



MÉMOIRE DE FIN D'ÉTUDES

Pour l'obtention du MASTER 2 Droit du patrimoine

Parcours Droit notarial

Année universitaire 2016–2017

**LIBERTÉ, ÉGALITÉ ET FRATERNITÉ DANS
L'INDIVISION SUCCESSORALE
EN FRANCE**

Sous la direction de :

Présenté par :

VIRANAICKEN Amandine

*Etudiante en MASTER 2 Droit
notarial à l'Université de Saint-
Denis de la RÉUNION*

Madame Céline KUHN

*Maître de conférence en droit privé /
Co-directrice du MASTER 2 Droit du
patrimoine à l'Université de Saint-
Denis de la RÉUNION*

Soutenance du mémoire : 22 juin 2017

Remerciements

Je tiens à remercier Madame Céline KUHN (Maître de conférence Droit privé – Co-responsable du Master 2 Droit Notarial), ma directrice de mémoire pour ses conseils et son orientation tout au long de mes recherches.

Je remercie également mes amis pour leur soutien, leur patience et pour leur relecture attentive et leurs suggestions.

Pour finir, je tiens à remercier mes proches qui, de près ou de loin ont contribué à la réalisation de mon travail.

SOMMAIRE

INTRODUCTION : **p. 4**

PARTIE 1 – Liberté et égalité : présence tempérée dans la phase transitionnelle de l’indivision successorale **p. 8**

CHAPITRE 1 – Une présence tempérée dans la conception objective de l’indivision.....p. 8

SECTION 1 – La difficile reconnaissance d’une propriété collective.....p. 8

SECTION 2 – La consécration de la propriété collective à travers l’indivision.....p. 13

CHAPITRE 2 – Une présence modérée dans la conception subjective de l’indivision.....p. 19

SECTION 1 – L’ouverture sur une égalité mixte entre les membres de l’indivision.p. 19

SECTION 2 – Une égalité mixte relative.....p. 29

PARTIE 2 – Liberté, égalité et fraternité dans l’indivision successorale ? **p. 38**

CHAPITRE 1 – La fraternité, valeur futile aux yeux des coindivisairesp. 38

SECTION 1 – « La Fraternité n’existe pas », entre justification et relativisation.....p. 38

SECTION 2 – Un soupçon de fraternité en présence d’un intérêt commun.....p. 44

CHAPITRE 2 – L’incitation à la fraternité par les organes extérieurs à la collectivité des coindivisaires.....p. 49

SECTION 1 – L’intervention en amont (du décès) du législateur.....p. 50

SECTION 2 – L’intervention en aval du notaire et du juge.....p. 55

INTRODUCTION

Selon le philosophe néo-kantien J. BARNI, la liberté et l'égalité trouvent leur raison d'être dans leur parfaite conformité à la Justice et au Droit. La liberté et l'égalité ont été inscrites dans la devise républicaine lors de la Révolution française de 1789.

Concernant la fraternité, le philosophe a rajouté que « pour qu'une société d'hommes soit vraiment humaine il faut que ces derniers se regardent comme faisant partie d'une seule et même famille, et qu'ils s'aiment comme des frères »¹.

Ces trois termes, « liberté », « égalité » et « fraternité » renvoient à une valeur symbolique, à une vertu, à un idéal mais aussi à un symbole politique. Ce sont ces valeurs qu'on peut contempler sur les frontons des mairies, des écoles et des bâtiments publics.

Ce qui est intéressant c'est que ces termes sont d'interprétation large. En effet, il n'y a pas de définition stricte. Héritage du siècle des Lumières, on peut donc les interpréter plus largement sur le plan sociologique et philosophique.

Ce qui permet donc à un citoyen curieux de savoir si, ses droits reflètent une égalité réelle ou encore s'il dispose d'une réelle liberté dans ses actions par exemple. Concernant la fraternité, celle-ci est dépendante de la conscience et de la raison de chaque individu. Même si parfois son comportement est tributaire de la société à laquelle il appartient, c'est à cet individu seul de par sa culture, son éducation, de la vision et des valeurs qu'il se fait du monde, du bien et du mal et de par sa conscience intime de considérer ou pas la fraternité comme une valeur. De ce fait, contrairement aux deux autres termes, le législateur et le juge n'ont pas la maîtrise de cette vertu. Il serait donc difficile de la retrouver dans les textes et donc de voir si un droit ou une liberté reflète la fraternité.

L'application de ces valeurs symboliques s'est faite en dent de scie. En effet, elles sont consacrées comme devise officielle de la Seconde République, puis elles sont mises de côté et supprimées sous le régime de Vichy et remplacées par la trilogie « Travail, famille, patrie ». Ce n'est qu'en 1946 avec le retour de la Quatrième République que la trilogie retrouve la place qu'elle occupe actuellement sous la Cinquième République comme il est rappelé à l'article de 2 de la Constitution de 1958.

¹ J. BARNI¹, *Les principes républicains*, Manuel républicain, 1872, p. 6

Aujourd'hui, la République française est fondée sur de grands textes qui expriment ces valeurs, à savoir, la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, le préambule de la constitution de 1946, la constitution du 4 octobre 1958, le code civil...etc.

En tant qu'État de droit, les institutions de l'Etat français doivent se conformer à ces textes.

A l'époque ceux qui invoquaient ces valeurs étaient incités à faire de ces trois termes une source effective du droit. Ainsi, pour reprendre l'exemple donné par G. BAUDRY-LACANTINERIE, exemple duquel il ressort que si ces trois termes sont une source effective du droit en France, les lois sur les successions doivent donc refléter ces valeurs démocratiques que sont la liberté et l'égalité. En effet, « Les lois sur les successions se ressentent nécessairement de la constitution sociale et politique des pays pour lesquels elle sont faites. »². C'est ainsi que dans un pays aristocratique (ex : Angleterre), élément nécessaire d'une monarchie, l'aîné des enfants mâles du *de cujus* avait une situation privilégiée. De même aujourd'hui, il n'y a pas vraiment de réserve héréditaire en Angleterre. Alors qu'en France, dans un pays démocratique, tous les enfants sont appelés à prendre part égale dans la succession et disposent d'une réserve héréditaire.

Dans un pays démocratique ou en phase de démocratisation, l'enjeu est bien de faire de l'égalité un objectif à atteindre notamment dans le droit des successions.

Par ailleurs, face aux mutations familiales, les successions à la personne et aux biens³ sont consignées sous l'autorité de « l'ordre public familial ou successoral »⁴ et des droits fondamentaux. En effet, les droits fondamentaux incitent à une égalité successorale notamment en présence d'une succession légale ou *ab intestat* qui se fonde sur les dispositions du Code civil. Celle-ci trouve son fondement dans la cohésion familiale. On considère que les biens doivent impérativement revenir à la famille. En effet, « la succession est « un miroir » de la famille qui malgré ses deuils se perpétue

² G. BAUDRY-LACANTINERIE, Précis de droit civil, T. 3, 9^e éd., Paris, 1906, n°448, p. 288

³ Le droit français reconnaît deux conceptions de la succession : la succession à la personne renvoie l'idée de la continuation la personne du *de cujus* (*le défunt*) par les vivants et la successions aux biens renvoie à la transmission du patrimoine composé d'un actif et d'un passif.

⁴ Cette notion renvoi à l'idée d'un ordre public de protection qui se recentre sur la personne, le conjoint et les enfants (ex : la réserve héréditaire permet de protéger les enfants).

et s'organise afin d'assurer sa pérennité patrimonial⁵. »

Toutefois, la place de l'autonomie de la volonté n'est pas négligeable face à une succession volontaire qui tend à favoriser une gestion plus dynamique du patrimoine en permettant à chacun de façonner la succession qui convient à sa famille.

Aujourd'hui, l'idée d'un « ordre public familial » aux frontières de la cohésion familiale et de l'autonomie de la volonté s'inscrit dans un cadre particulièrement conflictuel. C'est ce phénomène qu'on peut observer dans la société française.

Il faut savoir que c'est également le redéploiement du patrimoine du défunt qui est souvent à l'origine de conflits entre les membres de la famille ou entre les membres de la famille et des tiers.

Par ailleurs, c'est la période de l'indivision entre les héritiers qui s'ouvre en même temps que s'ouvre la succession qui sera généralement à l'origine des conflits familiaux.

C'est en terme de droit de propriété que ce mécanisme juridique doit être étudié car la propriété des biens s'acquière et se transmet par succession (article 711 du Code civil).

De même, le droit de propriété permet à la fois de rassembler et de diviser. Il permet de rassembler la famille autour d'une propriété familiale représentant l'indivision. Mais, lorsqu'il est basé sur le besoin d'autonomie, d'individualisme, de richesse, il peut être considéré comme quelque chose de relativement dangereux et va bien souvent diviser.

Ainsi, on pourrait se demander si la liberté, l'égalité et même la fraternité ont une place dans l'indivision successorale en France.

Pour l'étude de ce sujet, deux conceptions de l'indivision seront développées. Tout d'abord, la conception objective qui traite l'indivision en terme de droit de propriété et ensuite, la conception subjective qui amène à étudier ce mécanisme en s'intéressant davantage aux membres la composant.

Bien qu'inscrit dans les droits fondamentaux, la présence de la liberté et de

⁵ J.P AGRESTI et E. PUTMAN, *Le droit patrimonial : Miroir des mutations familiales*, Préface, éd., PUAM, 2012, p. 10

l'égalité est plus ou moins modérée dans l'indivision successorale en France (*Partie 1*). En effet dans sa conception objective, c'est la mise en place d'une propriété collective en tant que telle marquée par l'absence d'autonomie qui démontre cette position.

Nous verrons également que la liberté dont disposait le *de cuius* avant son décès sur son patrimoine peut avoir des conséquences au moment de l'indivision lorsqu'elle concerne l'organisation de la transmission du patrimoine. De ce fait, la propriété individuelle avant même le décès sera limitée.

En ce qui concerne l'égalité seul ou associée à la liberté, il faudra étudier l'indivision dans sa conception subjective.

Par ailleurs, contrairement à la liberté et à l'égalité, la fraternité est principalement considérée comme une valeur, une vertu qui fait parti de l'individu.

C'est de cette valeur que va dépendre une bonne cohésion familiale dans le cadre d'une indivision. Même si de manière plus réaliste, il s'agit d'une valeur futile au yeux des héritiers (*Partie 2*).

**PARTIE I – LIBERTÉ ET ÉGALITÉ : PRÉSENCE TEMPÉRÉE DANS LA PHASE
TRANSITIONNELLE DE L’INDIVISION SUCCESSORALE**

La présence de la liberté et l'égalité est tempérée à la fois dans la conception objective de l'indivision (*Chapitre 1*) et dans sa conception subjective (*Chapitre 2*).

**CHAPITRE 1 – UNE PRÉSENCE TEMPÉRÉE DANS LA CONCEPTION OBJECTIVE DE
L’INDIVISION**

Pour appréhender l'essence de l'indivision, il faut remonter aux origines de cette organisation de la propriété.

Par ailleurs, en partant de cette conception objective, il s'agira de se demander si face à la difficile reconnaissance même du caractère collectif de la propriété (*Section 1*), l'indivision en tant que forme de la propriété collective est concevable (*Section 2*).

SECTION 1 - La difficile reconnaissance d'une propriété collective

Malgré la reconnaissance et la primauté de la propriété individuelle (§1), l'apparition de la propriété collective s'est faite progressivement (§2).

§1. La primauté du droit de propriété individuelle

Le droit de propriété est d'un droit fondamental qui fait l'objet d'une grande protection par les ordres juridiques internes et externes (A). Ce droit octroie une liberté absolue à son propriétaire (B) mais fait toutefois l'objet de certaines limites qu'on peut juger de raisonnables (C).

A. Le caractère fondamental du droit de propriété et sa protection

Selon l'expression du doyen Jean CARBONNIER⁶, l'étude de la Propriété avec la Famille et le Contrat forme un des trois « piliers du droit ». On vise ici le droit des biens dont le droit de propriété est une notion centrale et fondamentale⁷ et le droit patrimonial de la famille. Ces trois éléments pourraient signifier que

Le droit propriété est un droit subjectif qui représente le droit réel principal le plus complet. De sa définition posée à l'article 544 du Code civil, il ressort trois prérogatives attachées à ce droit, à savoir, l'usus, le fructus et l'abusus.

⁶ J. CARBONNIER. *Pour une sociologie du droit sans rigueur*, Flexible droit 10ème éd., LGDJ, 2001.

⁷ LARDEUX, *Qu'est-ce que la propriété ? Réponse récente de la jurisprudence éclairée par l'histoire*, RTD. Civ., 2013, n°1, p. 74.

À la naissance l'Homme acquiert naturellement la personnalité juridique et de ce fait, il devient un sujet de droit qui dispose d'un certain nombre de droits dans la société, à savoir « la liberté, l'égalité, la sûreté et la propriété »⁸ et qui les exerce à titre individuel. De ce fait, cette conception de la propriété individuelle et naturelle est contraire à l'idée d'une quelconque propriété collective provoquée, organisée ou imposée.

Par ailleurs, pour J. LOCKE, la propriété individuelle anime et gouverne l'esprit de l'Homme dès sa naissance et en cela cet « individu-proprétaire » travaille à la fois pour lui et pour les siens⁹.

Sa présence dans toutes les sources du droit positif fait de ce droit un droit fondamental, inviolable et sacré, posé aux articles 2 et 17 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen du 26 août 1789.

C'est également un droit à valeur constitutionnelle¹⁰ qui fait l'objet d'une protection particulière depuis la Grande Charte (Magna Carta) de 1215. Aujourd'hui, même s'il ne figure pas dans le corps de la Convention européenne des droits de l'homme de 1950, il fait l'objet d'une protection avec l'article 1^{er} alinéa 1^{er} du protocole additionnel de cette Convention¹¹. Cette dernière a intégré l'ordre juridique français le 3 mai 1974 et a donc une autorité supérieure à celle des lois.

Par ailleurs, ce sont les caractéristiques du droit de propriété, à savoir l'exclusivité, l'absoluité et l'absolutisme¹² qui offrent au propriétaire la liberté individuelle pleine et entière.

B. L'octroi d'une liberté et d'une égalité attachées au droit de propriété

Si un bien a fait l'objet d'une appropriation matérielle et juridique, le droit de propriété donne à son propriétaire une liberté absolue sur ce bien. En effet, selon la définition donnée par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen « la liberté est

⁸ Article 1er de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, version de 1795

⁹ John LOCKE, *Deux traités du gouvernement*, Librairie philosophique 1997, V, 27, p.153 ; Traduction de B.GILSON.

¹⁰ Cons. const., 16 juillet 1971 (consécration de la valeur constitutionnelle du préambule de la constitution de 1958 renvoyant à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789) ; Cons. Const., 16 janvier 1982, D.1983, p.169, note L. Hamon

¹¹ CEDH 13 juin 1979, Marckx c/Belgique

¹² Céline KUHN, maître de conférence de droit privé à l'Université de la Réunion, l'absolutisme renvoi à l'idée d'une liberté totale et l'absoluité renvoi à l'idée de l'opposabilité de sa qualité de propriétaire aux tiers, à la croyance en cette qualité, Cours de démembrement de propriété, Master 2 Droit du patrimoine 2016-2017

le droit de jouir et de disposer de ses biens et de ses revenus, du fruit de son travail et de son industrie »¹³.

Cette propriété individuelle a également des vertus économiques car elle assure l'exclusivité de l'exploitation et c'est le moyen le plus efficace de gérer les ressources.

Par ailleurs, le droit de propriété garantie l'égalité entre les droits des propriétaires et des non-propriétaires car au final tous les Hommes peuvent devenir propriétaires, ils sont tous égaux.

Cette liberté qui est accordée par le législateur à travers le droit de propriété et que s'efforcent de faire respecter les institutions de l'Etat se retrouve également en matière de libéralités et de successions. Cette liberté s'illustre classiquement à travers la liberté de disposer de son patrimoine par le biais d'une donation, d'un legs, d'un testament...etc. En effet, le disposant peut faire à peu près tout ce qu'il veut avec les biens objet de sa propriété. Lorsque la loi laisse une grande latitude aux volontés des propriétaires, il est naturel que chacun d'eux en profite... »¹⁴. La liberté (de choisir ses héritiers et le patrimoine transmis) peut remodeler le model légal de la famille successorale et adapter la liste des héritiers aux réalités particulières de la famille du de cujus.

Ainsi, la liberté est absolue et exclusive. Toutefois, si le caractère exclusif de cette liberté ne fait nul doute, quelques hésitations sont permises quant au caractère absolu de la propriété.

C. Les limites raisonnables à la liberté

Bon nombre de libertés ont été reconnues ces dernières années, que ce soit la liberté d'expression, d'aller et venir, de culte et de religion...etc. Cependant, dans une République démocratique comme la France, l'absolutisme attaché à ces libertés fait l'objet d'une limitation.

D'un point de vue juridique, c'est le texte même relatif au droit de propriété qui tend à l'affirmer « pourvu qu'on en fasse pas un usage prohibé par les lois et les règlements ». En effet, pour reprendre l'exemple de la liberté de disposer, le disposant peut transmettre l'ensemble des biens mobiliers et immobiliers, corporels ou incorporels

¹³ Article 5 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, version de 1795

¹⁴ Citation de LE PLAY in *Le droit patrimonial : Miroir des mutations familiales*, Préface, éd. PUAM, 2012, p. 10.

composant son patrimoine. Toutefois cette liberté est encadrée par le Code civil en la matière à travers la création d'une réserve héréditaire et d'une quotité disponible en présence d'enfants ou du conjoint survivant.

Par ailleurs, un Homme raisonnable animé d'humanité et de bon sens n'userait point de l'absolutisme attaché à son droit de propriété et *a fortiori* à sa liberté afin de nuire à l'intérêt de la famille. Cette restriction au droit de propriété pourrait trouver une justification dans la préservation de la communauté familiale et notamment dans la relation entre ses membres.

Toutefois, il faut préciser que le Défenseur des droits dans la Délibération n°2005-07 du 6 juin 2005 relative à la liberté de tester a déclaré que « la liberté de tester ne peut faire l'objet d'un recours en discrimination ». Ce qui témoigne encore une fois de la liberté absolue accordée au propriétaire.

Mais concrètement, en fonction des situations familiales, il semblerait que le législateur ne fasse pas totalement confiance à l'Homme pour lui octroyer une liberté totale dans la gestion et la disposition de son patrimoine. Ce, alors même qu'il avait déjà reconnu le lien intime qui unissait le propriétaire à ses biens et par voie de conséquences, sa liberté de jouir et de disposer de la manière la plus absolue de son patrimoine.

Toutefois à l'instar de ces différents éléments, la limitation du droit de propriété et de la liberté individuelle est concevable car elle n'entraîne pas de véritable gêne dans l'exercice de ce droit par le propriétaire. Il n'y a pas une interdiction d'exercer son droit. Cette limitation est indispensable car le but voulu par le législateur n'est pas la création d'un anarchisme-individualiste mais d'un individualisme modérée attaché au droit de propriété.

Cependant, la primauté du caractère individuel attaché au droit de propriété n'a pas pu empêcher l'apparition d'une propriété collective (§2).

§2. L'apparition progressive d'une propriété collective

Une prise de conscience individuelle des fonctions inaliénables de l'Homme fait évoluer la société dans un processus d'individualisation juridique. Ce faisant, la co-titularité d'un droit unique et l'étude des régimes de propriété dite plurale ne s'accordent pas avec le schéma de la propriété qui se veut absolue et exclusive. Par ailleurs, sur le terrain des caractéristiques du droit de propriété, l'exclusivité

constitue le corolaire indissociable de l'absolutisme.

Ce faisant, la condition d'exclusivité implique le rejet de propriétés simultanées et concurrentes sur un même bien.

Malgré tout, on a assisté à l'apparition des germes de la propriété collective pendant la période médiévale et antique à travers la création collective. La création collective revêt ici le rôle de révélateur d'une réalité qui la dépasse, en ce qu'elle pose, sous sa forme la plus aboutie, la question de la propriété collective. En effet, elle renvoie aux œuvres en collaboration qui sont la propriété commune des coauteurs et qui doivent exercer leurs droits d'un commun accord¹⁵.

En plaçant avant tout le curseur sur l'hypothèse d'une collectivité de personnes, l'idée d'une propriété collective n'est pas totalement dénuée de sens.

En effet, selon Pothier¹⁶, le caractère privatif de la propriété ne s'oppose en rien à une appropriation commune. La pluri-titularité ne va venir qu'affecter la nature des relations internes à la communauté des propriétaires. La totalité des prérogatives est exercée en collectivité, puisqu'aucun ne peut se voir attribuer de prérogatives spécifiques.

A partir de ces éléments, la propriété collective est donc la propriété de plusieurs de titulaires de droit identiques ou concurrentes exercé sur un bien ou sur une masse de biens.

Au niveau juridique, certaines matières semblent avoir été influencées par cette organisation collective. En effet, en matière de régime matrimonial, la communauté légale ou conventionnelle pourrait être une forme de propriété collective ou commune car les époux y exercent une cogestion ou une gestion concurrente sur les biens communs. De manière générale, à partir du moment où deux personnes au moins achètent un bien ensemble, ce bien appartient à eux deux.

Comme les différents textes relatifs au droit de propriété ne font pas de distinction entre le caractère individuel ou collectif de la propriété, il est possible d'appliquer l'adage « *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus* » (Il ne faut pas distinguer là où la loi ne distingue pas). De ce fait, le droit de propriété collective fait bel et bien l'objet d'une reconnaissance et d'une protection par le système juridique français.

¹⁵ Article L 113-1 du Code de la propriété intellectuelle

¹⁶ F. DELHAY, *La nature juridique de l'indivision*, LGDJ, 1968, n°286

De même, la Convention universelle des droits de l'homme adoptée à Paris le 10 décembre 1948 proclame en son article 17 que « toute personne seule ou en collectivité a droit à la propriété. Nul ne peut être privé arbitrairement de sa propriété ».

Par ailleurs, l'existence implicite de la propriété collective a été opérée par le Conseil constitutionnel qui a jugé de la constitutionnalité du droit au partage à travers la décision du 9 novembre 1999¹⁷. En effet, une personne ne peut demander le partage que sur un ou des biens communs.

Contrairement à la propriété individuelle, la propriété collective ne ressort pas expressément de l'article 544 du Code civil. En effet, celle-ci s'illustre à travers différents mécanismes traités par le Code civil (*Section 2*).

SECTION 2 – La consécration de la propriété collective à travers l'indivision

L'indivision est la première forme de propriété collective qui a été reconnue. Bien que qualifiée de phase transitionnelle, elle va venir limiter l'exercice du droit de propriété (§1). Toutefois, cette limitation pourrait s'avérer utile pour les héritiers (§2).

§. Un processus transitionnel limitatif du droit de propriété

Outre le caractère collectif de la propriété, c'est la définition et le régime qui en découlent (*A*) qui permet de comprendre davantage pourquoi l'indivision est une limitation forcée à la propriété (*B*).

A. La définition et le régime de l'indivision

L'indivision est la situation juridique née de la loi ou de la convention des parties qui se caractérise par la concurrence de droits de même nature exercés sur un même bien ou sur une même masse de biens par des personnes différentes, sans qu'il ait de division matérielle de leurs parts.

L'indivision est un état provisoire qui peut être établi par un acte juridique ou un fait juridique comme le décès et qui confère le droit de propriété du défunt aux successibles. Sa mise en place nécessite donc la présence d'une pluralité de successeurs, appelés (co)indivisaires. Il s'agit des héritiers légaux, légataires universels et légataires à titre universel. Elle couvre la période allant du décès jusqu'au partage successoral.

Ce droit commun émane du droit des successions avec la loi n° 76-1286 du 31

¹⁷ Cons. const., décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999

décembre 1976 et a été codifié aux articles 815 et suivants du Code civil « Du régime légal de l'indivision ». Les dispositions de ces articles sont relatives aux actes relatifs aux biens indivis, aux droits et aux obligations des indivisaires, au droit de poursuite des créanciers et enfin à l'indivision en usufruit.

L'exercice concurrent du droit de propriété sur un même bien ou sur une même masse de bien entraîne la limitation forcée de l'exercice du droit propriété de chaque coindivisaire.

B. L'indivision : une limite imposée à la propriété individuelle

Pendant l'indivision, c'est l'exclusivité de la propriété qui est atteinte (1). Toutefois certains éléments permettent de nuancer cette atteinte (2).

1. Une entrave au caractère l'exclusif de la propriété

En 1804, l'indivision n'était envisagée que dans la perspective d'un retour à la propriété individuelle. En effet, l'indivision n'est qu'une entrave temporaire à l'exclusivité et sa raison d'être est de conduire à l'exclusivité par le partage dont elle n'est que l'antichambre¹⁸. Il est donc souhaitable de mettre un terme à cette situation pour que chacun retrouve la plénitude et l'exclusivité de son droit de propriété.

A l'époque révolutionnaire, l'indivision rencontre la défaveur des révolutionnaires épris de liberté et n'est pas encore une institution de droit des biens. Elle est représentée comme un compagnon forcé imposé aux révolutionnaires.

Seuls des rapprochements entre l'indivision et la copropriété sont opérés avant que la copropriété se voit dotée d'un véritable statut avec la loi du 10 juillet 1965 et le décret du 17 Mars 1967. Il en ressort l'idée d'une cohabitation entre les indivisaires alors même que le collectif est envisagé comme une source de conflit.

Cette institution de par son étymologie est définit négativement comme une situation de non division en opposition à la situation de division qui constitue la situation normale d'un propriétaire disposant d'une exclusivité intégrale de sa propriété et de sa liberté.

¹⁸ *L'affectation à un but durable, vers une nouvelle forme d'appropriation des biens communs? Réflexions autour de l'article 1030 du Code civil du Québec*, Article de la Revue général du droit, Vol. 46, n°1, 2016, p. 95 à140 sur www.erudit.org

De ce fait, l'indivision qui n'est qu'une entrave à l'exclusivité. Elle est apparue comme une technique imparfaite d'appropriation plurale manquant de stabilité et d'organisation de par son caractère précaire.

2. *La relativité de cette entrave à l'exclusivité*

a. Une relativité affirmée par le Conseil constitutionnel et la doctrine

C'est à travers la décision du 9 novembre 1999 susvisée que le Conseil a d'une part reconnu implicitement le principe d'une propriété collective à travers l'indivision et d'autre part, le fait que cette indivision ne porte pas atteinte au droit de propriété des partenaires ni à celui des créanciers.

Pour certains auteurs comme, J.DABIN, l'indivision ne détruirait pas l'idée d'une propriété, la seule différence rencontrée avec la propriété individuelle c'est que la propriété sera plurale au lieu d'être individuelle, et c'est tout ».

b. Le coindivisaire, propriétaire exclusif de sa quote-part

Outre les mécanismes classiques de l'accession, de la possession, des conventions, l'indivision est une manière d'acquérir la propriété.

Au cours de l'indivision, il semblerait que la propriété soit exclusivement collective.

Toutefois, certains éléments amènent à considérer le contraire. En effet, le concours des coindivisaires sur la totalité de la chose indivise n'abolit pas les pouvoirs individuels car l'indivision n'est qu'une propriété individuelle reposant sur une pluralité de droits propres. En effet, la masse sur laquelle s'exerce l'indivision n'est constituée que de droits propres objets de la propriété individuelle de chacun et plus précisément est composée de quote-part dont sont titulaires chacun des coindivisaires.

En raisonnant de la sorte, l'indivision est une institution qui introduit une mixité au cours même de son exécution entre propriété collective et propriété individuelle lorsqu'on prend en considération la quote-part des coindivisaires. En effet, dès le début de l'indivision, chaque coindivisaire connaît la proportion arithmétique ou théorique de la chose commune ou de sa valeur qui lui reviendra lors du partage. Ce faisant, il dispose dans l'immédiat de la chose pour une part. Le coindivisaire dispose d'une exclusivité sur une propriété détenue collectivement mais qui ne porte que sur sa part.

Elle constituerait une assiette alternative au droit de propriété de chaque coindivisaire mais demeure dépendante des biens indivis.

De ce fait, le coindivisaire dispose des trois prérogatives attachées au droit de propriété individuelle. En effet, il a le droit d'user des biens indivis, à titre d'exemple si le bien se prête à une jouissance collective contre indemnité d'occupation. Il a le droit d'en retirer les fruits et les revenus produits par les biens indivis qui accroissent l'indivision. Enfin, il a le droit de disposer de sa part indivise notamment de céder sa part indivise à un tiers, sachant que les coindivisaires disposent d'un droit de préemption.

c. Le maintien dans l'indivision

Parfois l'indivision ne semble pas poser beaucoup de difficultés. Au contraire, elle semble être le meilleur moyen pour que les héritiers puissent assurer une bonne gestion du patrimoine du *de cuius*. Ainsi, « les coindivisaires, s'ils y consentent tous, peuvent convenir de demeurer dans l'indivision ».

Pour cela, les coindivisaires vont organiser ensemble l'indivision à travers une convention d'indivision¹⁹ pour mieux gérer les conséquences de la succession²⁰. Lorsqu'elle est conclue à durée déterminée, les coindivisaires sont engagés jusqu'au terme convenue.

Cette convention permet d'exercer en commun leurs droits et d'aménager les règles légales au mieux de leur intérêt commun. Elle repose sur la liberté. Ce faisant, ils pourront introduire un peu plus de souplesse en venant par exemple assouplir la règle de l'unanimité qui est nécessaire en présence d'un acte de disposition.

Ils pourront nommer un ou plusieurs gérants qui exerceront les mêmes pouvoirs qu'exercent les époux sur les biens communs à savoir les actes de gestion courante et les actes conservatoires. Cette convention permettra aux coindivisaires de se retirer de la gestion active de la succession tout en se tenant informer de l'administration des biens.

Lorsqu'on est face à la liberté, à la volonté, cette idée d'entrave à l'exclusivité attachée à la propriété n'est donc pas absolue. En effet, si tel était le cas, les héritiers ne

¹⁹ Article 1873-1 du Code civil « Ceux qui ont des droits à exercer sur des biens indivis, à titre de propriétaires, de nus-propriétaires ou d'usufruitiers peuvent passer des conventions relatives à l'exercice de ces droits. »

²⁰ Articles 815-1 et 1873-1 à 1873-18 du Code civil

s'engageraient tout simplement pas dans une convention afin d'assurer la continuation de la personne du *de cuius* et la conservation du patrimoine transmis.

Par ailleurs, la mise en place d'une convention d'indivision illustre le fait que les coindivisaires ont pris suffisamment de recul pour appréhender cette phase transitionnelle et le fait qu'on vienne limiter la liberté (§2).

§2. Les justifications de cette limite à la liberté au sein de l'indivision

Limiter liberté permet à la fois de garantir une période transitoire (A) et de sauvegarder l'essence même de l'indivision (B).

A. La nécessité d'une phase transitionnelle entre le décès et le partage

La question est de savoir pourquoi un régime d'indivision est mis en place au décès d'une personne. La réponse qui paraît la plus logique se situe sur le terrain de la gestion, de l'administration alors même que ces éléments sont à l'origine des conflits. Mais d'un autre côté, l'indivision peut être considérée comme un système de gestion de ces conflits car chacun des coindivisaires dispose de mêmes droits sur un même bien ou une même assiette de biens.

Par ailleurs, le retour à une propriété individuelle est inévitable donc en attendant le partage, l'indivision permettrait de préserver les intérêts de chacun au nom de son titre individuel de propriété.

Au préalable, il faut que les héritiers arrivent à accepter le principe même d'une propriété collective. L'indivision peut être intéressante car le fait qu'aucune durée ne soit imposée, les héritiers pourront se familiariser avec un patrimoine commun qui viendra se greffer à leur patrimoine personnel. Ils auront le temps nécessaire pour trouver un équilibre entre la gestion de leur propre patrimoine et le patrimoine du défunt composé à la fois d'un actif et d'un passif.

Par ailleurs, limiter la liberté peut être protecteur pour les coindivisaires car ce système permettra à de simples propriétaires devenus « copropriétaires » de s'adapter à cette nouvelle situation. Elle permettra d'encadrer et sécuriser l'exercice des droits et des obligations des coindivisaires dans les actes relatifs aux biens indivis. Cela empêcherait des « copropriétaires » novices d'user de leur liberté attachée à leur futur droit de propriété de manière arbitraire, désordonnée.

De manière générale, l'indivision peut être considérée comme une sorte de phase préparatoire avant le partage successoral même si elle vient limiter la liberté.

B. La conservation de l'essence de l'indivision

Concernant le cadre dans lequel s'inscrit l'indivision, la principale question est de savoir pourquoi elle seule serait adaptée à une situation collective et successorale plutôt qu'un autre régime.

Pour comprendre cette exclusivité qui est accordée à ce régime, il faudrait se demander s'il existe dans le droit français un autre mécanisme juridique qui sera similaire à l'indivision.

Pour cela, il faut faire le tri dans les différents mécanismes juridiques traditionnels et rechercher un régime de remplacement, de substitution. Il faudrait accéder la recherche sur un mécanisme adapté à l'administration en commun d'un patrimoine et ce, dans un cadre successoral.

Dans le système juridique français, il n'existe pas beaucoup de forme de propriété collective. L'exemple qu'on peut éventuellement prendre c'est celle de la copropriété car au final les héritiers sont bien copropriétaires d'un même bien ou d'une même assiette de biens. Mais dans l'esprit du législateur, coindivisaire ne signifie pas copropriétaire car ces deux notions s'inscrivent dans un cadre totalement distinct et par ailleurs, ils font chacun l'objet d'un régime spécifique.

Aujourd'hui, en considération de ces éléments, l'indivision demeure le régime le mieux adapté. En partant de ce constat, on peut se demander ce que deviendrait l'indivision si les règles de l'indivision viennent à changer en octroyant plus de liberté. Dans cette hypothèse on ne parlerait plus de propriété collective mais plutôt d'une semi-propriété collective.

Toutefois, il ne faut pas oublier que l'essence de l'indivision fait qu'elle entraîne une entrave à une liberté absolue. Ainsi, sauvegarder l'essence de ce mécanisme juridique est primordial pour garantir sa force, sa nature, son identité. Octroyer plus de liberté et donc plus de pouvoirs à un ou plusieurs coindivisaires n'est donc pas envisageable. Cette situation reviendrait à dénaturer cette institution et à créer des abus de pouvoirs dans la prise de décisions concernant la bonne administration de la succession.

Par la même, cette situation amènerait à s'interroger sur la place de l'indivision

dans le droit des biens, c'est-à-dire à se demander s'il s'agirait encore d'une propriété collective ou d'une semie-propriété collective.

Au-delà de cette approche objective, il ne faut pas négliger le fait que comme toute collectivité, il est essentiel de s'intéresser à la qualité des personnes composant l'indivision (*Chapitre 2*).

CHAPITRE 2 – UNE PRÉSENCE MODÉRÉE DANS LA CONCEPTION SUBJECTIVE DE L'INDIVISION

Contrairement à la conception objective de l'indivision qui est basée sur la notion de propriété collective en tant que telle, cette conception subjective renvoie aux membres composant cette propriété et plus précisément à la qualité attachée à ses membres. Le fondement principal de cette conception subjective est la notion d'égalité.

Aujourd'hui, en matière successorale, même si l'égalité peut s'analyser dans une dimension mixte (*Section 1*), il ne s'agit pas d'une égalité qui soit totalement réelle (*Section 2*).

SECTION 1 - L'ouverture sur une égalité mixte entre les membres de l'indivision

Cette ouverture est principalement liée à la modernisation de la notion d'égalité à travers d'une part, la prise en compte de la famille du XXIème siècle (§1) et d'autre part, la composition de cette famille et plus concrètement de l'indivision (§2).

§1. La modernisation du principe d'égalité à travers les mutations familiales

Aujourd'hui, l'éclatement de la famille a permis de prendre conscience des réalités familiales (*A*) et de bâtir une conception plus moderne de la famille (*B*).

A. Le principe d'égalité attaché à l'individu et au groupe

L'égalité est définie de la manière suivante à l'article 3 de la Déclaration des droits de l'homme de 1795 : « L'égalité consiste en ce que la loi est la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse. L'égalité n'admet aucune distinction de naissance, aucune hérédité de pouvoirs. ».

En partant de cette définition, deux conceptions de l'égalité peuvent être avancées. D'une part, l'idée d'une égalité qualitative qui serait basée sur la qualité des membres (enfants, conjoint survivant, parents, ascendants...etc) de l'indivision et d'autre part, une égalité quantitative qui reposerait sur les droits accordés aux héritiers.

Le système successoral français repose sur une conception mixte de l'égalité c'est-à-dire qu'un héritier se verra accorder une certaine quantité de droits en fonction de sa qualité.

Dans la conception moderne, l'égalité va dépendre avant tout de la vision que la société accorde à la famille du XXIème. Ainsi, en France, dans le couple ou plus largement dans la famille c'est cette valeur qui prévaut, il n'y a donc pas de distinction fondée sur le sexe. En effet, même si à une certaine époque l'égalité entre la femme et l'homme était loin d'être admise, la promotion de la femme a participé à cette conception moderne de la famille. A titre d'exemple, dans le cadre des régimes matrimoniaux, c'est la loi du 13 juillet 1907 qui a donné la possibilité à la femme de disposer seule de son salaire ou encore la loi du 4 août 2014 qui a institué une égalité réelle entre la femme et l'homme.

Toutefois, certains pays français (ex : Mayotte) ne connaissent pas cette conception moderne de la famille et encore moins cette valeur. A titre d'exemple, le droit coutumier inspiré du droit musulman s'applique aux Mahorais qui ont conservé leur statut personnel²¹ permettant ainsi de répudier la femme ou encore de créer des inégalités en matière de droit successoral²². En effet, le droit musulman comporte des normes discriminatoires en matière successorale fondées sur le sexe et ce à l'égard des femmes. Le Coran octroie aux fils le double de la part des filles et au mari le double de ce que sa femme hérite de son mari prédécédé. Cette discrimination trouve sa justification dans l'idée que les hommes ont plus de charges que les femmes et ce alors même que les femmes ont davantage de charges que les hommes²³. De ce fait, celles-ci sont considérées comme inférieures aux hommes.

Toutefois hormis ce cas spécifique, dans la plupart des pays français, le nouveau modèle de la famille est celui de la famille dite « nucléaire égalitaire ».

B. La famille « nucléaire égalitaire »

De manière générale, le sens de l'évolution du droit français s'inscrit dans un souci de protection et de conservation du cercle familial. D'où l'importance de prendre en compte l'évolution de chaque individu composant la famille.

²¹ Article 75 de la Constitution de 1958

²² www.senat.fr

²³ Colloques sur le dogme musulman et les droits de l'homme en Islam.

Le droit patrimonial de la famille a beaucoup évolué au cours de ces derniers siècles en même temps qu'à évoluer les structures familiales et les mœurs en raison de l'augmentation des divorces, la cohabitation hors mariage (le PACS, le concubinage), le mariage homosexuel...etc. En effet, la France était confronté à une double « mutation structurelle », à savoir une mutation de la famille nucléaire et une mutation de la famille étendue (famille lignage qui dépasse deux générations, de degrés différents vivant dans le même foyer)²⁴.

Selon J. CARBONNIER « Le droit de la famille du XXIe siècle se réorientera sur cette relation parents-enfants »²⁵. En partant de cette idée, la famille nucléaire française est donc caractérisée par une relation parents-enfants basé sur la liberté et sur l'égalité successorale des enfants contrairement à l'ancien modèle hiérarchique, patriarcal et inégalitaire.

Par ailleurs, cette famille nucléaire plus égalitaire a changé quant à sa nature car elle n'est plus nécessairement fondée sur le mariage mais elle est de plus en plus naturelle, hors mariage.

La conception de la famille nucléaire Égalitaire telle que définie par les sociologues et la doctrine a trouvé son fondement dans le droit successoral. Le but était de créer une égalité même si celle-ci est à parfaire dans certaines situations. En effet, depuis quelques années le législateur a montré son attachement à la cohésion dans le cercle familial en faisant preuve de beaucoup plus d'humanité à l'égard des futurs héritiers confrontés au deuil d'un proche. En effet, il a œuvré pour la modernisation du principe d'égalité avec l'élargissement des membres composant l'indivision (§2).

§2. La modernisation du principe d'égalité dans la composition de l'indivision

En donnant priorité à la famille par le sang, les règles de la dévolution successorale ne reflétaient pas réellement la tendance actuelle au resserrement de la cellule familiale autour du couple et de l'enfant composant la famille dite « nucléaire ». Le législateur a davantage pris en considération le sort des enfants (A) et du conjoint survivant (B).

²⁴ I. THERY, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui. Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, La Documentation française, p. 25 ; E. TODD, *L'Origine des systèmes familiaux*, éd. Gallimard, 2011

²⁵ J. CARBONNIER, *Droit civil, T. 2, La famille, l'enfant, le couple*, P.U.F., 21^e édition refondue, p. 14

A. Les enfants du *de cuius*

Après une longue période marquée par l'inégalité entre les enfants légitimes et naturels, le législateur français a fini par réagir (1). Si cette inégalité semblait au départ injustifiée, elle le semblait davantage face à la situation des enfants biologiques et adoptés (2).

1. La fin d'une inégalité entre les héritiers légitimes et naturels

a. La rupture avec une inégalité historique incomprise

Selon la Déclaration des droits de l'Homme de 1793, l'égalité n'admet aucune distinction de naissance.

Pour reprendre les dispositions des articles 733 et 310-1 du Code civil, la loi, pour déterminer les héritiers appelés à succéder, ne distingue pas selon les modes d'établissement de la filiation, à savoir l'effet de la loi, la reconnaissance volontaire, la possession d'état constatée par un acte de notoriété et dans certains cas, le jugement.

Ces dispositions marquent la rupture avec les anciennes règles qui prévalaient depuis le Moyen-âge jusqu'à la période révolutionnaire.

En effet, le régime et la pratique en matière successorale reposaient sur trois grandes idées : le droit d'ainesse, la différence de sexe et la distinction des enfants légitimes et naturels adultérins ou incestueux vulgairement appelés « bâtards ». Avec le Code justinien ces enfants qui sont le fruit d'un adultère, d'une faute grave commise par un parent sont frappés d'une incapacité successorale totale.

A l'époque, la religion pourrait être une justification à cette inégalité. En effet, à cette époque jusqu'à la loi du 9 décembre 1905, la religion chrétienne avait une grande influence sur l'institution du mariage et ce faisant, un enfant ne pouvait être conçu que par deux parents unis par les liens du mariage.

Par la suite, le législateur a introduit un peu plus de souplesse avec la loi du 12 Brumaire An II (2 novembre 1793), en permettant aux enfants adultérins d'obtenir un tiers de la part qu'ils auraient eu s'ils étaient nés dans le mariage.

Par ailleurs, cette distinction a été sujette à contentieux et a conduit à la condamnation de la France à plusieurs reprises par la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) depuis 1959.

Si aujourd'hui le Code civil écarte clairement l'inégalité fondée sur le sexe et sur le droit d'ainesse, ce n'est pas le cas concernant la situation de l'enfant adultérin. En effet, en analysant les dispositions de l'article 735 « issus d'unions différentes », cette hypothèse renvoie aux enfants issus d'un premier lit et non les enfants issus d'un adultère.

b. La réactivité de l'Etat français espérée

Contrairement à l'esprit qui anime la famille « nucléaire égalitaire », le législateur n'a pas toujours œuvré dans le sens d'une égalité. En effet, il a pris un certain nombre d'années avant de réagir face aux mutations des structures familiales et d'adapter la législation en fonction des faits et des réalités sociaux qui sont apparus en France.

Toutefois, cette évolution semble plutôt imposée que voulue. En effet, elle est imposée par les engagements que l'Etat français a pris à l'échelle internationale et par la pression de la Cour européenne des droits de l'homme.

En effet, la France voulait *a priori* participer au combat sur le terrain des droits de l'homme en intégrant dans l'ordre interne différents textes tels que la Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen (10 décembre 1948), la Convention européenne des droits de l'homme (4 mai 1974), la Convention internationale relative aux droits de l'enfant (7 novembre 1990)...etc.

Cette démarche marque pour notre pays un fort engagement et fait que ces textes ratifiés ont une autorité supérieure sur le droit interne²⁶. Ce faisant, elle oblige l'État français à prendre des mesures en conséquences et à ne pas se contenter d'être un État semi-actif.

Concernant les enfants naturels, la Cour de cassation s'est prononcée sur leur sort dans un arrêt de 1960. Elle a déclaré qu'au décès de leur auteur, les enfants naturels adultérins ou incestueux pouvaient obtenir une créance alimentaire sur la succession en se fondant sur l'article 762 du Code civil²⁷. Ce texte était en vigueur du 1^{er} août 1972 au 1^{er} juillet 2002.

Lors de la réforme du 3 janvier 1972²⁸, le législateur s'est toutefois contenté d'une égalité de principe, au nom de la protection de la famille légitime « bafouée par

²⁶ Article 55 de la Constitution du 4 octobre 1958

²⁷ Civ., 1^{ère}, 16 nov. 1960

²⁸ Loi n° 72-3 du 3 janvier 1972 sur la filiation

l'adultère » et de l'obligation de fidélité dans le mariage²⁹. Par ailleurs, dans son rapport³⁰, le président de la Commission des lois de l'assemblée nationale a affirmé que la loi de 1972 n'accorderait qu'une fraction d'égalité aux enfants adultérins et que ce faisant leur statut successoral resterait discriminatoire.

A l'échelle européenne, dans l'arrêt *Marckx* de 1979³¹, la Cour a affirmé l'incompatibilité des limitations aux droits successoraux des enfants fondées sur la naissance avec la Convention européenne des droits de l'homme.

C'est avec l'affaire *Mazurek* du 1^{er} février 2000³² que la législation française a un pris un réel tournant. En l'espèce, le Gouvernement français s'est appuyé sur la protection de la famille (conjoint et enfants légitimes) par le mariage, mariage duquel découlent des droits et des obligations tel que le devoir de fidélité.

Toutefois, l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme interdit de traiter de manière différente des personnes placées dans des situations comparables sauf justification légitime et raisonnable³³. De ce fait, seules de fortes raisons pourraient amener à estimer compatible avec la Convention une distinction fondée sur la naissance hors mariage³⁴.

Pour la Cour, l'inégalité fondée sur le caractère adultérin de la filiation n'est pas une justification légitime et raisonnable pour traiter différemment les enfants légitimes et enfants adultérins. De ce fait, elle vient affirmer le principe d'égalité des filiations.

C'est qui a conduit la France à modifier sa législation avec la loi du 3 décembre 2001³⁵ et ce faisant, d'accorder aux enfants adultérins des droits successoraux identiques à ceux des enfants légitimes. Cette loi (article 6) a abrogé l'ensemble des articles du Code civil qui établissaient une discrimination successorale à l'encontre de l'enfant adultérin³⁶.

²⁹ J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, 1996, p. 268

³⁰ M. Jean FOYER, *Rapport n°192, A.N., seconde session ordinaire de 1970-1971*

³¹ CEDH, 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, affaire n° 6833/74

³² CEDH, 1^{er} Février 2000, *Mazurek c. France*, affaire n° 34406/97

³³ CEDH, *Hoffman c. Autriche* 23 juin 1993 : Série A, n°255-C

³⁴ CEDH, *Abdulaziz Cabales et Balkandali c. Royaume-Uni* : Série A, n°94.

³⁵ Loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral

³⁶ BO Min Justice n° 85 (1^{er} janvier-31 mars 2002) - CIV 2001-13 C1/12-02-2002

Malgré la modification de sa législation, la Cour européenne des droits de l'homme a condamné la France dans l'affaire *Fabris* du 7 février 2013³⁷ après avoir relevé que c'est uniquement en considération du caractère adultérin de sa filiation que le requérant s'est vu refuser le droit de demander la réduction de la donation-partage. En cela, la Cour a confirmé le caractère discriminatoire de la situation successorale du requérant.

Cette évolution jurisprudentielle et législative rompt avec cette injustice subie pendant longtemps par les enfants adultérins.

Hormis ce cas de figure entre enfants naturels et légitimes, il serait intéressant de faire un parallèle avec le traitement de la situation des enfants adoptés et biologiques.

2. Un paradoxe face à la situation des enfants biologiques et adoptés

Contrairement à la situation des enfants légitimes et naturels, le statut des enfants adoptés par rapport aux enfants biologiques n'a pas fait l'objet d'un grand débat jurisprudentiel et législatif.

Les effets de l'adoption et la différence de traitement vont varier selon qu'on est en présence d'une adoption plénière ou d'une adoption simple.

L'adoption plénière « confère à l'enfant une filiation qui se substitue à sa filiation d'origine : l'adopté cesse d'appartenir à sa famille par le sang »³⁸. Ce faisant, l'adopté a les mêmes droits et les mêmes obligations que l'enfant biologique de la famille de l'adoptant³⁹.

Concernant l'adopté simple, ce dernier conserve des droits héréditaires dans sa famille d'origine. Il a donc une double vocation successorale car il hérite à la fois de sa famille biologique et de sa famille adoptive⁴⁰.

De son côté, la Cour européenne des droits de l'homme a affirmé l'égalité des filiations entre enfants biologique et adoptif, la différence de traitement entre eux constituant une discrimination⁴¹. Jusqu'à la loi du 11 mars 2016⁴², seul le droit fiscal

³⁷ CEDH, 7 févr. 2013, *Fabris c. France*, affaire n°16574/08

³⁸ Article 356 du Code civil

³⁹ Art 358 du Code civil (loi n°2002-305 du 4 mars 2002 relative à l'autorité parentale)

⁴⁰ Art. 364 et 369 du Code civil

⁴¹ CEDH, 3 mai 2011, *N.-G c. Grèce*, affaire n°56759/08

traitait différemment les enfants adoptés et les enfants biologiques du *de cuius*. Mais depuis cette loi, il y a une égalité au niveau du calcul des droits de mutation, sous réserve du respect de certaines conditions. Ce point sera développé dans la partie consacrée à cet effet (*Partie 2, Chapitre 1, Section 1, §2, B*).

Par ailleurs, ce qui semble surprenant c'est que les enfants adoptés bénéficient des mêmes droits que les enfants biologiques depuis 1966⁴³. Ce qui signifie que les liens juridiques ont plus de valeur que les liens par le sang car les adoptés sont traités comme les enfants biologiques contrairement aux enfants biologiques (légitime et naturel adultérin) qui sont traités différemment.

Ce, alors qu'en principe, c'est le lien par le sang qui aurait dû primer et être davantage reconnu juridiquement. En effet, dans l'hypothèse d'une adoption seul un lien affectif uni l'adoptant et l'adopté, il n'y a aucun lien biologique. C'est le jugement d'adoption qui uni juridiquement ces derniers.

S'il fallait trouver une justification à cette situation, c'est sans doute le caractère volontaire qui ferait la différence. En effet, contrairement à un enfant naturel adultérin dont un seul membre du couple est responsable, l'adoption est voulue par les deux parents. Il y a donc un consentement mutuel à vouloir accueillir et accepter un enfant sans filiation naturelle ou légitime au sein de la famille. L'adoption serait l'aboutissement d'un projet souhaité par la famille.

Malgré tous ces débats, le législateur a participé activement à l'évolution du statut de l'enfant naturel dans le système successoral, tout comme le statut du conjoint survivant.

B. La protection progressive du conjoint survivant

L'évolution du statut du conjoint survivant est tout autant remarquable car d'un successeur irrégulier, le législateur lui a accordé une réserve héréditaire.

1. D' « un successeur irrégulier » à un héritier à part entière

Depuis 1804, le droit gardait une certaine défiance à l'égard du conjoint survivant qui était considéré comme un successeur irrégulier et qui de ce fait, ne disposait pas d'une vocation successorale.

⁴² La loi n°2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant

⁴³ Loi n° 66-500 du 11 juillet 1966 portant réforme de l'adoption

Le but était de conserver et de protéger le patrimoine familial de l'époux en application de l'adage « *paterna paternis, materna maternis* » avec cette idée de la distribution des biens du *de cuius* à ses parents légitimes par le sang. En effet, le Code de 1804 prônait deux grands principes en matière successorale : par le sang et la légitimité de la parenté. Cette distinction renvoie à « la différence fondamentale qui existe entre la réserve des enfants née du lien du sang qui est intangible et celle du conjoint, née du lien matrimonial qui est toujours sujet à rupture »⁴⁴. Par ailleurs, il faut noter qu'au niveau de la science, le conjoint survivant n'est pas à un membre de la famille stricto sensu.

Par la suite, l'évolution des mœurs et la prise en compte de la réalité familiale ont conduit le législateur à reconnaître un statut au conjoint survivant et à lui accorder une vocation successorale.

2. La reconnaissance d'une vocation successorale au conjoint survivant

a. Une reconnaissance progressive de sa vocation successorale

Les droits du conjoint survivant ont progressivement évolué. « La loi du 9 mars 1891 lui a accordé un droit d'usufruit, celle du 3 décembre 1930 lui attribua des droits en propriété en l'absence d'héritier dans une ligne puis celle du 26 mars 1957 l'éleva avant les collatéraux ordinaires dans l'ordre des successibles. L'ordonnance du 30 décembre 1958 fit de lui un véritable héritier en lui conférant la saisine, c'est à dire la faculté d'entrer de plein droit en possession des biens, droits et actions du défunt. »⁴⁵

C'est la loi du 3 décembre 2001 qui a institué au profit du conjoint survivant une réserve héréditaire (article 914-1 du Code civil) en absence d'enfants. Le législateur lui a ainsi offert un statut à part entière et a contribué à « *son épanouissement* »⁴⁶.

L'adoption de cette loi ne s'est pas faite sans difficulté et a suscité quelques critiques concernant l'opportunité et le fondement de la réserve.

⁴⁴Romain REVOL, Gazette du Palais, 3 octobre 2002 n°276

⁴⁵ Proposition de loi relative aux droits du conjoint survivant, 12 juin 2017 <https://www.senat.fr/rap/l00-378/l00-3781.html>

⁴⁶ Romain REVOL, Gazette du Palais, 3 octobre 2002 n°276

b. La création de la réserve héréditaire critiquée

Cette loi de 2001 adoptée par la Commission mixte paritaire est le résultat « d'un compromis » entre le Sénat et l'Assemblée nationale⁴⁷.

Le Sénat n'était pas dans le sens de l'instauration de ladite réserve. Il estimait qu'au regard du principe de la liberté, le *de cuius* pouvait librement disposer de ses biens. Toutefois, si le conjoint se trouvait dans le besoin, le droit au logement et le droit à pension lui seraient assurés.

Le rapporteur de l'Assemblée nationale, Monsieur VIDALIES plus soucieux du sort du conjoint survivant estimait au contraire qu'il était nécessaire de rétablir cette disposition. En effet, la réserve héréditaire constitue une garantie minimale pour le conjoint survivant de nature à le protéger lorsque le défunt l'a totalement écarté de la succession ou encore de maintenir son niveau de vie⁴⁸.

La création de cette réserve pourrait se justifier au niveau de l'affection présumé que portait le défunt au conjoint survivant. Pendant toute sa vie le conjoint et le *de cuius* ont partagé une communauté de toit et une communauté de vie. Il est donc raisonnable de lui reconnaître cette qualité et de lui attribuer une protection.

Par ailleurs, l'instauration de cette réserve a suscité un débat au sein de la doctrine.

Pour les réfractaires, la vocation successorale en usufruit était suffisante car elle permettait de concilier les intérêts du conjoint survivant à ceux des autres héritiers par le maintien des biens en leur propriété. Ce, même si la répartition et la gestion des pouvoirs dans le démembrement du droit de propriété posait des difficultés.

De même, cette réserve conduirait à une multiplication des divorces. En effet, un époux pourrait utiliser le divorce afin d'écartier son conjoint de la réserve et de pouvoir disposer librement de ses biens car ici le régime matrimonial ne se dissout pas par décès mais par divorce.

Pour finir, la conséquence serait l'irrespect des conventions matrimoniales notamment lorsqu'un des époux marié sous le régime séparatiste décède. Cette réserve

⁴⁷ Vincent COSSIC, *Hier, aujourd'hui, demain : les nouveaux droits du conjoint survivant et subsidiairement les dispositions diverses à fins successorales*, Revue juridique de l'Ouest, 2002-4.

⁴⁸ Rapport du député A. VIDALIES ; J.FERTAL, *Le nouveau statut successoral du conjoint successible*, Gazette du Palais 30 juin 2001 n°181.

permettra au conjoint survivant de bénéficier obligatoirement d'un quart en pleine propriété.

Par ailleurs, la loi du 23 juin 2006⁴⁹ a fait preuve d'une grande avancée au niveau du droit légal du conjoint survivant en supprimant la réserve des ascendants. En effet, le conjoint avant cette loi ne bénéficiait d'une réserve uniquement en absence de descendant et d'ascendant.

Toutefois malgré les évolutions législatives, certains éléments montrent que cette égalité mixte est relative (*Section 2*).

SECTION 2 – Une égalité mixte relative

Les droits qui sont attachés à la qualité d'héritier et les conflits éventuels qui peuvent découler de la superposition ou du cumul de ces droits montrent que cette égalité mixte est relative (§1). C'est également le cas face à une liberté qui permet de créer des inégalités (§2).

§1. La superposition et le cumul des droits des coindivisaires

Il s'agira de tirer les conséquences des règles de la dévolution légale face au concours entre le conjoint survivant et les enfants (*A*) et face au cumul avec les droits légaux (*B*).

A. La dévolution successorale *ab intestat* en présence du conjoint survivant

L'option qui est offerte au conjoint survivant en présence d'enfants communs permet d'instaurer un certain équilibre (*1*). Toutefois en présence d'enfants issus d'un premier lit, l'option du conjoint survivant est écartée (*2*).

1. Un équilibre dans l'option offerte au conjoint en présence d'enfants communs

En présence d'enfants communs, le conjoint survivant aura le choix entre la totalité en usufruit ou le quart en pleine propriété⁵⁰. S'il n'a pas exercé l'option après mise en demeure des héritiers, il est réputé avoir opté pour l'usufruit en totalité⁵¹.

À supposer qu'il n'y ait pas de conflits familiaux, l'option pour l'un ou l'autre ne semble pas poser de grandes difficultés au conjoint et aux héritiers. En effet, la

⁴⁹ Loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités

⁵⁰ Article 757 du Code civil (loi du 3 décembre 2001)

⁵¹ Articles 758-3 et 758-4 du Code civil

structure familiale et la dimension affective resteront *a priori* inchangées. En principe, si les enfants communs s'entendent bien avec le conjoint survivant, à savoir son père ou sa mère, ils ne verraient donc pas d'inconvénient à cohabiter ensemble.

Mais cela n'est pas le cas lorsqu'on est présence d'enfants qui ne sont pas issus du couple.

2. L'absence d'option en présence d'enfants non communs, regrettée ou justifiée ?

En présence d'un ou plusieurs enfants qui ne sont pas issus des deux époux, le conjoint survivant a uniquement droit à la propriété du quart⁵². En effet, aucune option ne lui est offerte comme dans le cas précédent.

Les dispositions de l'article 757 du Code civil sont assez larges car elles visent aussi bien les enfants nés d'un premier lit que les enfants adultérins.

Tout l'intérêt est de savoir pourquoi le législateur a écarté l'option du conjoint survivant qui face à cette situation devrait se sentir plus protégé de par son statut, que dans le cas précédent. Dans les justifications qui peuvent être avancées, l'absence d'option aurait pour but d'éviter les conflits entre le conjoint survivant et les enfants adultérins. En effet, si le conjoint survivant avait opté pour l'usufruit, ce dernier aurait pu se servir du bien notamment habiter dans la maison familiale et percevoir les fruits de ce bien. Il pourrait donc jouir des biens jusqu'à épuiser leur valeur de manière à ce que ces enfants non communs ne puissent pas bénéficier des biens à son décès.

Par ailleurs, une bonne cogestion serait difficile si dès le départ le conjoint et les enfants communs n'admettent pas l'existence d'enfants non communs ou encore s'ils découvrent leur existence au moment du décès. Elle serait d'autant plus complexe si on rajoute les difficultés liées à la répartition et à la gestion des pouvoirs issus du démembrement de propriété.

Finalement, le but n'est pas d'attribuer à l'une ou à l'autre des parties plus de droits mais de trouver un compromis qui se rapproche le plus de la réalité familiale.

A la lumière de ces différents éléments, le législateur semble continuer à œuvrer dans le sens d'une protection et de l'égalité des chances des enfants non communs au détriment de la situation du conjoint survivant. L'option étant écartée, il est donc

⁵² Article 757 du Code civil

difficile pour lui de maintenir son niveau de vie et parfois même, arriver à un certain âge le conjoint ne dispose pas de revenu contrairement aux enfants.

La doctrine considère le conjoint survivant comme le parent pauvre de la dévolution successorale légale.

C'est ainsi qu'on peut dire que l'égalité mixte n'est pas absolue, car la dimension quantitative n'est pas fonction de la dimension qualitative. Toutefois, certains droits légaux viennent compenser au mieux cette absence d'option (B).

B. Le renforcement de la protection du conjoint survivant

Pour assurer la protection du conjoint survivant, le législateur a, par les lois de 2001 et 2006 mis en place un droit au logement se traduisant par une jouissance temporaire au logement⁵³ et un droit d'habitation et viager sur le mobilier⁵⁴. Contrairement au droit de jouissance temporaire, le droit viager peut être exclu par testament authentique du vivant du *de cuius*.

Ces différents droits sont intéressants lorsque le conjoint survivant se retrouve en présence d'enfants issus d'un premier lit, lorsqu'il a opté pour le quart en pleine propriété ou encore en cas d'exhérédation. En effet, le conjoint survivant pourra cumuler les règles de sa vocation successorale et le droit d'habitation et d'usage et même cumuler ces droits légaux avec les libéralités⁵⁵. Ce qui reviendrait au final à rétablir l'option entre la totalité en usufruit ou le quart en pleine propriété.

Il existe par ailleurs un autre avantage en ce que la valeur des droits d'habitation et d'usage s'impute sur la valeur des droits successoraux recueillis par le conjoint survivant. En effet, que la valeur de ces droits soit supérieure ou inférieure à ces droits successoraux, le conjoint n'aura pas à s'inquiéter⁵⁶.

Par ailleurs, la jurisprudence admet la possibilité de cumuler les règles de la dévolution (1/4 en propriété) et une libéralité (usufruit)⁵⁷.

Toutefois, même si le conjoint survivant a droit au maintien dans le logement familial, ce dernier peut se voir confronter à un problème de cohabitation. En effet,

⁵³ Article 763 du Code civil (loi du 23 juin 2006)

⁵⁴ Article 764 du Code civil (loi du 3 décembre 2001)

⁵⁵ Avis de la Cour de cassation du 26 sept. 2006

⁵⁶ Article 765 du Code civil

⁵⁷ Civ., 1^{ère}, 4 juin 2009, pourvoi n°08-15799

depuis la loi du 3 décembre 2001, le consentement du conjoint de l'auteur de l'enfant naturel adultérin n'est plus requis pour que ce dernier puisse être élevé au domicile conjugal. Cette disposition permet de créer un certain équilibre entre le droit au logement accordé conjoint survivant et la situation de l'enfant naturel adultérin. D'autre part, elle permet de créer une équité entre ce dernier et les enfants communs du couple.

Si le législateur instaure plus d'égalité et d'équilibre dans le cadre successoral, l'autonomie de la volonté permet à toute personne de faire avec ses biens ce que bon lui semble (§2).

§2. La complémentarité relative entre l'égalité et la liberté créatrice d'inégalités

Cette complémentarité relative se justifie par la possibilité pour un époux de mettre en place des avantages au profit d'un bénéficiaire déterminé. Les clauses dites d'inégalités économiques (A) et le droit de retour conventionnel (B) en sont des exemples.

A. Les clauses d'inégalités économiques

La possibilité de recourir à ses clauses est reconnue par le Code civil (1). Accoupler à un régime matrimonial, celles-ci permettent de créer une inégalité absolue (2).

1. Le principe et le régime des clauses d'inégalités économiques

L'article 1520 du Code civil permet « aux époux de déroger au partage égal établi par la loi ». Pour cela, les époux vont procéder à des avantages matrimoniaux. En effet, il y a avantage matrimonial à chaque fois que le régime matrimonial confère à un époux une faveur par rapport à son conjoint. Il faut préciser que la mise en place de tels avantages n'est possible que dans les régimes de communauté⁵⁸.

Ils sont utilisés pour protéger ou faciliter la transmission du patrimoine au conjoint survivant ou afin de déshériter partiellement ou totalement certains héritiers.

De manière générale, la mise en place de ces clauses est vue comme une injustice par certains. Mais d'un autre côté, elles permettent au couple d'adapter la transmission de leur patrimoine à la réalité familiale, à la vision qu'il se fait de leur famille et de leurs besoins.

Parmi ces clauses, hormis la clause d'attribution préférentielle, la clause de préciput, la clause de prélèvement moyennant indemnité, il est possible dans le cadre successoral d'instaurer une attribution intégrale.

⁵⁸ Civ., 1^{ère}, 3 déc. 1996, JurisData 004749, Dr. Fam. 1997

2. La clause d'attribution préférentielle et la communauté universelle

a. L'inégalité attachée à l'essence de cette clause

« Le comble de l'inégalité dans le partage est l'éviction pure et simple de l'un des copartageants »⁵⁹.

Cette formule renvoi au dispositif posé à l'article 1524 du Code civil, à savoir la clause d'attribution intégrale de la communauté au conjoint survivant à la dissolution par décès.

Le plus souvent, cette clause est inscrite dans les contrats de communauté universelle lors d'un changement de régime matrimonial effectué par un couple d'un certain âge. Cette communauté universelle est composée de tous les biens présents et à venir des époux quelle que soit la date d'acquisition, leur origine, le mode de financement de ces biens.

Ce régime combiné à la clause d'attribution intégrale de la communauté va venir neutraliser en quelque sorte le jeu de l'indivision. En effet, il n'y a pas réellement de succession qui est ouverte à la mort de l'un des époux, l'intégralité du patrimoine étant directement attribué à l'autre au moment du décès. L'adoption de ce dispositif « a pour effet de reporter l'ouverture de la succession de prémourant (le *de cuius*) au jour du décès du survivant »⁶⁰. Ce faisant, les enfants ne pourront bénéficier de la succession qu'au décès du conjoint survivant mais encore faut-il qu'ils ne soient pas concurrencés par les éventuels enfants issus d'un nouveau mariage.

Par ailleurs, selon le doyen Cornu, « la communauté serait une sorte de régime matrimonial à cause de mort, non plus destiné à régler la vie active des époux, mais plutôt à entourer le survivant d'avantages matrimoniaux et fiscaux »⁶¹. Cet intérêt fiscal a toutefois disparu depuis la loi du 21 août 2007⁶² codifiée à l'article 796-0 du Code général des impôts, le conjoint survivant est totalement exonéré des droits de mutations à cause de mort.

Il semblerait toutefois que cette clause ne soit pas totalement considérée comme un inconvénient pour les héritiers.

⁵⁹F. TERRE et P. SIMLER, Les régimes matrimoniaux - Dalloz, éd. Précis n°7

⁶⁰ J. THIERRY, D. 1998, 530

⁶¹ G. CORNU, Les régimes matrimoniaux, 5e éd., PUF, 1989 p. 669 ; F. TERRE et P. SIMLER, Les régimes matrimoniaux, *op. cit.*

⁶² Loi n° 2007-1223 du 21 août 2007 en faveur du travail, de l'emploi et du pouvoir d'achat

b. Une inégalité tempérée

Selon la Cour de cassation⁶³, cette clause n'a pas pour effet d'attribuer l'intégralité des biens de la communauté au conjoint survivant car les héritiers du conjoint prédécédé ont le droit de faire la reprise des apports et capitaux tombés en communauté du chef de leur auteur (article 1525 alinéa 2 du Code civil).

De même, la Haute juridiction a également affirmé l'idée que l'adoption de ce dispositif lors d'un changement de régime matrimonial ne portait pas atteinte à la réserve de l'enfant légitime⁶⁴. En effet, pour reprendre les mots du rapporteur M. le conseiller Thierry : « ... comment peut-on parler d'atteinte à la réserve héréditaire des enfants, alors que cette prétendue atteinte est autorisée par le législateur lui-même ? »⁶⁵

Les héritiers réservataires n'ont donc aucun intérêt à intenter une action en nullité⁶⁶ d'une convention notariée de changement de régime matrimonial qui a été adoptée conformément à l'intérêt de la famille.

Par ailleurs, cette attribution de l'intégralité des acquêts au conjoint survivant constitue un avantage matrimonial réductible⁶⁷. Cette réduction consistant à une action en retranchement. Cette action posée à l'article 1527 du Code civil permet aux héritiers qui ne sont pas issus du couple d'obtenir la réduction avantages matrimoniaux (quotité disponible spéciale entre époux) réalisés par l'époux défunt au profit du conjoint survivant à la quotité disponible.

Jusqu'en 2001 ce texte excluait les enfants naturels simples ou adultérins et jusqu'en aujourd'hui, les enfants communs du couple et les adoptés. Ces derniers ne pourront pas remettre en cause ces avantages.

La jurisprudence a apporté des précisions quant à la situation de l'enfant adopté. Par un arrêt du 7 juin 2006, la première chambre civile a déclaré que l'enfant adopté par le conjoint survivant n'est pas fondé à se prévaloir de la protection spécifique de l'action en

⁶³ Civ., 1^{ère}, 25 sept. 2013, pourvoi n° 12-23.111

⁶⁴ Civ., 1^{ère}, 14 mai 1996, pourvoi n° 93-20.703

⁶⁵, Rapport de M. le conseiller J. Thierry, D. 1996.537; Defrénois, 1996.1080, obs. G. Champenois

⁶⁶ Sur l'action en nullité *V.* Civ., 2^{ème}, 20 mai 2010, pourvoi n° 09-15432

⁶⁷ Civ., 1^{ère}, 27 mars 2007

retranchement de l'article 1527, alinéa 1er du Code civil⁶⁸ et ce même si l'adoption a été révoquée après l'ouverture de la succession⁶⁹.

Toutefois, une autre voie permettrait d'ouvrir cette action aux enfants qui sur le fondement de l'article 1527 du Code civil se verraient écarter de ce bénéfice. En effet, l'action en retranchement équivaldrait à une action en réduction car on va traiter ces avantages matrimoniaux comme des libéralités entre époux, l'article 1527 renvoyant à l'article 1094-1 du Code civil.

B. Le droit de retour des biens en présence du conjoint survivant

Ce droit de retour a pour but que les biens du défunt demeurent dans le patrimoine familial (1) et ce même si dans certaines situations on se retrouve face au logement de famille (2).

1. Le retour des biens dans la propriété familiale du *de cujus*

Le principe de l'unité de la succession repose sur l'idée d'une transmission unique de tous les biens composant le patrimoine du *de cujus* aux successeurs. Il existe toutefois une exception selon laquelle l'indivision composée de ces biens serait exclusive du droit au partage. PLANIOL et RIPERT qualifiaient cette exception de copropriété avec indivision forcée ou de copropriété forcée⁷⁰ face à l'existence d'une propriété familiale (famille lignage) du *de cujus*.

Cette exception renvoie aux successions anormales « portant sur des biens déterminés dont la loi par exception, règle la dévolution en raison de leur nature et de leur origine en les faisant retourner à leur donateur après le décès du donataire prédécédé sans postérité⁷¹.

Le droit de retour légal constitue un des cas des successions anormales qui a pour but de protéger les biens et de conserver le bien dans la famille d'origine. C'est également le cas du droit de retour conventionnel. L'idée est d'empêcher que le bien entre dans le patrimoine du conjoint survivant et qu'à son décès, il soit transmis à sa famille.

⁶⁸ Civ., 1^{ère}, 7 juin 2006, pourvoi n°03-14.88542

⁶⁹ Civ., 1^{ère}, 9 juill 2014, pourvoi n°13-19.013

⁷⁰ PLANIOL et RIPERT, Les biens, 2e éd., LGDJ, 1952

⁷¹ CHEVREUX, Notaires, *Droit de retour légal des frères et sœurs – article 757-3 du Code civil*, Fiches pratiques Droit Patrimonial, 27.09.2013

Ce droit constitue un régime de faveur au profit des ascendants et des collatéraux privilégiés lorsque ceux-ci sont exclus de la succession ou alors lorsque les biens en question sont qualifiés de « biens de famille ». En effet, le législateur a voulu rétablir un minimum d'équilibre et d'équité lorsque le conjoint survivant va hériter de la totalité de la succession ou encore lorsque celui-ci est en concours avec les parents du *de cuius*.

Le législateur offre la possibilité au donateur de faire en sorte que sa famille puisse profiter d'un bien auquel elle attache une valeur particulière. Cette situation permettra de faire une pierre deux coups car aussi bien le conjoint que les membres de la famille vont y trouver leurs comptes.

2. Le retour conventionnel face au logement familial

Selon les dispositions de l'article 951 du Code civil « Le donateur pourra stipuler le droit de retour des objets donnés soit pour le cas du prédécès du donataire seul, soit pour le cas du prédécès du donataire et de ses descendants. Ce droit ne pourra être stipulé qu'au profit du donateur seul ». La donation avec droit de retour conventionnel (articles 951 et 952 du Code civil) s'analyse en une donation faite sous condition résolutoire⁷². La condition résolutoire (prédécès) étant réalisée, la donation est rétroactivement anéantie, le donateur peut en demander la restitution immédiate et de ce fait, il redevient l'unique propriétaire des biens donnés.

Il ne faut pas confondre le droit de retour conventionnel et le droit de retour légal. Le premier ne dépend pas de la succession du donataire car il s'agit d'une clause résolutoire qui de par sa réalisation permettra le retour automatique du bien dans le patrimoine du donateur. Le deuxième va s'imputer sur les droits successoraux des ascendants et va dans certains cas mettre en place une indivision entre ces derniers et les autres héritiers. Il est donc préférable de mettre en place cette clause dans une donation plutôt que de recourir au retour légal⁷³.

Toutefois, lorsqu'on est face au logement de famille, il ne faut pas systématiquement la prévoir dans une donation. En effet, la première chambre civile a

⁷² Civ., 1^{re}, 7 juin 1995, pourvoi n° 93-14.620 : Bull. civ. I, n° 236 ; D. 1995. 614

⁷³ Groupe Revue Fiduciaire, *Transmettre son patrimoine*, 1^{ère} éd., 2009

affirmé que le droit viager qui bénéficie au conjoint survivant ne fait pas obstacle à la mise en œuvre cette clause dans un arrêt en date du 23 septembre 2015⁷⁴.

Mais contrairement à cette clause, le droit de retour légal est neutralisé en présence d'un droit viager au logement. En effet, « la protection du logement familial doit être aussi bien assurée en présence de collatéraux privilégiés qu'en présence de descendants et d'ascendants ». Cette solution ressort d'une Réponse ministérielle en date du 14 novembre 2006⁷⁵. Cette réponse ministérielle conforte donc l'engagement du législateur à travers la loi de 2001, dans l'attribution de droits protecteurs au conjoint survivant.

La situation peu confortable que crée le droit de retour conventionnel face au logement de famille est le fait même du donateur. C'est lui qui va décider du sort du logement de famille même si les dispositions du Code civil et la jurisprudence assurent dans certaines situations la protection et le bien-être du conjoint survivant. Le législateur ne peut pas intervenir dans un choix dont il n'a pas la maîtrise et qui de ce fait ne dépend que de la volonté d'un époux. Il a déjà rempli sa part du marché en permettant aux collatéraux privilégiés de demander la restitution de certains biens au conjoint survivant.

Les exemples concrets développés dans ce paragraphe démontrent ainsi que la complémentarité entre l'égalité et la liberté est relative. En effet, la liberté permet de tout faire, même de créer des inégalités même en présence d'enfants ou du conjoint survivant, sous réserve du respect des dispositions d'ordre public et de l'intervention du juge. Par voie de conséquence, l'égalité mixte en tant que telle ne peut être que relative.

De manière générale, les situations rencontrées et le régime mis en place lors de cette phase transitionnelle que représente l'indivision montrent que la présence de la liberté et de l'égalité est relative. Toutefois, cette relativité dépendra de la vision qu'adopte une personne confrontée à ce genre de situation, c'est-à-dire si faisant strictement application ou non des dispositions du Code civil.

Par ailleurs en plus de la liberté et de l'égalité, il faut envisager cette idée de fraternité, voir si comme ces deux compagnons sa présence est tempérée dans cette phase transitionnelle (*Partie 2*).

⁷⁴ Civ., 1^{ère}, 23 sept. 2015, pourvoi n° 14-18.131

⁷⁵ Rép. Brunel n°104803, JO 14 novembre 2006, AN quest. p.11972

PARTIE 2- LIBERTÉ, ÉGALITÉ ET FRATERNITÉ DANS LA PHASE TRANSITIONNELLE DE L'INDIVISION SUCCESSORALE?

Beaucoup de débats ont entourés le terme « fraternité », en passant par sa reconnaissance juridique et par l'intérêt de l'insérer à côté de la liberté et de l'égalité.

Si ces deux termes trouvent une traduction concrète dans les textes, la fraternité est difficilement transposable et répressible en droit. Cette notion se retrouve explicitement à l'article 1^{er} la Déclaration universelle des droits de l'homme et du citoyen du 10 décembre 1948. Ce sentiment est dépendant de la démarche volontaire, du bon vouloir, de la bonne foi de chacun. La fraternité est également un sentiment naturel qui relève de l'instinct. Pour une bonne cohésion familiale des concessions sont parfois nécessaires.

Il semblerait que dans certains cas, les membres de la collectivité familiale lors de la phase transitionnelle de l'indivision ne font pas de cette valeur la leur (*Chapitre 1*).

Ils peuvent cependant compter sur l'intervention des organes externes à cette collectivité. En effet, ces derniers vont faire en sorte que l'indivision se déroule au mieux, dans la cohésion familiale, dans le respect de « l'ordre public familial » (*Chapitre 2*).

CHAPITRE 1– LA FRATERNITÉ, UNE VALEUR FUTILE AUX YEUX DES COINDIVISAIRES

Il s'agira ici d'étudier les éléments qui pourraient justifier de cette absence d'esprit et de lien fraternels dans certaines situations. En effet, si on remonte à l'origine, selon certains auteurs la « Fraternité n'existerait pas, elle est seulement de l'ordre du possible ».

En partant de ce constat, on aurait tendance à dire qu'elle ne pourrait pas plus exister sur le plan sociologique et juridique (*Section 1*). Toutefois, il existe des tempéraments à ce constat car lorsque l'intérêt commun des coindivisaires et de l'indivision le requière. En effet, les héritiers verront l'importance d'employer et de développer cette vertu que représente la fraternité. (*Section 2*).

SECTION 1 – « La Fraternité n'existe pas »⁷⁶, entre justification et relativisation

Ce constat est d'une part, justifié lorsqu'il est transposé dans un contexte successoral

⁷⁶ P. J. PROUDHON, *Système des contradictions économiques, ou, Philosophie de la Misère*, T. II, éd., Guillaumin et cie, 1846 p. 373

(§1) et d'autre part, tempéré à travers les mécanismes juridiques qui tiennent compte du lien familial (§2).

§1. Un constat justifié

Au regard des éléments traités dans la première partie, il est parfois difficile de croire que la liberté, l'égalité et la fraternité sont complémentaires (A). Ce constat pourrait se justifier avant tout par la disparition du pilier familial qu'incarnait le *de cuius* (B).

A. La complémentarité incertaine entre la liberté, l'égalité et la fraternité

Selon les définitions qu'on retrouve dans les grands dictionnaires français, la fraternité est le lien de solidarité qui devrait unir tous les membres de la famille humaine chez Larousse et représenterait l'amour universel qui unit tous les membres de la famille humaine chez Littré. Chez L'internaute, c'est le lien entre frères et sœurs, c'est-à-dire des enfants nés ou élevés par les mêmes parents.

La fraternité familiale correspond au sentiment qui accompagne le lien familial et contient une dimension affective. De même, il ne fait pas uniquement référence aux liens par le sang mais englobe l'ensemble des liens affectifs entre les membres d'une famille.

Selon Didier LETT, professeur d'histoire médiévale à l'Université Denis-Diderot⁷⁷, la fraternité incarne un sentiment, une vertu, un devoir et un principe politique qui entretient des relations très étroites avec la liberté et l'égalité.

Si on part des ces différentes définitions, l'évolution des rapports entre les enfants légitimes et les enfants naturels ou encore entre les enfants biologiques et les enfants adoptés peut être un exemple qui vient confirmer, conforter l'idée selon laquelle, la fraternité est le complément nécessaire de l'égalité. Ainsi, outre les préjugés, cette valeur vient donner un autre sens à la vie de l'enfant innocent fruit d'un adultère car ce dernier pourra être élevé au domicile conjugal avec ses (demi) frères et sœurs.

Concernant la liberté, il peut être difficile de considérer que celle-ci soit un complément positif à la fraternité. En effet, la liberté permet de tout faire, de vivre, de penser en totale liberté dans le respect de l'ordre public.

⁷⁷ Didier LETT, professeur d'histoire médiévale à l'Université Denis-Diderot (Paris 7). Spécialiste de l'enfance, de la famille, de la parenté *L'histoire des frères et des sœurs* in Clio. Femmes, Genre

Ce faisant, l'Homme est libre de choisir d'adhérer ou non la fraternité, de faire des concessions ou pas en présence d'une collectivité familiale.

Par ailleurs, dans cette phase transitionnelle, il faut qu'il y ait un faible intérêt porté à la liberté et que l'esprit et le lien fraternel soient à la hauteur. Il s'agit d'une nécessité dans la préservation de l'essence du droit de propriété individuel et surtout dans préservation de liens familiaux. Ce, même si la fraternité semble « bienveillant pour l'humanité en général, et terrible pour chaque individu. »⁷⁸

Ces éléments démontrent donc que la complémentarité entre ces trois termes est incertaine contrairement à la complémentarité entre la fraternité et l'égalité.

B. La disparition du " Père ", pilier de la famille

Il s'agira ici de trouver des éléments qui permettent de comprendre pourquoi les conflits apparaissent au moment de l'ouverture de la succession, à savoir au décès. Pour cela il convient de distinguer deux périodes, la période avant le décès qui renvoie à la vie durant du *de cuius* (1) et ensuite, la période post-décès (2).

1. La période prédécès

Il faut entendre par « Père », le chef de famille (ex : les parents, les grands-parents...) qui de son vivant était considéré comme le pilier de la famille, celui qui faisait régner l'harmonie entre les membres de la famille. Il est le symbole d'une famille unie, une famille face à laquelle rien ne pouvait résister et surement pas les problèmes familiaux.

Par ailleurs, cette qualité de « Père » renvoie à l'idée d'une crainte paternelle, crainte de ce que ce dernier pourrait penser d'une attitude incorrecte qui pourrait être à l'origine d'un désordre familial.

Tout le monde s'entend bien car il ne faut pas décevoir le chef de famille. De ce fait, pour lui rendre hommage, c'est cette famille qui va perpétuer la personne du *de cuius* au moment de la transmission de son patrimoine dans sa dimension matérielle et affective. Il faut entendre par patrimoine affectif, toutes les valeurs, les vertus et les principes que le défunt à inculquer à sa famille.

⁷⁸ Citation de Jules RENARD (1864-1910) tirée du dictionnaire Linternaute sous le mot « bienveillant »

Malheureusement, c'est l'appropriation du patrimoine matériel qui peut être la cause d'un désordre familial, mettant de côté les valeurs et les principes enseignés.

2. *La période post-décès*

Une famille qui paraissait parfaitement harmonieuse du vivant du « Père » se retrouve de par l'ouverture d'une succession, d'une situation purement juridique au coeur des tensions familiales. Cette hypothèse renvoie en quelque sorte à une définition négative de la fraternité qu'on rencontrait déjà dans l'histoire à travers les mythes fondateurs de frères ennemis (ex : Abel et Caïn).

Il est toutefois, difficile de concevoir que la mise en place d'une situation juridique puisse bouleverser les relations familiales. En effet, il est plus compréhensible de dire qu'il n'y a pas d'entente familiale en raison du comportement d'un de ses membres qu'en raison de l'ouverture d'une succession. En effet, c'est ce genre d'événement douloureux qui permet d'évaluer le degré des liens unissant une famille, de savoir s'il existe réellement un lien solide permettant de surmonter ensemble les difficultés.

Par ailleurs, le Père lui même peut-être à l'origine de ces situations conflictuelles dans lesquelles la mort ne serait qu'un révélateur. En effet, il aurait pu de son vivant participer à création de l'état actuel au niveau de l'organisation de la transmission du patrimoine. En effet, la « puissance paternelle⁷⁹ confère à son titulaire la faculté de donner ses biens d'une main plus parcimonieuse ou plus étendue, selon que le comportement de tel ou tel enfant s'est accordé avec sa volonté et avec son humeur » Il agirait en connaissance de cause lorsqu'il privilégie un héritier par rapport à autre par le biais d'un testament qui ne sera révélé qu'à sa mort. Ce comportement volontaire du *de cuius* pourrait être perçu comme une trahison du Père.

Finalement, c'est uniquement sur le terrain de la psychologie et de la sociologie qu'on peut comprendre pourquoi les choses se révèlent de cette manière. Tout dépend de la façon dont on s'approprie la situation, de sa mentalité, de son degré de maturité. Alors que sur le terrain du droit, la règle est la même pour tous, elle a en principe une seule et même interprétation.

⁷⁹Citation de John LOCKE, V. J.P AGRESTI et E. PUTMAN, *Le droit patrimonial : Miroir des mutations familiales*, Préface, éd., PUAM, 2012, p. 15

En quelque sorte, le droit ne joue qu'un rôle de révélateur des conflits dans la vie familiale et il met en lumière une réalité qui semblait être dissimulée du vivant du « Père ».

Ainsi, contrairement à l'entraide fraternelle qui existait auparavant, les frères et sœurs ne semblent plus vouloir aujourd'hui, après la mort de leur Père, prolonger l'indivision du domaine et exploiter ensemble la terre⁸⁰.

§2. La prise en compte de la fraternité dans sa conception économique

La fraternité semble être délaissée peu à peu au profit de la solidarité. Il faut donc rechercher dans les mécanismes, les règles juridiques traditionnelles, des indices d'une solidarité dite fraternelle. Appliquer dans un contexte successoral, cette notion prendrait sa source dans le cadre familial.

Bien que présent en droit public ou en droit pénal (ex : les immunités empêchant d'engager la solidarité des proches), cette solidarité fraternelle doit être étudiée à la fois sur le terrain civil et fiscal dans sa dimension positive et négative. Au niveau fiscal, elle renvoie d'une part, à la solidarité à la dette fiscale (*A*) et d'autre part, au régime de faveur accordé en matière de droits de mutation à cause de mort (*B*).

A. La solidarité des coindivisaires

En matière du droit des successions, ce terme est posé à l'article 1709 du Code général des Impôts à travers le principe de la solidarité des cohéritiers dans l'obligation à la dette fiscale, à considérer qu'il y en ait plusieurs.

En effet, en vertu de ce principe, l'Administration fiscale est en droit d'exiger le paiement total des droits de mutations augmentés des pénalités de retard entre les mains d'un seul cohéritier, à charge pour ce dernier de se retourner contre les autres cohéritiers et de se faire rembourser.

Ce faisant, cette situation est considérée comme purement involontaire et temporaire. L'idée de prendre en compte le lien fraternel est indépendante de la volonté des héritiers. En effet, c'est la dette fiscale qui est le fait générateur, déclencheur de la mise en œuvre de la solidarité. Ainsi, on pourrait penser que l'appel de l'Administration fiscale fait que tous sont garants de la parfaite exécution de cette obligation car le fait

⁸⁰ Didier LETT, *V.* note 78

qu'un seul soit saisi ne veut pas dire que les autres n'auront pas des comptes à rendre, qu'ils seront moins concernés.

Sur le plan juridique et notamment en matière fiscale, cette notion est définie strictement car il s'agit avant tout d'une obligation qui tient les débiteurs en l'état. Alors que dans le langage courant, cette notion renvoie à une faculté, à une adhésion à l'idée d'une entraide économique entre les membres d'une famille, à l'idée de soutien, de défense et tout cela basé sur la liberté et la volonté.

Toutefois, c'est la phase du remboursement qui est intéressante. En effet, elle pourrait illustrer une démarche volontaire dans la mise en œuvre de la solidarité fraternelle. En effet, des arrangements pourront être trouvés entre les cohéritiers en fonction de la situation de chacun alors que lors de l'appel de l'Administration fiscale l'heure n'est pas aux arrangements, le temps est compté.

B. Les droits de succession proportionnels au chagrin de l'héritier

L'ouverture de la succession entraîne une taxation plus ou moins onéreuse pour les héritiers qui ne sont pas préparés à l'éventualité d'un décès ou tout simplement qui n'ont pas connaissance des enjeux économiques lors d'un décès.

Toutefois, sur le plan économique et fiscal, le législateur semble attentif à cette situation et pour cela, il a mis en place des mécanismes aboutissant à la réduction de l'assiette imposable en fonction de la qualité du bénéficiaire. En effet, « *Plus le lien de famille entre le défunt et l'héritier (est) proche, plus l'impôt est faible* »⁸¹. Dans le calcul des droits de mutation, le droit fiscal marque la différence de traitement en fixant un barème distinct en fonction du lien de parenté avec le *de cuius*. Il s'agirait ici de ne pas contraindre financièrement un héritier qui se trouve être le plus proche parent notamment la famille nucléaire égalitaire.

Ici deux hypothèses sont envisageables, à savoir le lien résultant de la parenté par le sang et celui résultant de l'alliance. Ce qui semble un peu étonnant, c'est que les mutations à cause de mort entre conjoints et entre partenaires pacsés conduisent à une exonération totale alors que d'un point de vue scientifique, biologique et affectif, c'est l'enfant qui se trouve être le plus proche parent du *de cuius*.

⁸¹ C. DE LA MARDIERE, Droit fiscal général, champs Université, 2^e éd., Flammarion. 2015, p. 153

Quoiqu'il en soit, l'enfant ne bénéficiera pas moins d'un régime de faveur intéressant. Ainsi à titre d'exemple, dans une transmission en ligne directe avec un actif de 200 000, l'enfant bénéficiera d'un abattement de 100 000 euros alors que dans une transmission entre collatéraux, l'abattement est de 7 967 euros. Le taux progressif applicable dans le premier cas varie de 5 à 45 % contre un taux unique de 55 % pour le second.

Par ailleurs, avant que n'intervienne la loi du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant, l'adopté simple était soumis au tarif des droits de mutation entre personnes non parentes, soit à un taux unique de 60% après un abattement de 1 594 euros. Ainsi, sur une base taxable de 200 000 euros, l'enfant adopté simple devait payer 119 043, 6 euros contre 18 194, 35 euros pour l'enfant biologique. Cette loi réaménage les exceptions posées à l'article 786 du Code général des impôts et permet désormais à tous les adoptés simples, mineurs au moment du décès de l'adoptant, de bénéficier du régime fiscal applicable aux transmissions en ligne directe sous certaines conditions⁸².

De même, l'article 796 O ter du Code général des impôts pose une obligation de secours purement naturelle qui va se traduire par la facilitation des transmissions à cause de mort. En effet, il exonère des droits de mutation à cause de mort la part de succession du frère âgé de plus de 50 ans ou en situation de handicap et vivant depuis au moins cinq ans avec le de cujus.

Ces exemples permettent de tempérer ce constat, que la fraternité n'existe pas, lorsque les mécanismes juridiques prennent en compte les éléments qui découlent de la fraternité, à savoir le lien familial.

Par ailleurs, lorsqu'un avantage est procuré aux coindivisaires, ces derniers ont conscience qu'ils doivent collaborer ensemble (*Section 2*).

SECTION 2 – Un soupçon de fraternité en présence d'un intérêt commun

Nous commencerons par définir ce qui peut être considéré comme un intérêt commun et comment se justifie sa mise en œuvre (§1) avant de traiter de sa finalité et de ses conséquences dans le déroulement de l'indivision (§2).

⁸² Com. 6 mai 2014, pourvoi n° 12-21.835

§1. Les différentes conceptions de l'intérêt commun dans l'indivision successorale

Selon Robespierre « il est vrai encore que ce sentiment (l'amour, l'affection) sublime suppose la préférence à l'intérêt public à tous les intérêts particuliers ».

L'intérêt commun renvoi de manière traditionnelle à l'intérêt général ou encore à l'intérêt public. En effet, selon la définition volontariste, l'intérêt général exige le dépassement des intérêts particuliers. Il fait appel à la capacité des individus à dépasser leurs propres intérêts pour former ensemble une « société politique »⁸³.

La formation d'une société politique pourrait se traduire en droit successoral, par la formation d'une « société de personnes », plus généralement d'une collectivité de personnes, soit d'une indivision. A ce propos, ULPIEN se demandait comment distinguer une indivision ordinaire née de l'ouverture d'une succession, d'une copropriété sociale née d'un contrat de société⁸⁴.

Pour certains la réforme du 23 juin 2006 aboutit à une personnification de l'indivision.

De même, tout comme l'*affectio societatis* il ressort de l'*affectio communis* de l'indivision l'idée d'une collaboration dans un intérêt commun et sur un même pied d'égalité⁸⁵. Mais, contrairement à une société, l'indivision ne constitue pas dans la vision traditionnelle, une personne morale⁸⁶.

L'émergence d'un intérêt commun s'est faite de manière relativement lente avant que n'intervienne la réforme de 1976. En effet, il a été observé que cette loi « s'est efforcée d'organiser l'indivision (légale) pour faciliter la conservation et la gestion des biens indivis consacrant la double face du régime juridique de l'indivision qui préserve l'intérêt individuel des indivisaires tout en prenant en considération un intérêt commun »⁸⁷.

Deux qualifications de l'intérêt commun peuvent être retenues. Il s'agirait soit de l'intérêt commun des coindivisaires issu de la réunion des intérêts privés soit de l'intérêt commun de l'indivision dans une vision plus objective et économique. En effet, l'indivision secrète un intérêt commun qui est différent de la simple réunion de

⁸³ http://docs.eclm.fr/pdf_annexe/AssociationsCitoyennesPourDemain-InteretGeneral.pdf

⁸⁴ Domitius Ulpianus (Ulpian), Traité *Ad Sabinum*

⁸⁵ Sur l'*affectio societatis* V. Com. 3 juin 1986, Rev. sociétés 1986. 585, note Y. Guyon

⁸⁶ Civ., 3^{ème} 25 avr. 2001 : Bull. civ. III, n°50 ; Civ., 2^{ème} 9 juin 2011 : Bull. civ. II, n°129

⁸⁷ Rapp. AN n° 2850, *Réforme des successions et des libéralités*, par S. Huyghe, février 2006, p. 194-195.

multiples intérêts privés. Dans cette qualification, le critère principal serait le bien, le patrimoine indivis qu'il faut faire accroître, faire fructifier.

Toutefois, en se focalisant sur les réalités familiales, il serait plus judicieux de parler d'intérêt majoritaire que d'intérêt commun. Ainsi, au niveau de la gestion, il est plus efficace et plus simple de rallier une majorité de personne à la conservation et à l'administration du patrimoine indivis dans les opérations courantes, que d'obtenir une autorisation unanime (article 815-3 du Code civil).

Mais pourrait-on voir un intérêt commun lorsqu'on envisage l'indivision dans le temps ? (§2)

§2. L'appréciation de l'intérêt commun dans le temps

Le fait de trouver un intérêt commun dans l'indivision, dans la vie en collectivité conduira forcément les coindivisaires à travailler ensemble A) pour protéger la valeur économique du bien (B).

A. L'implication des coindivisaires dans la gestion des biens indivis

Dans les pays de la Common Law, les héritiers sont totalement étrangers à l'administration de la succession contrairement au système français qui permet aux héritiers qui ont accepté de la succession, de l'administrer.

Par ailleurs, avec la loi de 1976, l'émergence d'un intérêt commun de l'indivision a conduit à une simplification des règles de gestion et plus généralement à « *une autonomie de la masse indivise* »⁸⁸.

Pour justifier davantage cette implication des coindivisaires dans la gestion des biens indivis, on pourrait dire que « les intérêts des indivisaires sont inhérents à l'indivision et aux biens qui la composent ». De ce fait, il ne s'agirait pas « d'intérêts purement personnels à un indivisaire et étrangers au sort des biens indivis » comme on aurait pu le penser⁸⁹.

Par ailleurs, dans une Réponse ministérielle⁹⁰, le Ministre de la justice a déclaré que le but du législateur à travers les différentes réformes a été de remédier à certaines

⁸⁸ S. PRIGENT, *Réforme des successions : un aménagement du statut de l'indivision*, AJDI 2007

⁸⁹ V. Civ., 1^{ère}, 13 nov. 1984

⁹⁰ Rép. Min (question n° 14311 M.P MONIER (Socialiste), JO 25 déc. 2014), JO Sénat 7 avr. 2016

situations de blocage (conflits familiaux, le nombre d'héritiers, l'absence d'implication, la crainte de l'engagement, l'éloignement géographique...etc) au sein d'une indivision successorale concernant la gestion des biens indivis.

Aujourd'hui, les mécanismes proposés par la loi permettent d'assurer un minimum d'équilibre au sein de l'indivision.

En effet, l'article 815-2 du Code civil permet déjà à tout indivisaire de prendre des actes nécessaires à la conservation des biens indivis même sans caractère d'urgence⁹¹. L'article 815-3 du Code civil pose pour un certain nombre d'actes d'administration, une règle à la majorité des deux tiers qui a été substituée à la règle de l'unanimité⁹². Pour les actes de disposition qui sont considérés comme graves et dangereux, le consentement de tous les coindivisaires est requis⁹³.

Les actes autorisés en justice renvoient aux dérogations de la règle de l'unanimité mise en place dans le Code civil aux articles 815-4 à 815-7-1 du Code civil. Ces dérogations permettent par exemple de recourir à une habilitation judiciaire aux fins de représentation de l'indivisaire hors d'état de manifester sa volonté. À la Réunion, un coindivisaire peut être autorisé en justice à effectuer des travaux d'amélioration et des actes d'administration lors que le bien indivis à usage d'habitation ou mixte n'a pas fait objet d'une occupation effective depuis plus de deux ans.

Les règles de gestion relatives aux opérations courantes et aux opérations graves renvoient à l'idée que les héritiers ou un seul d'entre eux puissent participer à la conservation et à l'équilibre de l'indivision.

Au-delà de la gestion, un coindivisaire peut agir seul pour la défense d'un intérêt individuel ou pour prendre en charge les intérêts de l'indivision et ce aussi bien contre un autre coindivisaire ou un tiers à la succession.

⁹¹ Civ., 1^{ère}, 4 juill. 2012 : Bull. civ. I, n° 153 : action en expulsion d'occupants sans droit ni titre

⁹² Civ., 3^{ème}, 29 juin 2011 : Bull. civ. III, n° 113ex : action en résiliation d'un bail rural qui ressortit à l'exploitation normale des biens indivis

⁹³ Civ., 3^{ème}, juill. 2003 : Bull. civ. III, n° 155 : action en bornage

B. La protection de la valeur économique des biens indivis

Il faut partir de la conception objective et économique de l'intérêt commun, à savoir l'intérêt de l'indivision. Lorsque le patrimoine indivis représente quelque chose de relativement rentable économiquement parlant, les héritiers auront tendance à collaborer sur un même pied d'égalité. La différence entre l'intérêt des coindivisaires et l'intérêt de l'indivision peut paraître confuse dans l'esprit des héritiers. De ce fait, lors de leur collaboration, ils pensent déjà aux bénéfices qu'ils vont tirer de l'accroissement du patrimoine indivis au cours de l'indivision et au moment du partage.

Toutefois, de manière plus objective, si on se place dans la durée et dans l'idée de la protection de la valeur du patrimoine indivis, il est possible de prendre en compte une conception mixte de l'intérêt commun c'est-à-dire l'intérêt commun de l'indivision et des coindivisaires.

Par ailleurs, l'article 1873-11 du Code civil qui régit les règles de gestion en matière d'indivision conventionnelle semble faire de l'indivision une sorte « d'exploitation », d'entreprise. En effet, elle aurait pour activité, l'accroissement du patrimoine indivis et plus précisément sa mise en valeur car on retrouve dans cet article les notions de « bénéfices réalisés » ; « pertes encourues ou prévisibles » ou encore « répartition des bénéfices et des pertes ».

En ce qui concerne la protection de la valeur économique des biens indivis, la jurisprudence reconnaît l'intérêt et la qualité à agir d'un indivisaire aux fins de protéger ses droits indivis contre un autre qui a passé un acte sans son consentement et au mépris des règles de gestion⁹⁴.

Plus intéressant encore, elle reconnaît le pouvoir d'action d'un indivisaire en défense d'un intérêt collectif de l'indivision. Cette protection en cause ne peut profiter qu'à l'indivision afin d'éviter la mise en péril de l'intérêt commun de l'indivision. L'existence d'un péril pour l'intérêt commun est souverainement appréciée par les juges du fond⁹⁵.

En cas d'atteinte à la chose indivise, un indivisaire se trouve globalement dans une position relativement favorable. Ainsi, un « héritier seul est fondé, même avant le

⁹⁴ Civ., 3^{ème}, 15 juin 1994 : Bull. civ. III, n°124, p. 78

⁹⁵ Civ., 1^{ère}, 3 mars 1992, pourvoi n° 90-16.420

partage et même sans le concours des autres indivisaires, à agir en cette qualité contre le tiers détenteur d'un bien qui aurait été soustrait à l'actif de la succession »⁹⁶.

Il est même possible de parler d'une protection du droit de propriété indivis. En effet, selon le Ministre de la justice, les mécanismes proposés par la loi permettent « d'assurer un équilibre entre l'intérêt de l'indivision et la protection des prérogatives liées au respect du droit de propriété de chacun des coindivisaires »⁹⁷.

Nous voyons bien que les règles de gestion ont été faites dans le sens d'une protection des biens indivis. Il faut rappeler que ces règles ont été prises justement pour éviter les situations de blocage concernant la gestion afin d'éviter une mauvaise administration conduisant à une mise en péril de l'intérêt commun et *a fortiori* de la valeur des biens indivis.

De manière générale, l'indivision est traitée dans sa dimension économique tout au long de son administration car les coindivisaires vont se préoccuper de l'actif et du passif successoral.

Toutefois, il peut arriver que les héritiers ne se préoccupent pas de l'administration du patrimoine ou alors, ne travaillent pas l'intérêt commun. Bien souvent cette situation est liée aux tensions, aux relations familiales conflictuelles. Les héritiers peuvent cependant compter sur l'intervention des organes spécialisés en la matière (*Chapitre 2*) qui vont en quelque sorte rappeler l'importance de travailler sur un même pied d'égalité et tout cela dans l'esprit fraternel.

CHAPITRE 2 – L'INCITATION À LA FRATERNITÉ PAR LES ORGANES EXTERIEURS À LA COLLECTIVITE DES INDIVISAIRES

Le doyen VEDEL⁹⁸ proposait de remplacer dans la citation ci-après, la notion de droit par celle de fraternité, « Si je sais mal ce qu'est le droit dans une société, je crois savoir ce que serait une société sans droit ». On aurait même pu rajouter « ce que serait une indivision sans fraternité ». En effet, il est difficile de concevoir une indivision sans un minimum de cohésion, d'entente entre ses membres. Dans le cadre de conflits

⁹⁶ Civ., 1^{ère}, 21 mai 1990 : Bull. civ. I, n° 121

⁹⁷ V supra. Note 86

⁹⁸ Doyen VEDEL, Indéfinissable mais présent, p. 71, revue Droits, n°11, 1990

familiaux, certains organes sont habilités afin d'aider les héritiers à comprendre et à vivre avec cette phase transitionnelle.

Certains organes, notamment le législateur, interviennent bien en amont afin de prévenir, d'anticiper d'éventuelles difficultés juridiques qui pourraient compromettre les relations familiales lors d'un décès (*Section 1*). Alors que d'autres interviennent en aval car leurs fonctions l'exigent ou encore parce que la situation l'impose. C'est notamment au notaire et au juge dont il est fait référence (*Section 2*).

Toutefois, comprenons le bien ces organes ne sont pas des spécialistes du social. Leurs fonctions se limitent purement et simplement à apaiser les conflits en intervenant sur le terrain juridique.

Par ailleurs, outre la situation purement interne, cette incitation à la fraternité permettra de rendre plus aimable et humaine la relation existante entre les administrations et les héritiers lors du règlement de la succession.

SECTION 1 – L'intervention en amont (du décès) du législateur

En tant que créateur des lois, le législateur va encourager à l'anticipation de la succession (§1) ou au partage face au blocage d'une succession (§2).

§1. L'encouragement dans l'anticipation de la succession

Très peu de personne pense à préparer leur succession par crainte d'anticiper un événement qu'elle souhaite retarder, à savoir la mort. Il faut donc mettre fin à ce tabou (A). Il faut voir les choses autrement en s'appropriant les outils mis à disposition par le législateur et les utiliser à bon escient dans la transmission de ses biens (B).

A. Fin au tabou et place à l'anticipation

Il faut savoir que la naissance, le mariage et la mort sont les rites qui accompagnent normalement les grands événements de tout vie familiale⁹⁹. Il ne faut pas oublier que la mort est un terme, à savoir un événement futur et certain. De ce fait, comme la naissance et le mariage, arriver à un certain âge, il faut envisager cette idée que la vie n'est pas éternelle et qu'en quittant la terre, le défunt n'emporte pas ses biens

⁹⁹ Catherine LABRUSSE-RIOU, *Permanence et variabilité des structures juridiques de la famille*. Universalis

avec lui. La « mort appelle un redéploiement des biens et des dettes du défunt » au sein de sa famille ». ¹⁰⁰

La plupart des êtres humains sont craintifs à la seule idée de penser qu'un jour ils viendraient à quitter la terre. Cette idée d'anticipation de leur succession peut être considérée comme l'anticipation de leur propre disparition, de l'idée qu'on joue avec la mort en anticipant la transmission de son patrimoine.

Toutefois, ces personnes n'ont pas le recul nécessaire pour se projeter dans un avenir qui semble si lointain mais en même temps si soudain. En effet, elles ne pensent pas transmettre leur patrimoine de leur vivant car elles n'ont pas conscience de l'utilité ou encore parce qu'elle n'y pense pas. Elles ne sont pas soucieuses de connaître le sort de leur patrimoine, de savoir si les biens le composant, seront entre de bonnes mains.

De même, elles ne se posent pas la question de l'opportunité de l'ouverture d'une succession *ab intestat* ou d'une succession testamentaire en fonction de la situation familiale. Ce, de manière ce que les membres de la famille restent dans le meilleur des mondes unis comme durant leur existence afin d'assurer la valorisation de la richesse économique et affective transmise.

Par ailleurs, il ne faut pas négliger cette idée que beaucoup de personne ignore ce qui se passe après le décès, qu'il faut procéder à la liquidation d'une succession. Elles ont cette vague idée que les biens reviennent aux héritiers mais ne connaissent pas tous les aspects de ce processus transitionnel technique.

Ainsi anticiper sa succession pourrait, entre autre, susciter l'interrogation des héritiers sur les conséquences juridiques d'un décès.

B. Les outils d'anticipation

Les différents outils juridiques traditionnels permettent à toute personne d'anticiper sa succession en fonction de la composition de son patrimoine et de sa volonté. La doctrine nous livre son avis sur ces différents outils (1) et notamment sur un outil qui attire particulièrement l'attention (2).

¹⁰⁰ Frédéric ZENATI-CASTAING et Thierry REVET, Cours de droit civil, Successions, ed. PUF *Droit fondamental*, 2012

1. L'avis de la doctrine et des praticiens sur les outils d'anticipation

Pour la doctrine, il paraît opportun, nécessaire pour la famille, pour l'économie générale, d'inciter à la transmission anticipée¹⁰¹.

On se place ici non pas sur le terrain des successions mais des libéralités. Celles qui nous intéressent ce sont les libéralités-partages dont les dispositions pour certaines ont été modifiées par la loi du 23 juin 2006.

Selon Maître Patrice BONDUELLE¹⁰², cette loi est « ancrée dans la vie, dans la réalité des familles, qui leur crée des libertés et leur ouvre de choix nouveaux : libertés des parents d'organiser et de sécuriser par contrat le partage de son patrimoine, la transmission sur deux ou trois générations... ». Elle permet « une réelle ouverture à l'inventivité juridique »¹⁰³ et offre davantage d'équité.

Ces propos visent des outils rénovés ou nouveaux qui permettent à la fois de sécuriser les relations familiales dans le temps et de prendre davantage conscience des enjeux économiques.

Les outils visés sont la donation-partage, la donation-partage transgénérationnelle en raison de l'allongement de la vie. Cette dernière est peu connue et utilisée mais elle est pratique pour les personnes qui sont soucieuses des enjeux économiques et fiscaux. À ces outils, il serait recommandé de rajouter la renonciation anticipée à l'action en réduction.

2. La donation-partage élargie

En vertu de l'article 1075 du Code civil toute personne peut faire la distribution et le partage de ses biens et de ses droits entre ses héritiers présomptifs. Ces dispositions visent la donation-partage (article 1076 du Code civil) qui permettra au donateur de répartir et de transmettre ses biens et ses droits de son vivant. Cet acte combine à la fois une donation et un partage.

¹⁰¹ Raymond LE GUIDE, *La donation-partage élargie et transgénérationnelle*, Semaine jur. éd., Notariale et Immobilière, 17 juin 2016, p. 23, n°24

¹⁰² Maître Patrice BONDUELLE, *Michelez Notaires, Regards pratiques sur la réforme du 23 juin 2006 dix ans après*, *op. cit.* p. 21

¹⁰³ Maître Sébastien HUYGHE, notaire et député de la 5^{ème} circonscription du Nord, *op. cit.* p. 23

Il s'agit donc d'un règlement anticipé de la succession en organisant le partage de son patrimoine. Le but de cette anticipation dès son vivant est d'éviter l'effet de surprise et de préserver l'entente familiale même si libéralité rime avec liberté.

C'est notamment avec le recours obligatoire au notaire, de par son rôle de conseil que l'intérêt de la famille sera davantage sécurisé. En effet, le notaire assure la moralité et la sécurité de la vie contractuelle¹⁰⁴.

De même, cette libéralité ne pourra pas être remise en cause car elle n'est pas rapportable au moment de la liquidation de la succession et il est possible de contourner l'action en réduction en procédant à une renonciation à l'action en réduction (RAAR).

Les libéralités-partages ne contraignent ni le donateur ni le donataire. En effet, d'une part, les gratifiés pourront disposer immédiatement du patrimoine sans attendre le décès contrairement au testament et d'autre part, le donateur pourra conserver la jouissance de son logement en réservant l'usufruit par exemple.

Par ailleurs, l'article 1075 du Code civil est d'interprétation large en ce qui concerne les bénéficiaires de la donation-partage. En effet, l'article vise les « héritiers présomptifs », à savoir les personnes qui ont vocation à recueillir la succession en vertu de l'article 734 du Code civil. Il ne se limite plus aux seuls enfants et descendants.

Au niveau de la fiscalité, le régime est assez avantageux dans le calcul des droits de mutation car c'est la valeur du bien au jour de la donation qui sera prise en compte et non la valeur jour partage. Les abattements, la déduction des charges et le rappel fiscal suivent le même régime que la donation-simple.

Par ailleurs, au-delà du terrain des libéralités, il existe d'autres outils qui permettent de pérenniser les relations familiales dans la transmission du patrimoine personnel et professionnel. A titre d'exemple, les praticiens proposent généralement la création d'une société civile immobilière (SCI) familiale¹⁰⁵ pour éviter les règles de l'indivision.

¹⁰⁴ Article 1^{er} du Règlement national des notaires publié le 1^{er} août 2014

¹⁰⁵ Une SCI familiale permet aux membres d'une même famille d'être propriétaires, dans des proportions différentes ou pas, et de gérer ensemble, un ou plusieurs biens immobiliers, et ce, dans un but non commercial, Dossier du 21 avril 2017 sur la SCI familiale, www.notaires.fr.

§2. Le droit au partage : « La Libération »

A l'époque du Code Napoléon, l'indivision était vue comme un mode d'appropriation socialement et économiquement nuisible. De ce fait, le Code civil s'était abstenu d'organiser cette propriété collective.

Le législateur ne s'est pas efforcé d'organiser le régime de l'indivision pour qu'elle soit mieux comprise par les coindivisaires, pour que ces derniers apprennent à vivre avec cette fatalité s'imposant à eux.

Au contraire, le législateur a adopté une solution plus radicale. En effet, la seule façon de combattre cette propriété collective était de mettre fin à l'indivision afin de retourner à une propriété individuelle et exclusive.

C'est ainsi que la loi du 29 avril 1803 a créé à travers l'article 815 du Code civil un droit au partage. Celui-ci s'entend comme un corolaire de la suprématie du droit de propriété plein et entier. Il est donc vu comme l'issue normale de l'indivision et l'expression juridique de sa précarité naturelle. « Il a pour fonction de rétablir le *jus excluendi* dans sa plénitude, ce qui explique qu'il participe du caractère fondamentale du droit de propriété »¹⁰⁶. En principe, le partage se fait en valeur afin d'éviter le morcellement des biens.

Par ailleurs, l'article 815 est le premier article du chapitre consacré au régime légal de l'indivision. Ce qui illustre bien le fait qu'il s'agit là d'une situation temporaire et transitoire.

Les lois du 31 décembre 1976 et du 23 juin 2006 ont conservé le principe du droit au partage et ont simplifié les dispositions de l'article 815. Il dispose actuellement que « Nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision et le partage peut toujours être provoqué, à moins qu'il n'y ait été sursis par jugement ou convention. ». Son régime est posé plus loin, aux articles 816 et suivants du Code civil.

Il faut savoir que même si le partage est traité dans la partie relative aux successions dans le Code civil, il n'est pas pour autant exclusif à cette matière. En effet, sur le plan des régimes matrimoniaux, à défaut de convention, les époux disposent d'un droit au partage de leurs biens indivis. Ainsi, le régime des partages successoraux est applicable au partage des biens indivis consécutif à la dissolution du

¹⁰⁶ Frédéric ZENATI-CASTAING et Thierry REVET, Cours de droit civil, Successions, ed. PUF *Droit fondamental*, 2012, p. 124

mariage¹⁰⁷.

Aujourd'hui, il s'agit d'un droit d'ordre public et à valeur constitutionnelle depuis la décision du Conseil constitutionnel en date du 9 novembre 1999¹⁰⁸.

Au niveau de ces caractéristiques essentielles, c'est un droit discrétionnaire qui permet à chaque héritier de demander le partage. En effet, lorsque celui-ci veut mettre fin à l'indivision et que les autres sont d'accord sur le principe et sur la répartition des lots, les copartageants ont la possibilité d'établir une convention de partage. Le contenu de cette convention établie par le notaire est librement déterminé par les copartageants. Il faut rappeler qu'un partage inégalitaire des parts est possible mais sous réserve que celui qui bénéficie d'un lot plus important de verser une soulte.

Pour finir le droit de demander le partage est imprescriptible, le Code civil l'analyse comme une qualité traditionnelle¹⁰⁹.

SECTION 2 – L'intervention en aval du notaire et du juge

Lors de la phase transitionnelle de l'indivision, le notaire (§1) et le juge (§2) ont un rôle important voire indispensable dans certaines situations. Ils interviennent chacun à différents niveaux en fonction des compétences qui leurs sont accordées par le législateur.

§1. Le notaire : un intervenant bienveillant

Le notaire est le premier interlocuteur de la famille lorsque survient un décès (A). Par ailleurs, sa mission de recherche des héritiers permettra au notaire d'être en quelque sorte un garant de l'égalité des chances entre tous les héritiers présomptifs (B).

A. Un référent pour les familles

Face à une société mouvante, aux différentes réformes législatives, l'adaptation perpétuelle est le principal défi des professionnels du droit.

¹⁰⁷ Com. 21 avril 1992 : D. 1992. 178 ; Civ., 1^{ère}, 14 nov. 2000 : Bull. civ. I, n°290

¹⁰⁸ Cons. const., décision n° 99-419 DC du 9 novembre 1999

¹⁰⁹ Civ., 1^{ère}, 12 déc. 2007 : Bull. civ. I, n°387

Cette matière technique et changeante est difficilement saisissable par les personnes qui ne la pratiquent pas et qui en ont recours uniquement quand elles en ont besoin ou lorsqu'elles en sont contraintes.

Concrètement, les clients vont placer leur confiance entre les mains du notaire qui sera pour eux un repère dans la société. Certaines familles n'hésitent pas à confier à celui-ci la gestion de leur patrimoine. Il devient ainsi le notaire de la famille.

Par ailleurs, le notaire est un officier public délégataire d'une mission de service public qui lui est confiée par l'Etat. Ce faisant, il est le mieux placé pour connaître et régler les affaires des citoyens au sein de la société.

Sur le plan des successions, son statut fait de lui un référent pour la famille lorsque survient un décès.

En effet, selon Maître Thierry CASSIN, « Il existe une véritable souffrance chez beaucoup de personnes, liée aux situations familiales conflictuelles, aux séparations difficiles, aux deuils douloureux, à la maladie et à la dépendance ; ces personnes sont dans l'attente d'une aide juridique et morale à laquelle il convient de répondre par des attitudes appropriées et des conseils apaisants. »¹¹⁰.

Toutefois ce référent qui est un professionnel du droit ne doit pas être dans l'affectif¹¹¹. Le notaire doit se limiter à son rôle d'auxiliaire de justice. Il a un devoir d'apaisement des conflits en ce qu'il doit réconcilier les parties, rapprocher leurs points de vue ou concilier leurs intérêts et de ce fait, être impartial.

Selon le guide la morale notariale, il doit prendre le temps qu'il juge nécessaire pour apaiser et déminer les conflits familiaux afin de créer un climat de confiance et de sérénité entre les membres d'une même famille.

Le notaire intervient principalement à l'amiable. En effet, il devra éviter à la famille, le recours au juge et donc conclure le partage amiable et ce quel que soit l'enjeu économique.

¹¹⁰ Maître Thierry CASSIN, Président de la Commission Statut, Règlement et Ethique notariale, Délégué de la Cour d'appel de Paris 1, in le Guide de la morale notariale

¹¹¹ Maître Didier MARCHAND, notaire à Loudun, dans la Vienne, interview recueilli et publié le 7 février 2015 sur OBS Le Plus

Outre ce cadre, cette description générale, lorsqu'on s'intéresse à la liberté, à l'Égalité et notamment à la fraternité, le notaire est garant de l'idée que les héritiers doivent tous être traités sur un même pied d'égalité.

B. Garant de l'égalité des chances entre les successeurs du *de cuius*

La mort d'un parent n'est pas chose facile pour les membres de la famille qui doivent faire face au deuil et à l'ouverture de la succession.

Les tensions liées à ces événements sont la plupart du temps de l'ordre de l'affectif et du matériel et entraînent pour certains « un sentiment de dépossession »¹¹². En effet, au sein même de la famille, les enfants se déchirent autour des biens auxquels ils attachent une valeur affective, à travers lesquels ils assurent la continuation de la personne du *de cuius*. De ce fait, l'égalité et la fraternité semblent loin d'être admises.

En principe, le partage des biens familiaux lors de liquidation de la succession permet aux héritiers de se réapproprier un morceau de leur passé avec le défunt. Mais quant-est-il lorsqu'apparaît des personnes qui se prétendent être les héritiers du *de cuius*?

Tout d'abord, il faut savoir que les doutes quant à la qualité d'héritier dont se prévaut une personne pourront être dissipés par les recherches entreprises par le notaire. De même, de par sa fonction il devra rechercher les héritiers qui ont vocation à recueillir la succession du parent et pour cela il ne doit pas se restreindre au cercle familial.

La pratique notariale a imaginé recourir à des actes de notoriété qui, selon M. DAGOT, est « l'instrument normal de preuve de la qualité d'héritier »¹¹³. Il s'agit d'une obligation qui s'impose à lui en présence d'éléments lui permettant de suspecter l'existence d'une descendance et de découvrir un ou des héritiers cachés. Ainsi en s'abstenant d'effectuer ces diligences, il peut voir sa responsabilité engagée.¹¹⁴ Avec la loi du 3 décembre 2001, la responsabilité du notaire chargé de la rédaction de

¹¹² *préc.*

¹¹³ M. DAGOT, *La preuve de la qualité d'héritier*, Semaine jur. 1^{ère} éd. Notariale et Immobilière, 29 mars 2002, n°13

¹¹⁴ Civ., 1^{ère}, 25 mars 2009, pourvoi n° 07-20.774

l'acte de notoriété a été étendue et la participation des cabinets de généalogistes a été suggérée¹¹⁵.

Le notaire va en quelque sorte offrir une égalité des chances à tous les successeurs du défunt et ce peu importe les dires de la famille du défunt à proprement parler. En effet, il doit se contenter d'être objectif et d'accomplir la mission qui lui est confiée.

Si celui-ci est garant de cette égalité et indirectement de la fraternité, tel n'est pas le cas des héritiers qui n'acceptent pas qu'un étranger puisse recueillir le patrimoine de leur parent. Cette situation peut être accablante pour une famille qui va voir les biens du défunt s'éparpillent entre les mains d'étrangers. Même si aujourd'hui, la famille est dite nucléaire égalitaire, il est difficile d'admettre que les héritiers qui ont entouré le défunt de son vivant, qui ont participé à l'accroissement de son patrimoine puissent être concurrencés par des inconnus sortis de nul part et qui jusqu'à lors, étaient cachés.

De ce fait, le principe d'égalité ne signifie pas forcément tout admettre même si certains prétendus héritiers n'ont pas demandé à se retrouver dans une telle situation.

La fraternité est donc contrainte par l'obligation qui pèse sur le notaire. Mais en même temps, le notaire ne peut pas s'abstenir de rechercher les éventuels successeurs afin de préserver le cercle familial tel quel. Il ne peut pas mettre de côté son obligation et prendre partie en raison de la volonté des familles.

Contrairement au notaire, les coindivisaires ne sont pas garant de l'égalité et de la fraternité car ils n'offrent aucune chance aux prétendus successibles. Ce qui est parfois pleinement justifié. Mais d'un point de vue de la loi et de la justice, que les coindivisaires le veulent ou non, ils devront se rendre à l'évidence, il n'y a pas de différence de traitement entre les successeurs.

Lorsque le règlement amiable des conflits familiaux n'a pas abouti ou lorsque l'intérêt commun l'exige, la famille peut demander l'intervention du juge (§2).

§2. Le juge, arbitre des intérêts opposés face au blocage de la succession

Tout comme le notaire, le juge intervient en permanence au cours du processus successoral. C'est plus souvent le cas lorsqu'une succession est bloquée. En effet, il

¹¹⁵ Fabienne LABELLE-PICHEVIN, *La nouvelle notoriété : quelle place pour le généalogiste ?* Revue juridique de l'Ouest, 2003-4, p. 421- 43

intervient pour organiser les règles de gestion des biens indivis (A) ou pour ordonner le partage (B).

A. L'organisation de l'administration de la succession par le juge

Lorsqu'il existe encore au sein de la famille un minimum d'entente et de cohésion, il est nécessaire pour eux voire indispensable d'organiser leurs relations. Comme développé dans la première partie, si les héritiers savent que pour une raison ou une autre l'indivision va s'inscrire dans le temps, ils devront recourir à une convention.

Toutefois, le comportement des coindivisaires peut conduire à une mauvaise voire une absence d'administration. Ce qui n'est pas concevable car en agissant de la sorte, ils vont laisser périr les biens composant le patrimoine du défunt et par la même, manquer à leurs obligations posées par le Code civil. Dans ce cas, l'intervention du juge est parfois utile.

Quand l'intérêt commun l'exige, le juge peut prescrire ou autoriser les mesures urgentes¹¹⁶ face à un ou des héritiers récalcitrants.

Par ailleurs, lorsqu'aucun mandat à effet posthume n'a été mis en place par le *de cuius* de son vivant¹¹⁷, il est possible pour les coindivisaires de recourir au mandat successoral¹¹⁸. Le mandat est un instrument de pacification des rapports et de gestion efficace du patrimoine transmis.

Lorsque les coindivisaires ne sont pas d'accord pour mettre en place une telle convention, le juge peut désigner un mandataire *ad hoc* sans que l'intérêt commun le requière.

Au départ, le Code civil ne comportait aucune disposition permettant au Tribunal de doter une succession d'un administrateur provisoire. Puis la pratique a admis la possibilité de nommer un administrateur lorsque c'était le seul moyen pour régler les conflits d'intérêts et la complexité de la succession.

C'est la loi du 23 juin 2006 qui donne un fondement légal à cette pratique en créant une section intitulée « Du mandataire successoral désigné en justice ». De ce fait, à la

¹¹⁶ Article 815-6 du Code civil ; Civ., 1^{ère}, 5 mars 2014, pourvoi n° 12-26.618

¹¹⁷ Articles 812 à 812-7 du Code civil

¹¹⁸ Article 813 du Code civil

demande de toute personne qui a un intérêt dans la succession (un héritier, un créancier, le Ministère public...etc), il va désigner un mandataire successorale qui va administrer provisoirement la succession. Ses pouvoirs sont toutefois encadrés par Code civil.

Le Code civil reprend la plupart des cas d'ouverture de la jurisprudence, à savoir, l'inertie, la carence ou la faute d'un ou de plusieurs héritiers dans l'administration de la succession, leur mésentente, l'opposition d'intérêts entre eux ou la complexité de la situation successorale¹¹⁹.

Cette nomination par le juge est intéressante car en tant que technicien du droit, il est bien placé pour connaître des difficultés liées à l'administration d'une succession. De ce fait, il va confier cette mission à une personne qui est plus à même pour gérer une telle situation.

Par ailleurs, ce mandataire *ad hoc* est un tiers et de ce fait, il aura un regard plus neutre et moins intéressé financièrement parlant. En effet, il va gérer un patrimoine pour lequel il n'a aucun intérêt affectif et financier.

En tant qu'arbitre des intérêts opposés, le juge assure indirectement la conservation et l'accroissement de la valeur des biens indivis dans l'intérêt de commun.

Par ailleurs, c'est également sur cet intérêt commun qu'il se fonde pour ordonner le partage.

B. L'intervention du juge dans la sortie de l'indivision

Le juge peut intervenir pour mettre fin à la situation de blocage ou dans certaines situations pour limiter le partage (2).

1. Le partage judiciaire

Dans un dossier consacré aux solutions pour le règlement des conflits familiaux lors d'une succession, Maître CAZALS nous livre une des solutions¹²⁰ : « Même si le dénouement prend plusieurs années et provoque, le plus souvent, l'éclatement de la fratrie, le recours à la justice reste malheureusement la seule façon de sortir de

¹¹⁹ Article 813-1 du Code civil

¹²⁰ Maître Marie-Christine CAZALS, avocate à Paris, *Héritage : comment régler les conflits ?*
<http://www.dossierfamilial.com/famille/succession/heritage-comment-regler-les-conflits-83080>

l'impasse ». Même si elle peut apparaître longue et lourde, la procédure du partage judiciaire permet de tourner la page et de mettre un terme à un conflit.

Lorsque les copartageants ne sont pas d'accord sur l'opportunité du partage ou ses modalités ou lorsqu'un copartageant mérite une protection particulière, le partage devient judiciaire¹²¹.

Une fois le partage ordonné, le tribunal peut désigner un notaire si la complexité des opérations le justifie. En tant qu'auxiliaire de justice il va procéder aux opérations de partage sous la surveillance d'un juge commis par le Tribunal.

La décision finale reviendra au Tribunal qui en fonction de son analyse, va homologuer ou modifier l'état liquidatif dressé par le notaire. Ce n'est qu'ensuite que le notaire dressera l'acte de partage constatant les droits de chaque héritier sur chaque lot constitué.

Soit les héritiers approuvent le projet de partage notamment l'attribution des lots et la procédure prend fin. Mais si les héritiers désapprouvent le projet de partage, c'est le Tribunal qui tranche par un tirage au sort des lots. Pour les « biens qui ne peuvent être facilement partagés ou attribué », le Tribunal ordonne la licitation.

Il faut rappeler qu'à tout moment, les copartageants peuvent revenir à un partage amiable si leur volonté de réaliser un partage amiable est unanime. Le retour au partage amiable est conseillé car les copartageants pourront collaborer avec le notaire qui dans ce cas n'est plus un auxiliaire de justice commis par le Tribunal. Il pourra organiser et concilier au mieux le partage en fonction de la volonté des copartageants.

Toutefois, il faut savoir que le partage amiable ou judiciaire n'est pas systématiquement prononcé. En effet, en fonction des intérêts en présence et de « l'ordre public familial », le juge peut limiter le partage.

2. La limitation du partage par le juge

Face aux réalités économiques, le partage sacré et égalitaire du Code civil est mis à mal. En effet, en matière successorale il est permis de déroger, d'une part, à l'égalité du partage dans le cadre d'une attribution préférentielle par exemple et d'autre part à la volonté de sortir de l'indivision.

Ainsi, outre le sursis au partage, l'attribution éliminatoire, la loi reconnaît au

¹²¹ Articles 1359 à 1378 du Code de procédure civile

juge, la possibilité d'imposer un maintien forcé de l'indivision de certains biens indivis directement ou indirectement liés à une exploitation (commerciale, artisanale, agricole...etc).

Les raisons sont généralement d'ordre économique ou socio-familial. En effet, ces biens peuvent constituer une source de revenus pour la famille ou peuvent constituer un lieu de vie habituelle pour elle. Le maintien forcé dans l'indivision profite généralement aux mineurs et au conjoints survivant.

Ainsi, la préservations des intérêts économiques communs de la famille commande que l'activité puisse se poursuivre pendant un certain temps.

Ainsi la volonté de sortir de l'indivision est retardée par « l'ordre public familial et économique ».

CONCLUSION

Pour conclure, nous voyons bien qu'en terme de droit de propriété, se retrouver face à un patrimoine sur lequel plusieurs personnes sont titulaires de droits concurrents peut devenir ingérable pour les coindivisaires.

Pour répondre à la question posée, à savoir si la liberté, l'égalité et la fraternité ont une place dans l'indivision successorale en France, il est difficile de répondre totalement par la négative ou par l'affirmative. Avant tout nous voyons que ces trois termes sont difficilement conciliables entre elles. De ce fait, il serait donc difficile de dire qu'ils ont une place dans l'indivision même s'il est vrai que d'un point de vue subjectif l'appropriation de ces termes dépend de la vision de chaque héritier.

Par ailleurs, il ne faut pas oublier que l'indivision est une phase transitionnelle en attendant le retour à la propriété individuelle. Concrètement, pendant son déroulement, les règles pour l'essentiel sont faites pour les besoins des héritiers et pour la conservation de l'essence de l'indivision aussi bien dans sa conception objective que subjective. Ainsi, à la différence de l'autonomie du propriétaire d'une propriété privée, la propriété collective oblige à une gestion concurrente et à une cogestion.

Bien souvent dans un contexte familial particulièrement conflictuel, laisser la gestion aux mains des coindivisaires seuls n'est pas envisageable. L'intervention du notaire est indispensable et celle du juge même si elle demeure exceptionnelle à son importance. En effet, en fonction des dispositions textuelles, ces derniers doivent proposer des solutions adaptées à chaque contexte familial. Il ne faut donc pas hésiter à se rapprocher du notaire et à sauter le cap en ayant recours au juge et à affronter sa famille et ses sentiments.

Toutefois, pour éviter toute cette procédure, les différends familiaux, il faut que les praticiens et les auteurs à travers la documentation juridique (manuels, les ouvrages, les revenus et les actualités en ligne) encouragent davantage à recourir aux libéralités.

Une question qui demeure essentielle est de savoir si d'un point de vue du droit, réorganiser le régime de l'indivision en introduisant plus de liberté dans sa conception objective et plus d'égalité dans sa conception subjective permettrait d'éviter les situations de blocage ou alors si la solution demeure ailleurs.

TABLE DES MATIÈRES

<u>INTRODUCTION</u> -	p. 4
<u>PARTIE 1 – Liberté et égalité : présence tempérée dans la phase transitionnelle de l’indivision successorale</u>	p. 8
<u>CHAPITRE 1: Une présence tempérée dans la conception objective de l’indivision</u>	p.8
<u>SECTION 1 – La difficile reconnaissance d’une propriété collective</u>	p. 8
<u>§1. La primauté du droit de propriété individuelle</u>	p. 8
A. Le caractère fondamental de la propriété et sa protection.....	p. 8
B. L’octroi d’une liberté et d’une égalité attachées au droit de propriété.....	p. 9
C. Les limites raisonnables à la liberté	p. 10
<u>§2. L’apparition progressive d’une propriété collective</u>	p. 11
<u>SECTION 2 - La consécration de la propriété collective à travers l’indivision</u>	p. 13
<u>§1. Un processus transitionnel limitatif du droit propriété</u>	p. 13
A. La définition et le régime de l’indivision	p. 13
B. L’indivision : une limite imposée à la propriété.....	p. 14
1. <i>Une entrave au caractère exclusif de la propriété</i>	p. 14
2. <i>La relativité de cette entrave à l’exclusivité</i>	p. 15
<i>a. Une relativité affirmée par le Conseil constitutionnel et la doctrine</i> ..	p. 15
<i>b. Le coindivisaire, propriétaire exclusif de sa quote-part</i>	p. 15
<i>c. Le maintien dans l’indivision</i>	p. 16
<u>§2. Les justifications de cette limite à la liberté au sein de l’indivision</u>	p. 17
A. La nécessité d’une phase transitionnelle entre le décès et le partage.....	p. 17
B. La conservation de l’essence de l’indivision.....	p. 18
<u>Chapitre 2 – Une présence modérée dans la conception subjective de l’indivision</u>	p. 19
<u>SECTION 1- L’ouverture sur une égalité mixte entre les membres de l’indivision</u>	p. 19

§1. La modernisation du principe d'égalité à travers les mutations familiales...	p. 19
A. Le principe d'égalité attaché à l'individu et au groupe.....	p. 19
B. La famille « nucléaire égalitaire ».....	p. 21
§2. La modernisation du principe d'égalité dans la composition de l'indivision	p. 20
A. Les enfants du <i>de cuius</i>	p. 22
1. <i>La fin d'une inégalité entre les héritiers légitimes et naturels adultérins</i>	p. 22
a. <i>La rupture avec une inégalité historique incomprise</i>	p. 22
b. <i>La réactivité de l'Etat français espérée</i>	p. 23
2. <i>Un paradoxe face à la situation des enfants biologiques et adoptés</i>	p. 25
B. La protection progressive du conjoint survivant.....	p. 26
1. <i>D' « un successeur irrégulier » à un héritier à part entière</i>	p. 26
2. <i>La reconnaissance d'une vocation successorale au conjoint survivant</i> ...	p. 27
a. <i>Une reconnaissance progressive de sa vocation successorale</i>	p. 27
b. <i>La création de la réserve héréditaire critiquée</i>	p. 28
 SECTION 2 – Une égalité mixte relative	p. 29
§1. La superposition et le cumul des droits des coindivisaires	p. 29
A. La dévolution successorale <i>ab intestat</i> en présence du conjoint survivant.....	p. 29
1. <i>Un équilibre dans l'option offerte au conjoint survivant en présence</i> <i>d'enfants communs</i>	p. 29
2. <i>L'absence d'option en présence d'enfants non communs, regretté ou</i> <i>justifiée ?</i>	p. 30
B. Le renforcement de la protection du conjoint survivant.....	p. 31
 §2 – La complémentarité relative entre l'égalité et la liberté créatrice d'inégalités	p. 32
A. Les clauses d'inégalités économiques.....	p. 32
1. <i>Le principe et le régime des clauses d'inégalités économiques</i>	p. 32
2. <i>La clause d'attribution préférentielle et la communauté universelle</i>	p. 33
a. <i>L'inégalité attaché à l'essence de cette clause</i>	p. 33
b. <i>Une inégalité tempérée</i>	p. 34
B. Le droit de retour des biens en présence du conjoint survivant.....	p. 35
1. <i>Le retour des biens dans la propriété familiale du de cuius</i>	p. 35
2. <i>Le retour conventionnel face au logement familial</i>	p. 36

PARTIE 2 – Liberté, égalité et fraternité dans la phase transitionnelle de l'indivision successorale ?.....p. 38

CHAPITRE 1 – La fraternité, une valeur futile aux yeux des coindivisaires.....p. 38

SECTION 1 – « La Fraternité n'existe pas », entre justification et relativisation.....p. 38

§1. Un constat justifié.....p. 39

A. La complémentarité incertaine entre la liberté, l'égalité et la fraternité.....p. 39

B. La disparition du « Père », pilier de la famille.....p. 40

1. *La période prédécès*.....p. 40

2. *La période post-décès*.....p. 41

§2. La prise en compte de la fraternité dans sa conception économique.....p. 42

A. La solidarité des coindivisaires.....p. 42

B. Les droits de succession proportionnels au chagrin de l'héritier.....p. 43

SECTION 2 – Un soupçon de fraternité en présence d'un intérêt commun.....p. 44

§1. Les différentes conceptions de l'intérêt commun dans l'indivision successorale.....p. 45

§1. L'appréciation de l'intérêt commun dans le temps.....p. 46

A. L'implication des coindivisaires dans la gestion des biens indivis.....p. 46

B. La protection de la valeur économique des biens indivis.....p. 48

CHAPITRE 2 – L'incitation à la fraternité par les organes extérieurs à la collectivité des coindivisaires.....p. 49

SECTION 1 – L'intervention en amont (du décès) du législateur.....p. 50

§1. L'encouragement à l'anticipation de la succession.....p. 50

A. Fin au tabou et place à l'anticipation.....p. 50

B. Les outils d'anticipation.....p. 51

1. *L'avis de la doctrine et des praticiens sur les outils d'anticipation*.....p. 52

2. *La donation-partage élargie*.....p. 52

§2. Le droit au partage : « La Libération ».....p. 54

SECTION 2 - L'intervention en aval du notaire et du juge	p. 55
§1. Le notaire : un intervenant bienveillant	p. 55
A. Un référent pour les familles.....	p. 55
B. Garant de l'égalité des chances entre les successeurs du <i>de cuius</i>	p. 57
§2 : Le juge, arbitre des intérêts opposés face au blocage de la succession	p. 58
A. L'organisation de l'administration de la succession par le juge	p. 59
B. L'intervention du juge dans la sortie de l'indivision.....	p. 60
1. <i>Le partage judiciaire</i>	p. 60
2. <i>La limitation du partage par le juge</i>	p. 61
CONCLUSION	p. 63
BIBLIOGRAPHIE	p. 68

BIBLIOGRAPHIE

❖ **Les Codes :**

- Code civil
- Code de procédure civile
- Code général des Impôts

❖ **Les bases de données de la bibliothèque universitaire :**

- Papangue
- Dalloz
- Lextenso
- LexisNexis

❖ **Les dictionnaires :**

- Lexique juridique
- Larousse
- Littré

❖ **Les sites législatifs :**

- www.legifrance.gouv.fr
- www.assemblee-nationale.fr
- www.senat.fr

❖ **Les cours et les travaux dirigés :**

- Histoire du droit privé : la propriété, Monsieur Jacques POUMAREDE, Université Toulouse 1, UNJF (Université Numérique Juridique Francophone)
- Cours de droit des biens, Madame Catherine FRUTEAU, Université de la Réunion Licence 2, 2013-2014
- Cours droit des successions, Monsieur Jonas KNETSCH, Université de la Réunion Master 1 Droit du patrimoine, 2015-2016
- Travaux dirigés droit des successions, Monsieur Jonas KNETSCH, Université de la Réunion, Master 1 Droit du patrimoine, 2015-2016 :
 - FUSTEL DE COULANGES, *La cité antique*, 1866, livre II (extraits)
 - LEON XIII, *Lettre encyclique Rerum novarum*, 1891 (extrait)
 - E. VALLIER, *Le fondement du droit successoral en droit français*, 1902 (extrait)

- A. CHEMIN, *Petits arrangements après la mort*, Le Monde 26-28 décembre 2015
- Cour de droit fiscal, Madame Mireille MARTEAU-LAMARCHE, Université de la Réunion Master 1 Droit du patrimoine, 2015-2016
- Cours de démembrement du droit de propriété, Madame Céline KUHN, Université de la Réunion, Master 2 Droit du patrimoine, 2016-2017

❖ Les livres et les dossiers :

- Michel BORGETTO, *La devise « Liberté, Egalité, Fraternité »*, Que sais-je, éd., Presses universitaires de France, 1977.
- Géraldine SALORD, Avocat au Barreau de Paris, Docteur en droit *Propriété collective et exclusivité : proposition d'une conciliation des contraires* http://www.granrut.com/IMG/pdf/Les_modeles_proprietaires_GSALORD.pdf
- Association Henri Capitant, *L'indivision*, Journée nationale T. VII avec la contribution de H. PÉRINET-MARQUET, professeur à l'Université Panthéon-Assas, *Le juge et l'indivision*
- TERRE et P. SIMLER, Les régimes matrimoniaux, F, Dalloz, éd., Précis n°7
- Frédéric ZENATI-CASTAING et Thierry REVET, Cours de droit civil, Successions, ed. PUF *Droit fondamental*, 2012
- Groupe Revue Fiduciaire, *Transmettre son patrimoine*, 1^{ère} éd., 2009
- REVOL Romain, *La réserve du conjoint survivant*, éd., Gazette du Palais, 03 octobre 2002 n° 276
- Méлина DOUCHY-OUDOT, *Médiation jud - Contentieux fam* – D. 2006. 2430
- *Une simplification du régime de l'indivision* www.chamaillard-avocats.com
- Didier LETT, *L'histoire des frères et des sœurs*, www.clio.revues.org
- Philibert SECRETAN, *Réflexion sur la fraternité : Familiarité, Solidarité et Communauté* www.persee.fr
- *Ruptures familiales : des solutions à trouver ensemble*, pub. le 9 juin 2015 www.justice.gouv.fr
- *Regards pratiques sur la réforme du 23 juin 2006, dix ans après*, JCPN 17 Juin 2016 n°24
- *Famille : Peut-on sortir de l'indivision à l'amiable*, Chambre des Notaires de Paris – Conférence/Débat- 3 juin 2014

- J.P AGRESTI et E. PUTMAN, *Le droit patrimonial : Miroir des mutations familiales*, Préface, éd., PUAM, 2012, p. 10
- V. GOMEZ-BASSAC et E. PIDOUX, *Le notaire et la transmission du patrimoine à cause de mort*, Droit notarial, Sup'FOUCHER,
- Fabien FERRAN, *Le notaire et le règlement de la succession*, Pratique notariale, 3^{ème} éd., LexisNexis, 2014
- F. TAINMONT et E. DE WILDE D'ESTMAEL, *La clause de retour conventionnel*, Revue de planification patrimoniale belge et internationale-2015/1
- CHEVREUX, Notaires « *Droit de retour légal des frères et sœurs – article 757-3 du Code civil* », Droit Patrimonial, 27 sept. 2013, XB/KM « fiches pratiques »

❖ L'actualité en ligne :

- www.linternaute.com
- www.lemonde.fr
 - *Héritage, succession... comment éviter que cela ne tourne au cauchemar*, article publié le 3 octobre 2013
 - *La discrimination des enfants nés hors mariage et l'exécution des arrêts européens à l'épreuve du temps*, article publié le 12 février 2013
- www.leparticulier.fr
- www.europe1.fr : *Droits de succession : du changement en 2016*

❖ Autres :

- Règlement national des notaires publié le 1^{er} août 2014
- Le Guide de la morale notariale