mais elles ne doivent pas moins être rejetées du *judicium divisorium* par des motifs particuliers. Il s'agit ici d'une exception commandée par la morale, par la religion et par le bien public.

A cette catégorie appartiennent :

1° *Les poisons dangereux*. On doit les détruire ;

2° *Les mauvais livres ;*

3° Spécialement ceux qui traitent de *magie et de sorcellerie* et qui ont pour but de ridiculiser la morale et la religion.

Ces ouvrages doivent être expulsés du sanctuaire de la famille et par conséquent du partage. Notre siècle est beaucoup trop tolérant sous ce rapport, et un bon auto-dafé des mauvais livres et des mauvais tableaux aurait l'approbation des gens de bien. Toutes ces élucubrations de l'esprit du mal ne sont propres qu'à pervertir la jeunesse et à tarir dans sa source, le peu qui reste encore de respect, en France, pour l'autorité légitime. C'est bien plutôt des calmants que du poivre qu'il convient d'appliquer à une société sans foi qui croit pouvoir remplacer par des émotions factices la paix intérieure que la pratique des vertus

chrétiennes peut seule donner. De là, ces succès scandaleux de mauvais livres et de mauvaises pièces de théâtre qui accusent la décadence de la famille et par conséquent de l'Etat.

4° *Les choses acquises à l'aide d'un crime* (1), et cela par deux motifs : soit parce qu'on ne saurait les considérer comme réellement *héréditaires* et que leur partage serait un outrage à la mémoire du défunt, soit parce qu'il ne peut exister de société valable relativement aux choses acquises honteusement (2). Le juge se rendrait complice d'une mauvaise action, s'il les comprenait dans des adjudications alors qu'il en connaîtrait l'origine.

5° *Les legs par préciput* (3). Ce n'est pas que la *præceptio*, comme l'appelle Théophile, ne soit pas *héréditaire*, mais c'est que le legs, ainsi fait, confère au légataire un *jus in re* tout aussi bien que le legs *per vindicationem*, à la différence des legs *per damnationem et sinendi modo*. On sait que cela a été modifié par Justinien qui a décidé que tout légataire quelconque aurait désormais le droit d'exercer à son choix, l'action réelle, ou l'action personnelle, ou l'ac-

(1) Ex peculatu, ex sacrilegio, aut latrocinio, aut adgressurâ. ULPIEN, L. 4. § 2, ff. *Famil. erciscund.*

(2) ULPIEN et POMPONIUS, L. 57, ff. *Pro socio.*

(3) Ce legs se faisait ainsi : *Præcipuam ille ex parte hæres habeto illam rem*, Voy. THÉOPHILE, *Paraphrase des Instit.*, lib. II, tit. XX, § 11.

tion hypothécaire (1).... Ce dernier système est encore le nôtre.

6° Les sommes auxquelles le testateur a donné une destination spéciale (2). On les distrait de la masse partageable.

7° Enfin, les instruments ou titres héréditaires communs qu'il convient de ne pas partager et qui doivent être remis en dépôt à celui des héritiers qui est choisi par tous pour les garder, à charge d'en aider les autres le cas échéant (3).

On sent que les legs *per præceptionem,* les sommes à destination spéciale et les titres de famille sont exclus de l'action *familiæ erciscundæ* par des motifs tout autres que ceux relatifs aux mauvais livres et aux choses acquises à l'aide d'un crime (4).

447. — *Transition.* — Cela dit sur les choses qui sont comprises dans l'action en partage, nous passons à la liquidation.

(1) Inst. Just., *De legatis*, § 11.

(2) ULP., L. 20, § 9, ff. *Famil. erciscund.*

(3) ULPIEN, L, 4, § 3, ff. *Famil. ercisc.* Voy. à cet égard, MULHENBRUCH, *Doctrina pandectarum*, § 224, notes 6–7 sur les choses indivisibles, et LL. 5 et 6, ff. *text. hic.* Conférez Cod. Nap,, art. 842.

(4) Voy. sur toutes ces matières, DONEAU, *De judiciis divisoriis*, tom. VI, pag. 975 et suiv., cap. VI, VII, X, XI, et MULHENBRUCH, § 716. Les manuels allemands, sous ce rapport, ne sont qu'un résumé du traité de DONEAU.

§ 2.

DE LA LIQUIDATION.

SOMMAIRE.

448. — Ce que signifie le mot *liquider*.
449. — Notion de la liquidation d'une succession.
450. — Des observations qui précèdent la liquidation.
451. — De la division de l'opération.
452. — De la composition de la masse *active*.
453. — De la composition de la masse *passive*.
454. — De la balance des masses.
455. — Attributions particulières à cause des dettes.
456. — Réflexions générales sur cette opération.

---

448. — *Liquider* une succession c'est la tirer au clair, c'est la débrouiller de manière que ce qui est incertain et non liquide devienne *certain et liquide*.

En droit, le mot *liquidation* s'applique à un grand nombre d'opérations juridiques. C'est ainsi que l'on dit : liquider une société, liquider une communauté, liquider les reprises d'une femme mariée, liquider des dépens, liquider des fruits qu'il s'agit de restituer, liquider des droits d'enregistrement, liquider la dette

publique, liquider les spéculations qui se font à la Bourse.

Nous n'avons à nous occuper ici que de *la liquidation* des droits indivis à laquelle donne lieu l'ouverture d'une hérédité.

449. — *Notion de la liquidation d'une succession.* — La liquidation d'une succession a pour objet le règlement des comptes que les co-héritiers peuvent se devoir réciproquement à l'occasion du décès de leur auteur et la composition de la masse générale de manière à la fixer définitivement. On sent qu'il serait impossible d'établir des lots et finalement un partage si on n'arrêtait pas préalablement la masse sur laquelle on doit opérer ; autrement on s'exposerait à se trouver dans la nécessité de refaire le lendemain ce qu'on aurait fait la veille.

Voilà le but que s'est proposé l'art. 828 du Code Napoléon, en renvoyant les parties devant un *notaire liquidateur*.

Autrefois, la mission dont il s'agit était confiée, dans les partages judiciaires, à un juge enquêteur ; mais on a senti que les liquidations ne pouvaient bien se faire que devant notaires. Ils ont avec leurs clients des communications beaucoup plus faciles que celles qui peuvent s'établir entre un juge et ses justiciables.

Aujourd'hui le renvoi devant notaire est une *né-*

cessité et non pas une *simple faculté* ainsi que l'avait d'abord décidé la Cour suprême (1).

C'est par le jugement même qui statue sur l'action en partage, que l'officier public désigné pour les opérations reçoit sa commission de la justice (Cod. procéd., art. 969).

Il procède seul comme un délégué du tribunal, sans témoins et même sans le concours des parties qui ne lui sont utiles que pour lui fournir les renseignements dont il peut avoir besoin (2).

S'il s'élève des difficultés en cours de son travail, il n'en est pas le juge. Il dresse un procès verbal des dires contradictoires en faisant sommairement mention des motifs invoqués de part et d'autre, puis il en est référé au juge-commissaire qui à son tour saisit le tribunal par une ordonnance à la suite de laquelle il fait son rapport à l'audience (3), le tribunal statue ensuite comme dans les matières sommaires (4).

Cela posé, examinons d'un point de vue général les éléments dont se compose la *liquidation*.

(1) Cass., rej., 26 avril 1808. DEVILL., tom. II, 1808, 1-520 et suiv. Mais voy. Cass., 19 juillet 1838. DEVILL., 1838, 1-889. La pratique s'est conformée à cet arrêt.

(2) Voy. à cet égard, Cod. procéd., art. 976, 977, 978, et sur toutes ces matières, MOLLOT, *Des liquidations judiciaires*, n^os^ 23-24. DEMOLOMBE, tom. III, *Succes.*, n° 662.

(3) Cod. procéd., art. 977.

(4) Cod. Nap., art. 823-837.

450. — Suivant l'art. 828 du Code Napoléon, on doit dans l'acte liquidatif établir les *comptes que les co-partageants peuvent se devoir réciproquement*. Mais on n'entre pas *ex abrupto* en matière. Il faut d'abord savoir de quoi il est question. De là la nécessité pour le liquidateur de commencer par éclairer les abords de l'opération compliquée à laquelle il va se livrer. Il arrive à son but par des observations préliminaires dans lesquelles il expose :

1° Le décès du *de cujus*, l'apposition des scellés et les dispositions de dernière volonté si le défunt a laissé un testament...;

2° La levée des scellés, l'inventaire et la vente du mobilier à propos de laquelle il se débarrasse bien vite du compte du commissaire-priseur, en notant avec soin comment cet officier public s'est libéré du reliquat dont il s'est trouvé débiteur, distraction faite de ses frais, déboursés et honoraires. Le produit net de la vente est appelé à figurer plus tard dans la composition de la masse active de la succession.

3° Si le mobilier n'a pas été vendu et si les héritiers majeurs l'ont partagé amiablement, il fait mention de cette circonstance dans une nouvelle observation qui vaut liquidation quant à cette portion des biens héréditaires. Il n'aura plus à s'en occuper.

4° Il passe ensuite à l'histoire de l'administration des biens héréditaires dans le temps intermédiaire.

Celui qui s'est chargé de cette administration a fait des recettes et des dépenses qui donnent lieu à un nouveau compte.

Il est important que le liquidateur y distingue les fruits des capitaux. Les revenus antérieurs au décès, et qui s'acquièrent jour par jour, doivent figurer à la colonne des fonds, tandis que ceux perçus à une époque postérieure composent la colonne des fruits. Cette distinction disparaîtra plus tard, quand la balance des masses active et passive sera connue, mais en attendant elle est nécessaire, notamment pour savoir à quel chiffre exact se monte l'avoir héréditaire au moment du décès.

Ordinairement la balance du compte d'administration fournit une nouvelle valeur mobilière qui est destinée, comme le reliquat du compte du commissaire-priseur, à figurer à la masse active dont nous aurons à nous occuper dans un instant.

5° S'il a été vendu quelques immeubles, on leur consacre une autre observation préliminaire, ainsi qu'à la masse des immeubles non vendus et qui sont destinés à être partagés en nature.

6° Une sixième observation a pour objet les rapports que peuvent se devoir les co-partageants. On y relate les constitutions de dot et généralement tout ce qui doit être considéré comme avancement d'hoirie; ce qui soulève quelquefois des questions fort délicates,

puis on y fixe définitivement à quel chiffre s'élèvent les sommes que chacun doit rapporter à la masse.

451. — Lorsque les allées de l'opération sont ainsi éclairées, on procède à la liquidation proprement dite que l'on divise en deux chapitres : l'un est consacré à la masse active et l'autre à la masse passive.

452. — *Composition de la masse active.* — On y fait figurer :

1° Le reliquat du compte du commissaire-priseur dont il a été parlé dans la première observation, ou la valeur du mobilier lorsqu'il n'a été ni vendu, ni partagé. Dans ce dernier cas, c'est l'inventaire qui en fait connaître le chiffre. . .;

2° L'énonciation avec détails de toutes les créances qui peuvent être dues à la succession, avec distinction des fruits et des capitaux. C'est encore dans l'inventaire, si les déclarations qu'il renferme sont exactes, que le liquidateur trouve les renseignements qui lui sont nécessaires.

3° Puis on porte dans un article particulier le résultat du compte des rapports dont le chiffre a été fixé dans la sixième observation préliminaire, ainsi que les intérêts des sommes rapportables à partir du décès jusqu'au jour que l'on prend pour la jouissance divise (art. 856).

Bref, on établit dans cette masse tout ce qui peut constituer une valeur active pour l'hérédité.

453. — *Composition de la masse passive.* — La masse passive se compose des dettes et des charges de la succession, c'est-à-dire :

1° Des frais funéraires;

2° Des frais de scellés et d'inventaire;

3° Des contributions qui peuvent être dues par la co-hérie;

4° Des droits de mutation;

5° Des dettes et des legs particuliers;

6° Des prélèvements à faire sur la masse active pour rétablir l'égalité entre les co-partageants, ce qui a lieu : 1° lorsque l'un des héritiers n'a pas eu sa part entière dans le partage du mobilier qui s'est fait en nature ou bien lorsqu'il s'est rendu adjudicataire à crédit pour une somme inférieure à celle des acquisitions que ses co-partageants ont faites à la vente mobilière ou immobilière; 2° lorsque les rapports s'effectuent en moins prenant. Il faut alors rétablir l'égalité des rapports entre tous et cela s'opère encore par des prélèvements sur la masse active;

7° Enfin des frais de comptes, liquidation et partage pour la somme à laquelle ils seront taxés. Comme on n'en connaît pas encore le chiffre, on ne doit les porter provisoirement que *pour ordre*. Si on les évalue, le juge les réduit en cas d'excès.

454. — *Balance des masses.* — Lorsque l'opération est arrivée à ce point, on balance les masses active et

passive et on sait ce qui reste net à partager. Il devient dès-lors très-facile de fixer définitivement les droits des co-partageants avant de passer à la composition des lots, au tirage au sort et aux abandonnements et fournissements qui ont pour objet de les remplir de ce qui leur revient à chacun.

455. — Il arrive souvent que l'un des héritiers se charge de payer les dettes et les legs à la décharge de la co-hérie. On sent que dans cette hypothèse il y a nécessité de lui attribuer plus qu'aux autres. On atteint au but proposé en opérant à son profit sur les plus clairs deniers de la masse active un prélévement égal aux sommes qu'il est chargé d'acquitter, de sorte que le reliquat produit par la balance des deux masses qui devra, dans un instant, servir à la composition des lots, se trouve diminué d'une somme égale au montant des prélèvements ainsi faits.

456. — *Réflexions.* — Voilà le cadre ordinaire d'une liquidation de succession sans incidents compliqués. C'est quelquefois un acte qui demande beaucoup de soin et d'intelligence. Pour bien dresser une liquidation et pour en faire un bon rapport en cas de référé au tribunal, il faut connaître le titre des successions, celui des donations et celui du contrat de mariage, et lors même qu'on a fait, en droit, des études sérieuses, on n'est encore apte à la chose qu'autant que l'on a *manipulé* la matière.

Ce qui arrête surtout la prompte expédition de ces sortes d'affaires, c'est la difficulté que l'on éprouve à se procurer tous les renseignements dont on peut avoir besoin.

Les inventaires, auxquels on ne procède du reste que dans les cas où ils sont indispensables, sont toujours *incomplets,* quelque soin qu'on y apporte. Il ne saurait en être autrement dans un pays où les citoyens sont peu habitués à tenir exactement *leurs écritures domestiques*. Nous ne sommes pas comme les Romains, des hommes *durs, secs et avares,* et nos *nomina transcriptitia* laissent beaucoup à désirer. De là des embarras sans nombre pour nos héritiers, lorsque vient le moment pour eux de dresser sans notre secours les bilans mortuaires ; de là aussi ces tiraillements regrettables entre les ministres de la juridiction contentieuse et ceux de la juridiction volontaire.

Si les magistrats savaient par expérience ce qu'il en coûte quelquefois de démarches, de soins, de recherches, de peines et même de tracas pour arriver à établir convenablement la liquidation d'une succession embrouillée, ils seraient certainement disposés à se montrer plus faciles qu'ils n'ont l'habitude de l'être quand vient le moment de la taxe des frais dus au notaire. Mais on ne voit que le chiffre réclamé. L'intérêt des justiciables dont on se regarde comme les protecteurs naturels, se dresse contre des prétentions qui

paraissent tout d'abord exagérées, et l'on finit assez souvent par des conflits fâcheux dans lesquels souffrent toujours et la dignité des uns et la réputation des autres !...

Il semble qu'un pareil état de choses exige un prompt remède de la part du législateur. Or ce remède ne peut être que dans un tarif obligatoire pour tous. Il n'est pas impossible, puisque les notaires en ont un par chaque arrondissement. Un règlement des honoraires équitablement fait, serait un immense service rendu tout à la fois à la justice, aux parties intéressées et aux notaires eux-mêmes!... Espérons que les vœux si souvent reproduits à cet égard finiront par être entendus (1).

Combien il serait à désirer aussi que l'administration du pays pût créer pour la magistrature, *à côté des facultés*, ce qu'elle a si heureusement créé *à côté de l'école polytechnique*, pour les mines, pour les ponts et chaussées, pour la marine, pour le génie et l'artillerie, c'est-à-dire des écoles *professionnelles* dans lesquelles

(1) Les notaires ont fait des tarifs obligatoires entr'eux, pour s'interdire la faculté de demander *moins* que ce qui s'y trouve porté ; en d'autres termes, ils n'ont entendu fixer que le *minimum* de leurs honoraires. Un règlement d'administration publique n'aurait qu'à retourner leur idée pour en fixer le *maximum*, et le problème serait résolu. Prétendre qu'un tarif est impossible est une grave erreur qui ne se soutient que parce qu'on a intérêt à perpétuer les abus. Presque tous les actes peuvent être législativement soumis à un *tarif*, et si les liquidations, les transactions et les actes de société présentent plus de difficulté que les autres à cet égard, ce n'est que dans les cas exceptionnels.

se compléteraient, à la sortie des cours, les connaissances que la licence et le doctorat supposent. Si au lieu d'un stage qu'ils sont censés faire, nos jeunes candidats à la magistrature passaient seulement deux ans *comme internes* dans une école d'application, pour obtenir un certificat d'aptitude, on ne les verrait pas, à leur début dans la carrière, s'arrêter devant des difficultés imaginaires.

Notre organisation judiciaire laisse quelque chose à désirer sous ce rapport. Il ne faut pas que l'on plaisante de Gaïus parce que ses élèves n'ont pas appris de lui l'art de taxer un état de frais !..... Le travail dans les études d'avoués ou de notaires n'aboutit que difficilement faute de direction. Les praticiens n'attachent pas *à la méthode* l'importance qu'elle devrait avoir, et deux ans passés dans une école d'application vaudraient mieux qu'un stage de cinq ans dans leurs études. Toutefois ce travail n'en est pas moins très-utile, et bien souvent nous avons vu des magistrats regretter plus tard de ne l'avoir pas fait dans leur jeunesse. Si j'avais eu un fils, j'en aurais fait *un maître clerc d'avoué* avant de lui permettre l'entrée des fonctions publiques. L'habitude des hommes et des affaires ne s'acquiert qu'en manipulant la matière. La théorie est insuffisante bien qu'elle soit nécessaire.

§ 3.

DE LA COMPOSITION DES LOTS.

SOMMAIRE.

457. — Du choix ou de la nomination des experts.
458. — Il faut composer autant de lots qu'il y a d'héritiers venant *de leur chef* ou *de souches co-partageantes*.
459. — Comment les experts accomplissent leur mission.
460. — L'article 832 du Code Napoléon donne plutôt un conseil qu'une règle impérative.
461. — Commentaire de cet article.
462. — Suite.
463. — Les créances peuvent figurer au partage *utilitatis causâ*.
464. — *Quid juris*, à l'égard des meubles ou immeubles que l'un des héritiers aurait vendus pendant l'indivision?

---

457. — Lorsque la liquidation est terminée et que tous les prélèvements ont été effectués, on compose les lots avec ce qui reste de la masse à distribuer. Les co-partageants choisissent ordinairement l'un d'eux pour procéder à cette opération importante. S'il y a dissentiment entr'eux à cet égard, ou si celui qui est

désigné ne veut pas accepter la commission, il y a lieu par le juge-commissaire de nommer un ou plusieurs experts étrangers, aux termes des articles 834 du Code Napoléon et 978 du Code de procédure. L'expert ou les experts choisis se livrent ensuite au travail qui leur est confié, et le notaire dresse procès-verbal du résultat de leur opération, avec mention des observations de ceux des co-partageants qui manifestent l'intention de la contester (Cod. procéd., art. 979) (1).

458. — Comme dans le système du Code le partage par voie d'attributions volontaires, suivant les convenances de chacun, n'est possible qu'autant que toutes les parties sont maîtresses de leurs droits et qu'elles sont d'accord à cet égard, et comme les partages judiciaires ne peuvent se faire valablement que par la voie du tirage au sort (2), il y a nécessité de composer autant de lots égaux qu'il y a de co-partageants venant de leur chef, ou de souches co-partageantes, si on se trouve dans le cas de la représentation (Cod. Nap., art. 743).

(1) Amiens, 21 décembre 1830. DEVILL., 1833, II-476. Cod. Nap., art. 835.

(2) C'est aujourd'hui un article de foi consacré par une jurisprudence constante. Cass., 26 août 1807. SIREY, 1807, I-437. Cass., 25 novembre 1834. DEVILL., 1835, I-253. Cass., 27 février 1838. DEVILL., 1838, I-216. Cass., 19 mars 1844. DEVILL., 1844, I-301, Cass., 26 avril 1847. DEVILL., 1847, I-610. Cass., 27 mars 1850. DEVILL., 1850, I-360. DEMANTE, tom. III, n° 163 *bis*, II. DEMOLOMBE, *Success.*, tom. III, n° 680 et tous les autres arrêts qu'il cite.

459. — Cela posé, voyons comment les experts chargés du soin de composer les lots vont accomplir leur mission.

Ils peuvent se trouver placés dans plusieurs hypothèses.

1° *Première espèce. — Tous les co-partageants succèdent de leur chef et pour des portions égales.* — Dans ce cas, il n'y a pas de difficulté, si comme on le suppose, les biens sont commodément partageables, eu égard aux droits des parties. L'expert ou les experts composent des lots égaux autant que possible, de manière que chacun puisse avoir sa part en nature; s'il y a quelques inégalités impossibles à éviter, on les compense par des retours ou soultes soit en rentes, soit en argent (Cod. Nap., art. 833).

2° *Deuxième espèce. — Tous les héritiers succèdent encore de leur chef, mais pour des portions inégales.* — Exemple : Le défunt a laissé trois successibles, son père et ses deux frères. Le père a droit au quart de la succession ou à deux huitièmes (Cod. Nap., art. 741-749), et les deux frères prennent le reste, c'est-à-dire chacun trois huitièmes. Il est évident que s'il n'était composé que trois lots, suivant les droits héréditaires, il serait impossible de les jeter au sort, puisqu'ils seraient *inégaux*. Il faut donc aviser au moyen de les tirer au sort, puisque c'est le seul mode de partage reconnu par la loi. Pour cela, on commence par faire

quatre lots de chacun un quart, au lieu de trois inégaux; puis on les jette au sort pour connaître celui qui doit échoir au père, c'est-à-dire à l'héritier du quart. Quand le lot du père est ainsi distrait de la masse à distribuer, on refait avec ce qui reste, deux autres lots égaux, et on les tire au sort à nouveau entre les deux frères. De cette manière, la loi et l'équité sont satisfaites, et aucun ne peut se plaindre, à moins qu'il ne s'en prenne au sort lui-même : ce qui se voit encore assez souvent.

Ainsi, lorsque la succession est déférée à des ascendants et à des collatéraux (art. 733), ou si elle est divisée en deux parts égales au cas de l'art. 748, il y a lieu de s'en tenir à la règle générale qui veut que tous les héritiers qui sont appelés individuellement de leur chef, soient lotis distinctement et également, sans que l'on puisse procéder par groupes, comme au cas de l'art. 831.

3° *Troisième espèce. — Les héritiers succèdent par souches.* — Dans cette hypothèse, les souches ne sont comptées que pour les têtes de ceux qui sont représentés (Cod. Nap., art. 743). On compose alors autant de lots qu'il y a de souches co-partageantes, sauf après une première attribution entre les souches par la voie du sort, à subdiviser ce qui est échu à chaque branche entre les membres qui en font partie (Cod. Nap., art. 836). Si la subdivision est impossible, il n'y a

d'autre moyen de sortir d'affaire que par la licitation, sans que l'on doive avoir égard aux frais qui, dans ce cas, se trouvent répartis inégalement par la force même des choses.

460. — La répartition des biens *de toute nature* entre les différents lots, est réglée par l'art. 832 du Code Napoléon. Mais il faut bien remarquer que la disposition de la loi est considérée par elle-même à cet égard, plutôt comme *un conseil* qu'elle donne aux co-partageants, que comme une *règle impérative* à laquelle ils doivent nécessairement se soumettre.

461. — Dans la formation des lots, dit l'article précité, on doit éviter, *autant que possible*, de morceler les héritages et de diviser les exploitations. C'est qu'en effet, le morcellement des héritages et la division des exploitations qui exigent souvent des ruptures d'assolements et des isolements qui en sont la suite, sont susceptibles de nuire à l'agriculture et de diminuer notablement la valeur et la production des héritages ruraux. La loi conseille aux parties de s'arranger de manière que ces inconvénients soient palliés autant que faire se peut.

Mais, quelle que ait été sous ce rapport, la sage prévoyance du législateur, il faut avouer qu'il est loin d'avoir atteint son but. Car le système de division sans limite qu'il a adopté pour consacrer l'égalité entre les successibles, produit déjà dans certaines localités des ré-

sultats tels qu'il sera dans un avenir plus ou moins éloigné, obligé d'intervenir avec son pouvoir souverain, pour fixer une contenance quelconque, au-dessous de laquelle il sera interdit de diviser davantage. Il y a dans nos Ardennes, sur le bassin de la rivière d'Aisne, où le sol est très-riche dans certains villages, des faches entières de terrain qui ne peuvent plus se cultiver qu'à la bêche. Les terres divisées et subdivisées à l'infini par la loi des successions, y deviennent trop petites pour que la charrue puisse exécuter sa manœuvre à la retourne.

Ce n'est pourtant pas que la propriété ainsi fractionnée en petites parcelles, produise moins que du temps de nos ancêtres avec leur droit d'aînesse et leurs autres institutions de même nature ; il est certain, au contraire qu'elle produit au moins un tiers de plus. Mais c'est que le système du Code n'est réalisable utilement que pour les vignes, les jardins et, en général, pour les cultures maraîchères. Or il ne faut pas perdre de vue que la culture des céréales est, en définitive, la véritable richesse du pays.

462. — L'art. 832 ajoute qu'il *convient de faire entrer dans chaque lot, s'il se peut, la même quantité de meubles, d'immeubles, de droits ou de créances de même nature et valeur.*

En ce qui concerne les meubles et les immeubles, cela ne souffre pas de difficulté ; mais il en est autrement

en ce qui concerne *les droits et les créances*. Et d'abord, il est évident que *les droits réels*, *la propriété exceptée*, sont très-rarement appelés comme *tels* à figurer dans les partages. L'usufruit, l'usage et l'habitation sont des servitudes personnelles qui s'éteignent avec le *de cujus*. Il n'y a donc pas lieu de les comprendre comme valeurs, *sui generis*, dans la composition des lots. Les servitudes foncières sont inséparables des fonds dominants dont elles sont des qualités particulières. L'hypothèque est attachée à la créance *sicut lepra cuti* et elle en suit la condition. S'il existe un usufruit sur quelque immeuble héréditaire, il constitue une charge à défalquer de la valeur de l'immeuble qui ne figure plus à la masse partageable que moins l'estimation qu'il convient de lui donner suivant les probabilités de la durée de l'usufruit. Donc, la disposition de la loi ne peut recevoir son application que dans les cas très-rares où les droits réels dont il s'agit, survivent au défunt (Cod. Nap., art. 137-636).

463. — *En ce qui touche les créances*, les auteurs du Code Napoléon ont reproduit dans l'art. 832 la théorie romaine qui permettait également de les comprendre, *facilitatis causâ*, dans la composition des lots, bien qu'elles ne soient pas *indivises*. Mais alors, puisque le partage s'en est opéré de plein droit au moment de l'ouverture de la succession (Cod. Nap., art. 1220), il nous semble que les abandonnataires des lots auxquels

elles ont été comprises, ne peuvent, en France comme à Rome, en toucher le montant que *partim proprio nomine et partim procuratorio nomine,* que par conséquent, sous ce rapport, le prétendu partage de choses non indivises ne doit être considéré que comme une véritable cession à signifier aux débiteurs à l'instar des transports ordinaires (Cod. Nap., art. 1690). C'est, au surplus, un point qui appellera spécialement notre attention, lorsque nous traiterons des effets du partage (1).

464. — *Quid juris,* à l'égard des meubles ou des immeubles que l'un des co-héritiers aurait vendus pendant l'indivision ? Ce co-héritier est-il fondé à demander que les choses qu'il a vendues lui soient attribuées pour lui tenir lieu de sa part, si d'ailleurs les autres co-héritiers n'ont pas d'intérêt à s'y opposer?...

Dans le système du Code Napoléon, il faut décider cette question par *la négative*. Le prélèvement désiré par l'héritier vendeur serait une violation manifeste de la règle qui ordonne le tirage au sort. Il est à regretter que cette règle ne comporte pas d'exceptions dans les partages judiciaires. Aussi, malgré le texte formel de l'art. 834, le notaire commis arrange bien souvent les lots pour le mieux ; puis, comme en définitive, tout passe qui ne se débat, les co-partageants

(1) *Infrà*, tom. IV, n^os^ 291 et suiv.

finissent par accepter ce qu'il a cru devoir faire à cet égard. Pour sauver les apparences, dans de telles circonstances, on a recours *à la transaction* que la loi autorise, même pour les mineurs et les interdits, et de cette manière, on évite le tirage au sort. Ces petites fraudes à la loi sont très-licites. Les co-partageants ne se livrent, en définitive, dans ces hypothèses, qu'à un acte qui leur est permis. Toutefois, j'ai vu bien souvent mes collègues regretter que la proposition faite par M. Maurat-Ballanche à la Chambre des députés, lors de la discussion de la loi du 2 juin 1841, n'ait pas abouti. D'après le *Moniteur* du 30 avril 1841, cette proposition était ainsi conçue : « Si les droits des co-
« partageants sont inégaux, le tribunal *pourra*, après
« avoir pris l'avis du conseil de famille, s'il y a parmi
« eux des mineurs ou des interdits, *ordonner par voie*
« *d'attribution* le prélèvement des lots inégaux, mais
« il fera tirer au sort tous les lots qui en seront suscep-
« tibles (1). » Un article de loi ainsi conçu serait parfois bien utile pour éviter les licitations, mais le législateur n'a pas cru devoir modifier le Code civil dans un réglement de procédure, et la proposition a été rejetée. La question se représentera un jour, et M. Maurat-Ballanche aura raison, parce que l'expé-

(1) On pourrait même aller plus loin sans danger. Les partages judiciaires devraient, au besoin, pouvoir se faire comme les partages amiables par voie d'attributions, dans tous les cas.

rience des faits confirme tous les jours la justesse de sa pensée. La licitation est une expropriation forcée, et on ne doit y recourir que quand il est absolument impossible de procéder autrement.

§ 4.

CLÔTURE DES OPÉRATIONS ET TIRAGE AU SORT.

SOMMAIRE.

465. — A. *Du procès-verbal de clôture des opérations.*
466. — Des contestations incidentes.
467. — Dépôt au greffe du procès-verbal des difficultés.
468. — Le juge-commissaire renvoie les parties à l'audience.
469. — Du cas où toutes les parties n'ont pas comparu devant le notaire.
470. — Le dépôt au greffe de l'expédition de la liquidation remise à la partie la plus diligente pour en suivre l'homologation, n'est pas nécessaire.
471. — B. *De l'homologation.*
472. — En cas de défaut de l'un des co-partageants devant le notaire, tous doivent être appelés à l'homologation devant le tribunal.
473. — Le jugement n'est pas susceptible d'opposition, mais il est sujet à appel.
474. — Du cas où la liquidation-partage contient des erreurs matérielles.

475. — C. *Du tirage au sort.*

476. — D. *De la délivrance des lots.*

477. — Réflexions sur le système et *méthode.*

478. — E. De l'office du juge romain dans les *judicia divisoria.*

479. — Suite. L'étude du droit romain est encore utile en cette matière.

---

465. — A. — Lorsque les opérations en sont là, le notaire commis convoque les parties dans son cabinet, pour leur soumettre son travail, et dresser procès-verbal des contestations, si il n'est pas approuvé complètement.

N'est-il fait aucune observation ? il rédige un procès-verbal de clôture, de même qu'il en a dressé un autre auparavant, lors de l'ouverture des opérations. Il le fait signer par les co-partageants ou il constate l'impossibilité ou leur refus de le signer. L'état des comptes, liquidation et partage auquel il a procédé seul, en vertu de sa commission, vient s'annexer aux procès-verbaux d'ouverture et de clôture, et le tout ainsi réuni, forme un ensemble que l'on appelle un acte de *liquidation-partage de droits indivis.*

466. — S'élève-t-il dans le cours des opérations des difficultés telles qu'il faille absolument les trancher avant d'aller plus loin ? le notaire commis suspend son

travail et renvoie les parties devant la justice, pour y faire juger les points sur lesquels il est important d'obtenir une solution immédiate. Du reste, le tribunal peut toujours statuer sur les incidents tout aussi bien avant qu'après le rapport du notaire liquidateur (1).

467. — Comme le notaire commis n'a procédé qu'en qualité de délégué du tribunal, et comme il n'est, en aucune façon, le juge des différends qui ont pu se produire devant lui (2), il est obligé de déposer au greffe la minute du procès-verbal des difficultés qui se sont élevées entre les co-partageants. Dans cette hypothèse, il est fait par le greffier un acte de dépôt : lequel est signé par le notaire. Il est inutile qu'il soit expédié et signifié, les parties pouvant en prendre connaissance par la voie du greffe (3).

468. — Le juge-commissaire a incontestablement le pouvoir et même le devoir de tenter de concilier les parties, mais il lui est interdit de statuer sur les contestations qui font l'objet du procès-verbal. Au

(1) Cass., 25 juillet 1838. DEVILL., 1838, I-890. Cependant, cette manière de procéder a ses inconvénients. C'est un moyen de perpétuer les opérations et de faire naître des difficultés dont les parties sont moins les auteurs que les officiers ministériels. Pour éviter cet abus, il est des siéges où l'on renvoie à l'homologation toutes les difficultés incidentes de la liquidation.

(2) Quelques *bons considérants* du notaire liquidateur, dans *les observations préliminaires*, sont parfois très-utiles à la décision du litige. En fait, il est le premier juge des difficultés, et très-souvent, le plus important.

(3) Voy. ROLLAND DE VILLARGUES, *V° Partage judiciaire*, n° 156. CARRÉ, art. 981, Cod. procéd. Orléans, 28 mars 1843. *Palais*, tom. I, 1843, pag. 480.

tribunal seul appartient la *juris-dictio* des référés. Le renvoi à l'audience se fait par une ordonnance qui tient lieu d'ajournement. Aucune sommation n'est exigée (art. 837) (1).

469. — C'est ainsi que les choses se passent le plus souvent, mais il peut se faire que toutes les parties n'aient pas répondu à l'invitation du notaire lorsqu'il leur a donné rendez-vous pour entendre la lecture de son travail et pour concourir à la clôture du procès-verbal. Dans ce cas, il y a lieu par le poursuivant, de les sommer à l'effet par elles de se présenter en l'étude du liquidateur à tel jour et à telle heure indiqués. Si toutes ne comparaissent pas ou si quelques-uns des co-partageants refusent de signer le procès-verbal, le notaire constate leur défaut ou leur refus de signer, puis il remet l'expédition de son travail à la partie la plus diligente pour, par elle, en poursuivre l'homologation conformément à l'art. 981 du Code de procédure. On sent, en effet, que le partage judiciaire n'est pas un contrat ordinaire et que par conséquent le concours volontaire de toutes les parties n'y est pas indispensable puisqu'il s'agit, au fond des choses, d'une opération *nécessaire*.

470. — Le dépôt au greffe dont il a été parlé ci-

(1) Cod. procéd., art. 977, 3°-4°. Orléans, 16 août 1809. *Palais*, à sa date. CHABOT, art. 837, n° 1. Voy. pourtant TOULLIER, tom. IV, n° 424.

dessus n'est pas de rigueur lorsque l'expédition de la liquidation-partage a été remise à la partie la plus diligente pour en poursuivre l'homologation (1).

471. — B. — *De l'homologation.* — Au jour indiqué par le juge-commissaire dans son ordonnance de renvoi, ce magistrat fait son rapport en audience publique et le tribunal homologue, s'il y a lieu, sur les conclusions du ministère public dans les causes où il doit être entendu (Cod. procéd., art. 981).

C'est une règle générale dans notre droit que les actes de liquidation dressés en vertu d'une commission de la justice, doivent être homologués pour acquérir le sceau de l'autorité publique. Jusque-là, ils ne sont que de simples projets non exécutoires en vertu de la formule parée (2).

472. — Il résulte de l'art. 981 du Code de procédure que tous les co-partageants doivent être appelés au rapport du juge-commissaire, lorsque l'un d'eux a fait défaut devant le notaire liquidateur.

Du reste, l'intervention des défaillants est admise jusqu'au jugement, quelque sommation qui ait pu être faite de se présenter en l'étude du notaire (3).

473. — Le jugement d'homologation obtenu sur

(1) Riom, 23 avril 1834. DEVILL., 1834, II-410.

(2) Voy. Paris, 7 novembre 1847. *Palais*, tom. II, 1848, pag. 551.

(3) Paris, 20 février 1832. *Palais*, à sa date.

la poursuite de la partie la plus diligente n'est pas susceptible d'opposition. Il n'y a jamais lieu à réassigner les défaillants en cette matière (1). Il suffit que les intéressés aient été sommés de se présenter en l'étude du notaire liquidateur et devant le tribunal pour le jour du rapport, si quelques-uns ont fait défaut devant le notaire, pour que le jugement soit réputé contradictoire à l'égard de tout le monde (2).

Mais si le jugement dont il s'agit n'est pas susceptible d'opposition, il peut toujours, en principe, être attaqué par la *voie de l'appel*, lors même qu'il aurait été prononcé en l'absence de toute contestation. Il y a donc nécessité de le signifier, ne serait-ce que pour faire courir les délais d'appel (3).

474. — *Quid*, s'il avait été compris par erreur dans la masse partageable des meubles ou des immeubles que l'on croyait héréditaires tandis qu'ils ne l'étaient pas ?

Le jugement d'homologation ne serait pas un obstacle à la revendication du légitime propriétaire, sauf, bien entendu, le recours en garantie du co-héritier évincé contre ses co-partageants, jusqu'à concurrence

(1) Arg. de l'art. 981 du Code de procédure.

(2) Paris, 22 décembre 1838. DALL., 1839, II-35. BIOCHE, *V° Partage*, n^os^ 187-189. DUTRUC, *Traité du partage*, n° 464.

(3) Voy. Paris, 22 décembre 1838. DALL., 1839, II-35. DUTRUC, n° 464. Paris, 10 août 1838. *Palais*, 1838, tom. II, pag. 126.

du préjudice souffert par suite de l'éviction, *ex causâ antiquâ* (1).

Nous pouvons même tenir pour constant que, toutes les fois qu'une liquidation-partage renferme *des erreurs ou des omissions matérielles*, les parties lésées peuvent toujours en demander la réparation, même après l'exécution et cela malgré le jugement d'homologation ou toute sorte de traité, même devenus définitifs (2).

475. — C. — *Du tirage au sort.* — Le tirage au sort est de rigueur dans les *partages judiciaires*, à moins que toutes les parties ne soient majeures et maîtresses de leurs droits, et qu'elles ne consentent à des abandonnements par voie d'attributions (3). C'est le jugement d'homologation qui ordonne le tirage au sort (Cod. procéd., art. 982), et il y est procédé par le notaire commis ou par le juge-commissaire (Cod. procéd., art. 975-969). Si cette opération se fait en l'étude du notaire, il en dresse procès-verbal pour être conservé au nombre de ses minutes; si c'est le juge-commissaire qui tire les lots au sort, le greffier constate ce qui s'est passé dans un procès-verbal dont l'entérinement n'est exigé par aucun texte de loi.

(1) Voy. Cass., 23 novembre 1844. *Palais*, tom. I, 1845, pag. 468.

(2) Lyon, 15 juin 1848. *Palais*, tom II, 1848, pag. 267.

(3) *Suprà*, n° 458.

476. — D. — *De la délivrance des lots.* — L'art. 982 du Code de procédure dispose que le juge-commissaire ou le notaire fait la délivrance des lots aussitôt après le tirage au sort. En quoi peut consister cette délivrance? De la part du notaire, on conçoit que s'il est nanti des titres particuliers à chaque lot, il pourra immédiatement les remettre en exécution de l'art. 842 du Code Napoléon, mais lorsque le tirage au sort s'est fait devant le juge-commissaire, il n'a pas d'autre délivrance à effectuer qu'un envoi en possession intellectuel qu'il prononce au profit de chaque co-partageant. Autrefois, c'était l'aîné de la famille que l'on constituait dépositaire des titres non compris dans le partage (1); aujourd'hui il y a lieu de suivre les prescriptions de l'article 842 précité; mais une précaution bonne à prendre relativement aux titres communs consiste à en faire un inventaire sommaire dans le partage lui-même, afin que l'héritier désigné pour les conserver à charge d'en aider ses co-partageants, ne puisse jamais nier le dépôt.

477. — *Réflexions sur ce qui précède et Méthode.* — Telles sont les formes du partage judiciaire en France. Si nous méditons un instant sur l'ensemble du système, nous y voyons chaque rouage s'y mouvoir à sa

(1) L. 6, ff. *De fide instrumentorum.* C'est ce qui se pratique encore le plus souvent conformément aux convenances.

place dans le but d'arriver le plus vite possible à la conclusion définitive, en même temps qu'il est donné à ceux des co-partageants qui sont incapables de se défendre eux-mêmes, toutes les garanties désirables. Le tribunal au sommet, le juge-commissaire et le notaire-liquidateur à ses ordres, y remplacent avec avantage, quoique avec des pouvoirs moins tranchants, le juge romain de l'action *familiæ erciscundæ;* et nous pouvons constater avec plaisir que l'application journalière du Code Napoléon en cette matière, démontre de plus en plus que, à part quelques rares exceptions nécessitées par des circonstances particulières, les procédures dont il s'agit aboutissent bien plus facilement aujourd'hui que du temps de nos anciens Parlements. Toutefois, comme il n'existe pas d'institution qui n'ait ses côtés faibles, nous regrettions, dans l'intérêt de la conservation des biens patrimoniaux, et à raison peut-être de l'aversion instinctive que nous inspire *la licitation judiciaire* des immeubles de la famille, que la proposition de M. Maurat-Ballanche dont nous avons dit un mot plus haut, n'ait pas réussi à s'y faire admettre. Il n'y aurait, suivant nous, aucun danger à permettre aux tribunaux de procéder aux partages judiciaires par voie d'attributions, toutes les fois que le besoin s'en ferait sentir. Ils n'useraient de ce droit qui leur manque qu'avec réserve.

Pour compléter, au point de vue des législations

comparées, l'exposition de la partie du sujet qui nous occupe en ce moment, il ne nous reste plus qu'à résumer en cet endroit le système romain en ce qui touche l'office du juge dans l'action *familiæ erciscundæ*. Nous ne devons pas perdre de vue qu'il ne faut rien négliger en fait d'origines, et que l'histoire interne du droit est devenue une nécessité de la littérature juridique moderne.

Nous allons donc jeter un coup-d'œil rapide sur *le juge romain* aux prises avec sa formule et avec ses co-partageants à lotir suivant leurs droits héréditaires. Puis nous reprendrons notre course à travers ses rapports et ses prestations personnelles que les auteurs du Code ne pouvaient manquer de mettre aussi à profit, dès qu'ils voulaient l'égalité complète entre les héritiers comme fondement de la bonne harmonie dans la famille. Si l'ancien proverbe *Rara concordia fratrum* n'a pas cessé d'être vrai, c'est au mystère de Caïn et d'Abel qu'il faut s'en prendre et non pas à eux ; car ils ont fait tout ce qu'il était humainement possible de faire pour le bannir de la législation, tout en laissant au père de famille le pouvoir et les moyens d'imposer au besoin le respect de son autorité à ceux de ses enfants qui auraient le malheur de la méconnaître (Cod. Nap., art. 913 et suivants).

Le système de nos Codes en ces matières n'a qu'un seul défaut, c'est celui *de coûter trop cher*. Les détails

et le fisc pourraient y être soumis à une révision sérieuse.

478. — E. — *De l'office du juge romain dans les judicia divisoria. — En droit romain,* les *judicia divisoria* appartiennent à la catégorie des actions dites *bonæ fidei* (1) : ce qui signifie que le juge y a des pouvoirs plus étendus que dans les actions personnelles *stricti juris* et que dans les actions *in rem*. On comprend en effet que la formule de l'action *familiæ erciscundæ* doit conférer au juge qu'elle investit du mandat de partager l'hérédité indivise, tout à la fois les pouvoirs qui lui appartiennent dans les actions *personnelles* ordinaires, et ceux qu'il obtient dans les actions *réelles*, puisque *d'une part* il est appelé à y prononcer des condamnations de soultes ou de dommages-intérêts suivant les circonstances, et que *d'autre part* la loi lui reconnaît *le droit d'adjuger* telle ou telle chose à tel ou tel co-partageant qui en devient immédiatement propriétaire sans tradition : ce qui suppose en la personne *du judex* le pouvoir de juger même *sur la propriété*. C'est probablement de là que sont venues les expressions *tàm in rem quàm in personam* du § 20 du titre

(1) Arg. des LL. 4, § 2, et 14, § 1, ff. *Comm. divid.* Dans les actions *bonæ fidei*, le juge avait la latitude d'apprécier la demande d'après l'équité, et il pouvait y admettre dans sa sentence les prétentions contraires du défendeur, sans que l'exception de dol y eût été insérée : ce qui n'avait pas lieu dans les actions *stricti juris*. Voy. ZIMMERN, §§ 73 et 73 *bis*.

des actions des Institutes appliquées à l'action en partage.

Cela posé, prenons le juge romain au sortir de *l'album du Prétoire* et des formalités préliminaires *de la litis-contestatio*, pour le suivre dans ses opérations.

1° Nous savons que son mandat consiste à partager l'hérédité indivise, et que toutes les choses héréditaires communes (l'action *familiæ erciscundæ* étant universelle) se trouvent comprises d'une manière générale dans *la deductio in litem*. Il résulte de là que s'il a le malheur de laisser une partie de l'hérédité dans l'indivision, contrairement à la mission qu'il a reçue de la diviser (1), ou si dans ses condamnations et absolutions il omet de statuer à l'égard de l'un des co-partageants (2), le tout conformément aux lois, aux constitutions impériales, aux sénatus-consultes, au droit prétorien que le magistrat ne manque jamais de rappeler au moment de la délivrance de la formule, et à l'opinion commune des prudents *(moribus)* (3)..., tout ce qu'il aura fait *sera nul*, non pas seulement *relativement*, mais *absolument* à l'égard de toutes les parties en cause, parce que la chose jugée *est indivisible* et

(1) Judex familiæ erciscundæ nihil debet indivisum relinquere. PAUL, L. 25, § 20, ff. *Familiæ erciscundæ.*

(2) PAUL, L. 27, ff. *eod. tit.*

(3) Justin. Instit. *De officio judicis.*

qu'il est impossible qu'elle vaille pour une partie et qu'elle ne vaille rien pour l'autre (1) ;

2° A l'inverse, si quelques biens héréditaires n'ont pas été compris dans *la deductio in litem*, par exemple si les co-héritiers ont préféré laisser quelques objets en commun, la sentence du juge de l'action *familiæ erciscundæ* n'en est pas moins valable pour tout ce qui a été soumis à son arbitrage ; et si plus tard les co-héritiers veulent sortir d'indivision, même par rapport aux objets restés en commun, c'est le cas pour eux de procéder non pas par l'action *familiæ erciscundæ* qui ne se donne qu'une fois, mais par l'action *communi dividendo* (2) ;

3° La loi conseille au juge de l'action *divisoire* de se conformer aux désirs des co-partageants, lorsqu'ils tombent d'accord sur ce qu'il convient de faire pour arriver au partage des héritages de la succession de la manière la plus avantageuse pour tous (3).

Que si les parties ne parviennent pas à s'entendre sur les lotissements à faire, le juge doit avant tout suivre la volonté du testateur, s'il en a manifesté une sur la division du patrimoine héréditaire. Toutefois,

(1) L. 27 précitée et à cet égard PAUL, L. 19, § 1, ff. *De receptis*.

(2) ULPIEN, L. 20, § 4. DUCAURROY, sur l'art. 822 du Code Napoléon, tom. II, n° 660, note 3, interprète les textes romains autrement ; mais voy. la L. 13, ff. *Comm. divid.*

(3) ULPIEN, L. 21, ff. *Comm. divid.* Comp. Cod. Nap., art. 832.

les choses ne peuvent se passer ainsi que *salvâ falcidiâ,* c'est-à-dire que le juge doit s'arranger de manière que ses assignations de parts ne puissent porter atteinte aux réserves ou retenues qui résultent de cette loi au profit des héritiers (1);

4° Le testateur a-t-il chargé spécialement l'un des héritiers du paiement de ses dettes? Nul doute que le juge de l'action divisoire ne doive le contraindre à exécuter l'obligation qui lui est imposée. Mais il est bien entendu que c'est à la condition que le quart franc de sa part lui restera libre, suivant la falcidie; d'où il suit que dans cette hypothèse le juge ne doit le condamner à garantir ses co-héritiers contre l'action que les créanciers de la succession pourraient exercer contre eux en vertu du principe de la division, que jusqu'à concurrence des trois quarts de la portion qui lui revient (2);

5° Supposons maintenant que le testament est muet sur le mode à suivre par les héritiers qui veulent sortir de l'indivision, et examinons l'office du juge lorsque ce cas se présente. On sent qu'ici, ses allures sont beaucoup plus libres que dans les espèces dont il vient d'être question. Son premier devoir est de rechercher d'abord quelle est la part idéale qui revient à chacune

(1) L. 21. LL. 16 et 24 au Cod. *Familiæ erciscundæ.*

(2) L. 20, § 5, ff. *Famil. erciscundæ.*

des parties en cause, pour ensuite les lotir conformément à leurs droits respectifs. Ce n'est pourtant pas que dans ses assignations, il soit tenu de partager chaque chose héréditaire prise individuellement, eu égard aux quotités qui reviennent aux co-partageants; ce mode de division serait le plus souvent impraticable.

Il doit au contraire distribuer les biens de manière à composer les lots pour la plus grande commodité de tous, et afin que chaque co-partageant obtienne *des choses entières*, si cela est possible. Ce principe ne souffrira pas de difficulté lorsqu'il se trouvera dans la succession des corps certains de même nature qui pourront commodément entrer dans chaque part, puisque les échanges réciproques s'opéreront par les assignations elles-mêmes. Mais *quid,* si ce mode de procéder ne peut être mis à exécution? Dans cette hypothèse, la loi romaine autorise le juge à adjuger le tout à un seul (1). C'est ce qui a lieu quand, par exemple, l'hérédité ne se compose que d'un seul objet reconnu impartageable en autant de parts qu'il y a d'héritiers.

Mais on sent que si le partage par fractions de l'héritage héréditaire est possible, c'est le cas par le juge de le diviser par régions *(regiones)* et de les adju-

(1) Ulpien, L. 55, ff. *Famil. ercisc.*

ger à chacun des co-partageants pour composer leurs parts (1).

6° Comme la mission du juge l'oblige à ne rien laisser dans l'indivision, il ne lui est pas permis d'adjuger une chose héréditaire indivisément à plusieurs co-partageants, à moins toutefois que la chose n'ait été léguée par préciput à deux ou plusieurs héritiers, auquel cas il est lié par la volonté du testateur (2).

Nec obstat le § 20 de la loi 25 où il est dit que *judex familiæ erciscundæ nihil debet indivisum relinquere;* car ce paragraphe n'a en vue que les choses communes *ex hæreditate* et non pas celles qui doivent rester communes dans certaines limites, *d'après la volonté du testateur* (3). Or il est clair que la chose léguée à plusieurs *per præceptionem,* par préciput, n'est pas commune *ex hæreditate,* mais seulement *partim ex legato* et *partim ex jure hæreditario*. Les co-partageants ne la possèdent pas *tanquàm hæredes*. Aussi ne sera-ce pas le cas de l'action *familiæ erciscundæ,* mais bien celui de l'action *communi dividundo,* quand les légataires voudront sortir d'indivision par rapport à la chose qui leur a été léguée *conjunctim* (4).

(1) Voy. Just. Instit., *De officio judicis*, §§ 4-5. ULP., L. 22, § 2, ff. *texte h.*

(2) L. 20, § 1, ff. *texte h.*

(3) Voy. à cet égard NÉRATIUS, L. 54, *texte h.*

(4) L. 2, ff. *Comm. dividundo.*

7° *Adjuger*, *assigner* sont deux expressions qui ont, dans le système romain, la même signification. L'adjudication consiste dans l'attribution des choses héréditaires que le juge prononce au profit de chaque héritier, de sorte que par cet événement juridique où tout vient aboutir, l'adjudicataire est fait *ipso jure*, sans qu'il soit besoin de tradition, propriétaire de ce qu'il n'avait pas auparavant (1). Toutefois, le juge doit dans ses adjudications s'arranger de manière que l'un n'ait pas plus que l'autre proportionnellement : ce qui n'est pas toujours facile dans les partages en nature. Mais il y a un moyen de rétablir l'égalité des lots dans le droit qui lui appartient de prononcer des condamnations pécuniaires : ce qu'il fait en estimant le tout pour connaître la part de chacun, *in tantùm pecuniæ condemnabit, quantò socio opus est, ut æquam partem æstimationis ferat*. Ainsi pour qu'il y ait lieu à condamnation, il est nécessaire qu'il soit procédé préalablement à une estimation certaine des choses à partager (2).

8° L'estimation préalable se fait soit par le juge lui-même, ou par le résultat des enchères dans le cas de

(1) Voy. sur les adjudications et les condamnations, THÉOPHILE sur le § 4 du titre *De officio judicis* aux Institut. de Justinien, et à cet égard, LL. 36 et 52, § 2, ff. *Familiæ erciscundæ*.

(2) L. 52, § 3, *eod. tit.*

la licitation. Celui qui reste adjudicataire emporte la chose. Dans cette hypothèse, le partage est assimilé à une vente, *emptionis vicem obtinet,* avec cette particularité toutefois que la tradition y est inutile pour la translation de la propriété : ce qui n'a pas lieu dans la vente volontaire.

Que si, au lieu de *liciter*, le juge attribue ou adjuge des choses particulières ou des portions de choses communes à chacun des co-partageants, le partage n'est pas une *vente,* mais *un échange* (1).

9° Dans la composition et l'attribution des lots, le juge a le pouvoir, bien que cette faculté dérive du droit de disposer en maître, d'imposer des servitudes comme charges de tel fonds en faveur et au profit de tel autre (2).

Bien plus, son office va jusqu'à pouvoir, en quelque sorte, *dénaturer* le partage ; car, non-seulement on lui permet d'adjuger les choses communes à un seul, afin que ce dernier puisse les adjuger à son tour à d'autres co-partageants, mais il est encore quelquefois autorisé à mettre *l'usufruit* dans un lot et la *nue-propriété* dans un autre (3) !...

10° On n'adjuge pas les choses qui n'ont pas de va-

(1) Voy. *suprà*, n° 345.

(2) L. 22, § 3, ff. *eod. tit.*

(3) L. 6, ff. *De usufructu.* L. 16, §§ 1-2, ff. *Famil. ercisc.*

leur en elles-mêmes, les titres, les tablettes du testament et autres choses semblables. Si les co-partageants ne s'entendent pas sur celui d'entr'eux qui doit en être dépositaire, le juge ordonne leur dépôt dans un lieu public (1). Ce qu'il y a de certain c'est qu'il n'a pas le droit de les liciter (2).

11° Nous avons vu précédemment que les créances ne sont pas comprises dans l'action *familiæ erciscundæ*. Cela n'était pas un obstacle à ce que le juge les fît entrer dans la composition des lots, de manière à les placer plutôt dans l'un que dans l'autre, *utilitatis vel facilitatis causâ* (3). Mais cette attribution n'avait pas les caractères de l'adjudication des *choses héréditaires communes*. L'abandonnataire n'en poursuivait le paiement que *partim proprio nomine, partim procuratorio nomine,* ainsi que nous l'avons déjà noté (4).

479. — Telles sont les bases du système romain sur l'office du juge des actions divisoires. On voit que ses pouvoirs y sont plus étendus que ceux du juge français.

Toutefois, si l'on ne s'attache qu'au fond des choses, et si l'on met de côté les questions de forme et

(1) L. 4, § 3, ff. *eod. tit.* L. 5, *eod.*

(2) L. 6, ff. *eod tit.*

(3) L. 3, ff. *Familiæ erciscundæ.*

(4) *Suprà,* n° 233.

les effets particuliers que notre législateur attribue aujourd'hui aux partages (art. 883), on arrive à conclure que les deux systèmes ont beaucoup de points de contact l'un avec l'autre, et que l'étude des lois romaines n'est pas à négliger pour l'intelligence du Code Napoléon en cette matière.

BIBLIOTHÈQUE IMPÉRIALE IMPR.

FIN DU TROISIÈME VOLUME.

TABLE

DES

MATIÈRES CONTENUES DANS LE TROISIÈME VOLUME (1).

BIBLIOTHÈQUE IMPÉRIALE IMPR.

Pages.

Ve ETUDE.

Des effets de l'acquisition de l'hérédité.

N° 1. — MÉTHODE..... 1

CHAPITRE Ier.

N° 1 *bis*. — L'héritier profite de tous les avantages de l'universalité juridique et il en subit tous les inconvénients. — *Méthode*..... 2

SECTION Ire.

Nos 2-7. — L'héritier profite de tous les avantages que présente l'hérédité. — *Sommaire*..... 2

(1) *Nota*. La table *numérique* des articles de lois commentés dans cet ouvrage, se trouve à la fin du tom. V, après la table *analytique*.

Pages.

SECTION II.

Nos 8-35. — L'héritier supporte tous les inconvénients de l'hérédité. — *Sommaire* 13

CHAPITRE II.

No 36. — Des moyens légaux mis à la disposition de l'héritier pour qu'il puisse poursuivre et faire respecter son droit de succession. — *Méthode*. 49

SECTION Ire.

Nos 37-66. — Des actions possessoires. — *Sommaire*. 49

SECTION II.

No 67. — Des moyens pétitoires par lesquels l'héritier poursuit et fait respecter son droit de succession. — *Méthode*..... 86

§ 1er.

Nos 68-73. — De la pétition d'hérédité. — *Sommaire*. 87

ART. 1er.

Nos 74-84. — Quelles sont les personnes qui peuvent exercer la pétition d'hérédité et devant quel tribunal elles doivent agir. — *Sommaire*..... 96

ART. 2.

Nos 85-128. — Contre quelles personnes se donne la pétition d'hérédité. — *Sommaire*..... 111

ART. 3.

Nos 129-141. — A. Des conclusions de la demande. — B. Ce que doit prouver le demandeur pour

Pages.

réussir dans son action. — C. Des effets de la litispendance. — *Sommaire*..... 175

ART. 4.

Nos 142-194. — Du résultat final de la pétition d'hérédité. Des restitutions réelles et des prestations personnelles qui doivent être faites en exécution du jugement qui a reconnu le bien fondé de la demande. — *Sommaire*..... 187

§ 2.

Nos 195-228. — De la revendication. — *Sommaire*.. 238

VIe ÉTUDE.

Du partage et de ses suites.

No 229. — MÉTHODE..... 301

CHAPITRE Ier.

No 230. — De l'indivision et de ses effets. — *Sommaire*..... 303

SECTION Ire.

Nos 231-234. — Notion de l'indivision et des choses qui n'en sont pas susceptibles. — *Sommaire*.. 305

SECTION II.

Nos 235-253. — Des effets de l'indivision. — *Sommaire*..... 315

CHAPITRE II.

No 254. — Du partage provisionnel. — *Méthode*.... 334

SECTION Ire.

Nos 255-273. — Caractère du partage provisionnel.

Pages.

Dans quels cas et entre quelles personnes il intervient. — *Sommaire*..... 335

SECTION II.

Nos 274-294. — De la forme et des effets du partage provisionnel. — *Sommaire*..... 354

SECTION III.

Nos 295-298. — De la rescision du partage provisionnel. — *Sommaire*..... 376

CHAPITRE III.

N° 299. — Du partage définitif. — *Méthode*..... 379

SECTION Ire.

Nos 300-304. — Notion générale du partage. — *Sommaire*..... 379

SECTION II.

Nos 305-305 *bis*. — Entre quelles personnes a lieu le partage de l'hérédité — *Sommaire*..... 388

SECTION III.

Nos 306-311. — Du retrait successoral. — *Sommaire*. 391

§ 1er.

Nos 312-314. — De ceux qui ont et de ceux qui n'ont pas le droit d'exercer le retrait. — *Sommaire*. 398

§ 2.

Nos 315-320. — De ceux contre lesquels s'exerce et de ceux contre lesquels ne peut s'exercer le retrait successoral. — *Sommaire*..... 409

Pages.

§ 3.

Nos 321-343. — De la durée de l'action en retrait, des conditions nécessaires à son exercice et de ses effets. — *Sommaire*..... 421

CHAPITRE IV.

No 344. — Du partage et de la licitation amiables. — *Méthode*..... 447

Section 1re.

Nos 345-349. — Du partage amiable. — *Sommaire*.. 447

Section II.

Nos 350-353. — De la licitation amiable et des autres actes qui arrivent au même but. — *Sommaire*. 457

CHAPITRE V.

No 354. — Du partage et de la licitation judiciaires. — *Généralités*..... 464

Section 1re.

No 355. — De l'action en partage et du partage judiciaire. — *Méthode*..... 465

§ 1er.

Nos 356-358. — Du caractère de l'action en partage. — *Sommaire*..... 466

§ 2.

Nos 359-378. — Devant quels tribunaux doit être portée l'action en partage et quelle est sa durée. Fins de non recevoir contre l'action. — *Sommaire*..... 483

Pages.

§ 3.

Nos 379-413. — Des personnes auxquelles et contre lesquelles se donne l'action en partage et de la capacité qu'elles doivent avoir pour y procéder utilement, soit en demandant, soit en défendant. — *Sommaire*..... 509

CHAPITRE VI.

No 414. — De la forme du partage et de la licitation judiciaires. — *Méthode*..... 544

SECTION 1re.

No 415. — Des opérations préalables au partage. — *Méthode*..... 546

§ 1er.

Nos 416-420. — De l'apposition et de la levée des scellés. — *Sommaire*..... 546

§ 2.

Nos 421-424. — De l'inventaire. — *Sommaire*..... 549

§ 3.

Nos 425-428 *bis*. — De la vente du mobilier. — *Sommaire*..... 552

§ 4.

Nos 429-437. — De la vente des immeubles et de la licitation judiciaire. — *Sommaire*..... 557

SECTION II.

No 438. — Des choses comprises dans l'action en

Pages.

partage. De la liquidation, de la composition des lots et du tirage au sort. — *Méthode*..... 567

§ 1er.

Nos 439-447. — Des choses qui sont comprises dans l'action *familiæ erciscundæ*. — *Sommaire* 568

§ 2.

Nos 448-456. — De la liquidation. — *Sommaire*..... 579

§ 3.

Nos 457-464. — De la composition des lots. — *Sommaire*..... 590

§ 4.

No 465. — De la clôture des opérations et du tirage au sort. — *Sommaire*..... 599

FIN DE LA TABLE.

Charleville, Typ. A. Pouillard, rue Napoléon, 22.

BIBLIOTHEQUE NATIONALE DE FRANCE
3 7531 03657886 3

V^e ETUDE. Des effets de l'acquisition de l'hérédité.

Pages.
N° 1. - MÉTHODE
CHAPITRE I^er.
N° 1 *bis.* - L'héritier profite de tous les avantages de l'universalité juridique et il en subit tous les inconvénients. - *Méthode*
SECTION I^re.
N^os 2-7. - L'héritier profite de tous les avantages que présente l'hérédité. - *Sommaire*
SECTION II.
N^os 8-35. - L'héritier supporte tous les inconvénients de l'hérédité. - *Sommaire*
CHAPITRE II.
N° 36. - Des moyens légaux mis à la disposition de l'héritier pour qu'il puisse poursuivre et faire respecter son droit de succession. - *Méthode.*
SECTION I^re.
N^os 37-66. - Des actions possessoires. - Sommaire.
SECTION II.
N° 67. - Des moyens pétitoires par lesquels l'héritier poursuit et fait respecter son droit de succession. - *Méthode*
§ 1^er.
N^os 68-73. - De la pétition d'hérédité. - *Sommaire*
ART. 1^er.
N^os 74-84. - Quelles sont les personnes qui peuvent exercer la pétition d'hérédité et devant quel tribunal elles doivent agir. - *Sommaire*
ART. 2.
N^os 85-128. - Contre quelles personnes se donne la pétition d'hérédité. - *Sommaire*
ART. 3.
N^os 129-1411. - A. Des conclusions de la demande. - B. Ce que doit prouver le demandeur pour réussir dans son action. - C. Des effets de la litispendance. - *Sommaire*
ART. 4.
N^os 142-194. - Du résultat final de la pétition d'hérédité. Des restitutions réelles et des prestations personnelles qui doivent être faites en exécution du jugement qui a reconnu le bien fondé de la demande. - *Sommaire*
§ 2.
N^os 195-228. - De la revendication. - *Sommaire*
VI^e ETUDE. Du partage et de ses suites.
N° 229. - MÉTHODE
CHAPITRE I^er.
N° 230. - De l'indivision et de ses effets. - *Sommaire*
SECTION I^re.
N^os 231-234. - Notion de l'indivision et des choses qui n'en sont pas susceptibles. - *Sommaire*
SECTION II.
N^os 235-253. - Des effets de l'indivision. - *Sommaire*
CHAPITRE II.
N° 254. - Du partage provisionnel. - *Méthode*
SECTION I^re.
N^os 255-273. - Caractère du partage provisionnel. Dans quels cas et entre quelles personnes il intervient. - *Sommaire*
SECTION II.
N^os 274-294. - De la forme et des effets du partage provisionnel. - *Sommaire*
SECTION III.
N^os 295-298. - De la rescision du partage provisionnel. - *Sommaire*
CHAPITRE III.
N° 299. - Du partage définitif. - *Méthode*
SECTION I^re.
N^os 300-304. - Notion générale du partage. - *Sommaire*
SECTION II.
N^os 305-305 *bis.* - Entre quelles personnes a lieu le partage de l'hérédité - *Sommaire*
SECTION III.
N^os 306-311. - Du retrait successoral. - *Sommaire*
§ 1^er.
N^os 312-314. - De ceux qui ont et de ceux qui n'ont pas le droit d'exercer le retrait. - *Sommaire*
§ 2.
N^os 315-320. - De ceux contre lesquels, s exerce et de ceux contre lesquels ne peut s'exercer le retrait successoral. - *Sommaire*
§ 3.
N^os 321-343. - De la durée de l'action en retrait, des conditions nécessaires à son exercice et de ses effets. - *Sommaire*
CHAPITRE IV.
N° 344. - Du partage et de la licitation amiables. - *Méthode*
SECTION 1^re.
N^os 345-349. - Du partage amiable. - *Sommaire*
SECTION II.
N^os 350-353. - De la licitation amiable et des autres actes qui arrivent au même but. - *Sommaire*
CHAPITRE V.
N° 354. - Du partage et de la licitation judiciaires. - *Généralités*
SECTION 1^re.
N° 355. - De Faction en partage et du partage judiciaire. - *Méthode*
§ 1^er
N^os 356-358. - Du caractère de l'action en partage. - *Sommaire*
§ 2.
N^os 359-378. - Devant quels tribunaux doit être portée l'action en partage et quelle est sa durée. Fins de non recevoir contre l'action. - *Sommaire*
§ 3.
N^os 379-413. - Des personnes auxquelles et contre lesquelles se donne l'action en partage et de la capacité qu'elles doivent avoir pour y procéder utilement, soit en demandant, soit en défendant. - *Sommaire*
CHAPITRE VI.
N° 414. - De la forme du partage et de la licitation judiciaires. - *Méthode*
SECTION 1^re.
N° 415. - Des opérations préalables au partage. - *Méthode*
§ 1^er.
N^os 416-420. - De l'apposition et de la levée des scellés. - *Sommaire*
§ 2.
N^os 424 -424. - De l'inventaire. - *Sommaire*
§ 3.
N^os 425-428 *bis.* - De la vente du mobilier. - *Sommaire*
§ 4.
N^os 429-437. - De la vente des immeubles et de la licitation judiciaire. - *Sommaire*
SECTION II.
N° 438. - Des choses comprises dans l'action en partage. De la liquidation, de la composition des lots et du tirage au sort. - *Méthode*
§ 1^er.
N^os 439-447. - Des choses qui sont comprises dans l'action *familioe erciscundoe.* - *Sommaire*
§ 2.
N^os 448-456. - De la liquidation. - *Sommaire*

§ 3.
N^os 457-464. - De la composition des lots. - *Sommaire*
§ 4.
N° 465. - De la clôture des opérations et du tirage au sort. - *Sommaire*
FIN DE LA TABLE.