

REPUBLIQUE DU SENEGAL

---

MINISTERE DE L'ENSEIGNEMENT  
SUPERIEUR

---

ECOLE NATIONALE D'ADMINISTRATION  
ET DE MAGISTRATURE

1977-1978

---

DIVISION JUDICIAIRE

---

3e ANNEE

# **L'indivision héréditaire dans le code de la famille**

**Mémoire présenté par**

**Papa Makha NDIAYE**

République du Sénégal

Division Judiciaire

Ministère de l'Enseignement Supérieur

Année 1979-1980

Ecole Nationale d'Administration et de  
Magistrature

## MEMOIRE DE FIN DE SCOLARITE

# L'INDIVISION HÉRÉDITAIRE

dans le Code de la Famille

Présenté par :

**PAPA MAKHA NDIAYE**

REPUBLIQUE DU SENEGAL  
MINISTERE DE L'ENSEIGNEMENT  
SUPERIEUR

ECOLE NATIONALE D'ADMINISTRATION  
ET DE  
MAGISTRATURE

Année Universitaire 1979 - 1980

E. N. A. M  
Boulevard Dial-Diop

MEMOIRE DE FIN DE STAGE

L'Indivision Héritaire  
Dans le Code de la Famille

Soutenu par

Mr. Papa Makha NDIAYE

3e Année - Division Judiciaire

L'Indivision Héritaire dans  
le Code de la Famille

Il ne sera question que du droit sénégalais : dispositions légales et jurisprudence ; d'où l'absence de bibliographie. Les quelques références que nous avons pu obtenir seront portées au bas des pages et marquées par des chiffres de renvoi.

## AVANT - P R O P O S

Il était une fois, dans un Etat de Droit - le Sénégal - Un code de la famille qui avait entendu abroger les coutumes. Mais celles-ci, malgré un texte abrogatif exprès (article 830) n'étaient pas totalement mortes, n'avaient pas vraiment succombé aux coups qui leur avaient été portés. L'acte de décès n'en sera sans doute jamais dressé parce qu'elles survivent avec plus ou moins de force soit directement et légalement par réincarnation dans ce "Corpus civilis" que constitue désormais le Code de la Famille, soit indirectement et insidieusement par imprégnation de l'esprit des justiciables... si ce n'est des juges<sup>(1)</sup>.

Cette survivance de la tradition dans le texte législatif et sa résistance à l'application de la loi, si bien décrites par cet auteur, sont d'une portée accablante. Il suffit d'assister à une réunion d'individus vivant dans la co-hérédité pour discerner tous les malentendus qui obscurcissent les débats, empoisonnent la sérénité de l'atmosphère familiale, stérilisent l'action des plus entreprenants et souvent engendrent des querelles aussi vives que vaines.

Oui, notre expérience personnelle nous a permis de constater que l'indivision héréditaire constitue un des domaines où ces résistances à l'application des règles nouvelles se donnent le plus aisément libre cours : le législateur sénégalais a expressément abrogé toutes les solutions coutumières antérieures à l'entrée en vigueur du Code de la Famille et ne les a pas intégrées dans les dispositions nouvelles.

C'est à l'étude de la nouvelle réglementation de l'indivision résultant du décès que seront consacrées les pages qui suivent.

.../...

---

1- Serge GUINCHARD : professeur aux facultés de Droit de DAKAR et de Lyon...  
in Recueil Panant 88e année No. 764 D'Avril - Mai - Juin 1979.

Ce document est court, et son propos modeste. Il ne prétend pas apporter des lumières nouvelles à la technique de l'indivision. Mon ambition n'est que descriptive. Elle atteindra son but si ces pages nous aident (ceux qui les liront tout comme moi-même) à voir plus clair dans un ensemble de notions bien familières mais - hélas ! - devenues confuses par l'abus qu'en font certaines voix autorisées souvent pas encore "dégagées des structures juridiques de ce que l'on pourrait appeler l'ancien droit sénégalais, c'est-à-dire le droit en vigueur avant l'entrée en application du Code de la Famille". (Guinchard : précité).

De fait, notre tâche consistera essentiellement dans la mise au point de notions fondamentales : quote part indivise, Droit de préemption, majorité en parts et en nombre des indivisaires, etc...

---

P L A N

I N T R O D U C T I O N

I - Première partie

Fonctionnement de l'indivision héréditaire

I Composition de la masse Indivise

II Gestion de la Masse Indivise

1o- Administration de l'indivision par un gérant

- A) Nomination du gérant
- B) Pouvoirs du gérant
- C) Révocation du gérant

2o- Les Droits des indivisaires pendant l'indivision

- A) Exercice des Droits indivis
  - 1o- Les conditions d'exercice de ces droits
  - 2o- Les conséquences de ces droits
- B) Droit des créanciers

II Deuxième Partie

La fin de l'indivision héréditaires : le droit de provoquer le partage

I Qui peut demander le partage ?

- le problème des incapables
  - A) - Les mineurs
  - B) - Les majeurs incapables

II La durée de l'indivision héréditaire

- 1o- Maintien de l'indivision héréditaire par la Convention des Parties.
  - A) Convention à durée déterminée
  - B) Convention à durée indéterminée
- 2o- Maintien de l'indivision par autorisation de la loi ou du juge.

\* \*\*  
\* \*\*  
\* \*\*

Possible problème de DIP : le conflit de lois

\* \*\*  
\* \*\*

C O N C L U S I O N

## Introduction

Nous voudrions tout d'abord situer le thème de l'indivision héréditaire. En raison des dimensions d'un tel sujet, il importe nécessairement de préciser les limites déterminant le contenu de notre propos.

Antérieurement à l'entrée en vigueur du Code de la Famille, le Sénégal connaissait des coutumes qui, en matière successorale, consacraient un système de dévolution matrilineaire permettant l'exploitation communautaire des biens de lignage, sous l'autorité du chef de famille (ou du clan). Or, depuis 1973, le Code de la Famille a introduit limitativement deux modes de transmission du patrimoine à cause de mort fort éloignés des systèmes fondés sur le lignage.

Limitativement, car, après avoir décidé que désormais, pour tous les sénégalais, l'héritage sera dévolu, soit, selon les règles du droit musulman (articles 571 à 653 du Code de la Famille) ou selon les règles du Droit "moderne" inspiré du système romano-germanique (articles 515 à 570 du Code de la Famille), le législateur sénégalais a disposé expressément à l'article 830 du Code, "qu'à cette date, les dispositions du Code civil, les textes législatifs et réglementaires, les coutumes générales et locales, à l'exception toutefois de celles relatives aux formalités consacrant traditionnellement le mariage et les statuts particuliers applicables au Sénégal, cessent d'avoir force de loi ou de coutumes dans les matières qui font l'objet du Code de la Famille..."

C'est dire que nous n'aborderons pas dans le cadre de notre étude le problème de la gestion communautaire des anciens biens de lignage, ... du moins à titre principal.

.../...

Toutefois, par souci d'objectivité, dans la mesure où notre effort d'éclaircissement est fondé de prime ~~abord~~ sur une analyse positive des réalités concrètes de notre pays, nous y consacrerons quelques réflexions en guise de conclusion, en résumant l'importante communication de Monsieur GUINCHARD, présentée au symposium Léo FROBENIUS tenu à Dakar, et dans laquelle le professeur propose des solutions adaptables à cette situation fort actuelle, quoi qu'ignorée par le Code de la Famille.

\* \*  
\* \* \*  
\* \*

Sous le bénéfice de ces observations, il est habituel, avant d'aborder l'étude d'une institution, de partir d'une définition<sup>(2)</sup> au moins approximative. Toute dévolution successorale s'ouvrant au profit de plusieurs successibles fait naître l'indivision héréditaire.

Pour l'indivision héréditaire on peut dire que c'est la situation juridique née de la concurrence de droits de même nature portant sur une même masse de biens par des héritiers différents sans qu'il y ait division matérielle de leurs parts. C'est la situation dans laquelle vivent les co-héritiers, avant le partage de la masse successorale dévolue.

.../...

---

2 - Le Code utilise le terme indivision sans le définir

Pour les rédacteurs du Code Civil qui ont consolidé les principes généraux de la Révolution (liberté, égalité, laïcité) en faisant ainsi triompher l'individualisme libéral, l'indivision ne pouvait être qu'une situation exceptionnelle.

C'est pourquoi n'ayant pas souhaité qu'elle se prolonge dans le temps, ils se sont gardés de l'organiser en exprimant avec force dans l'article 815 Alinéa premier du Code Civil, son caractère temporaire "nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision et le partage peut toujours être provoqué nonobstant prohibition et convention contraire".

Ce système d'inorganisation du Code Civil était logique et pouvait être viable si effectivement et en pratique l'indivision héréditaire ne se prolongeait pas ; or, en réalité, ce n'est pas toujours le cas et, notamment, elle se prolonge souvent entre le conjoint survivant et les enfants du couple : ces derniers répugnent dans la plupart des cas à faire valoir leurs droits du vivant de leur père ou de leur mère : généralement ils ne demandent pas le partage.

Dans cette hypothèse, l'indivision qui se prolonge mais qui reste inorganisée devient un fléau ; voilà pourquoi la jurisprudence et la pratique notariale ont tenté d'amender le système légal du Code Napoléon : leur oeuvre a été consacrée en France par la loi du 31-12-1976.

.../...

Au Sénégal, le Code de la Famille, promulgué le 12 juin 1972 et mis en vigueur le 1er janvier 1973 avait précédé la réforme française ; néanmoins, s'inspirant de la même philosophie que le législateur français à l'égard de l'indivision, le législateur sénégalais va lui aussi affirmer son caractère temporaire (provisoire, accidentel) dans l'article 449 du Code de la Famille aux termes duquel "En l'absence d'une convention expresse et sauf dispositions légales particulières, nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision et le partage peut toujours être provoqué".

Mais, tirant leçon des critiques faites au Code français, il se chargera d'organiser minutieusement l'indivision dans deux sections sous le chapitre 6 du titre premier du Code de la Famille : c'est l'objet des articles 449 à 463 dudit Code. Après avoir dégagé dans une première section les règles propres à toute indivision ordinaire, <sup>(3)</sup> il va consacrer toute la deuxième section à la réglementation particulière de l'indivision résultant du décès ou indivision héréditaire. Les règles sont identiques quelque soit le type de succession : droit moderne ou droit musulman.

.../...

---

3- On dit que l'indivision est ordinaire chaque fois que les co-indivisaires ont la possibilité de mettre fin à la gestion communautaire des biens indivis en demandant le partage.

Puisqu'en raison de son essence, en principe éphémère, l'indivision héréditaire est une indivision ordinaire, il faudra nécessairement tenir compte de la réglementation de l'indivision en général, relativement à son fonctionnement et surtout à sa durée.

\* \* \* \*  
\* \*

Notre étude se divisera en deux grandes parties.

- Dans la première partie nous analyserons le fonctionnement de l'indivision héréditaire.

- Dans la deuxième partie nous étudierons la fin de l'indivision héréditaire ou le droit de provoquer le partage (ce faisant nous verrons à quel moment il est permis à l'indivisaire d'agir).

Avant d'aborder la Conclusion, nous examinerons le problème du Conflit de lois toujours possible.

---

P R E M I E R E    P A R T I E

Le Fonctionnement de l'indivision Héritaire

Ce fonctionnement est essentiellement réglementé par toutes les dispositions communes aux indivisions ordinaires mais s'y ajoutent quelques particularités en matière successorale, relatives à la composition et à la gestion de la masse successorale indivise.

## I Composition de la masse

### Indivise

La masse indivise est considérée comme une universalité distincte (4) conservant jusqu'au partage accompli une individualité propre qui l'isole des patrimoines particuliers des indivisaires.

Ainsi l'indivision comprend tous les meubles et immeubles de la succession mais s'accroît des fruits produits par les biens indivis.

En ce qui concerne les dettes, elles se divisent de plein droit dans la proportion des parts des co-héritiers ; mais l'article 496 du Code de la Famille précise que cette disposition ne s'oppose pas à ce que les créanciers de la succession poursuivent le recouvrement de leurs créances sur l'ensemble des biens héréditaires. Aussi longtemps que ces biens restent dans l'indivision. Autrement dit, les dettes du défunt entrent dans l'indivision tout au moins quant au droit de poursuite des créanciers.

## II Gestion de la masse indivise

Deux principes régissent la gestion de l'indivision héréditaire : elle est administrée par un gérant. Aux termes de l'article 452 A/1 du Code de la Famille l'administration de l'indivision peut être confiée à un ou plusieurs gérants, tandis que les indivisaires ou co-héritiers ont des droits pendant l'indivision.

Toutefois, lorsque indépendamment d'une organisation unanimement consentie, l'un des indivisaires a pris l'initiative de se mettre à la tête de l'indivision, il n'est pas douteux que la notion et les règles de la gestion d'affaires auront souvent à intervenir pour régler ses rapports avec les autres. Notamment si la gestion réclame des soins et des travaux particuliers et que le principe d'une rémunération ne soit pas acceptée par tous.

..//...

---

4 - Cette solution ne se justifie pas facilement en théorie pure, car notre Droit n'est pas très ouvert à la théorie des patrimoines d'affectation. Toutefois, elle répond à une nécessité positive : l'accès aux résultats simples, clairs, utiles, les besoins de la gestion et de la liquidation de l'indivision, l'imposent à la pratique.

1 - L'administration de l'indivision héréditaire par un gérant

Aux termes des articles 452, 453 et 460 du Code de la Famille, le législateur sénégalais a réglementé l'administration de l'indivision ordinaire et l'a confiée à un gérant. Ce gérant, régulièrement nommé (a) dispose de certains pouvoirs (b) et peut être révoqué (c).

A) La nomination du gérant (5)

Le gérant de l'indivision héréditaire est nommé par les co-héritiers à la majorité en nombre et en parts indivises, Pour calculer cette majorité il faut connaître la part de chaque indivisaire et en cas de contestation sur le calcul, le président du tribunal de première instance statuant en référé fixera la part de chacun au vu d'une liquidation provisionnelle des droits des intéressés (article 460 du Code de la Famille).

Si parmi les co-héritiers il existe des incapables, ce sont leurs représentants légaux qui ont qualité pour participer à la nomination du gérant ; s'agissant des parts indivises affectées d'un usufruit, c'est l'usufruitier qui participe à la nomination.

S'il arrivait que les co-héritiers ne parvinssent pas, pour une raison ou pour une autre, à désigner un gérant, il serait nommé, à la demande de l'un des indivisaires, par le président du tribunal de première instance statuant en référé.

.../...

---

5 - l'un des co-héritiers peut-être nommé gérant.

b) Pouvoirs du gérant

L'article 453 du Code de la Famille donne l'énumération des pouvoirs du gérant.

D'une manière générale, il peut accomplir tous les actes d'administration sur les biens indivis.

Cependant la loi édicte une restriction à l'alinéa 2 de l'article 453 du Code de la Famille : il ne pourra donner à bail les immeubles et les fonds de commerce qui étaient libres de toute location au moment de la naissance de l'indivision, qu'à la condition d'y avoir été autorisé par la majorité des co-héritiers dans les conditions prévues à l'article 452 alinéa 2 du Code de la Famille. Il en résulte que le changement d'affectation n'est donc pas libre.

Bien évidemment, comme tout administrateur de biens d'autrui, il ne devrait pas pouvoir faire des actes de disposition ; cependant, à ce régime général d'interdiction, le législateur sénégalais semble apporter certaines dérogations en l'espèce, car, selon l'article 453 alinéa 3 du Code de la Famille : il peut contracter un emprunt, hypothéquer ou constituer toutes sûretés réelles sur les biens indivis et même, vendre un bien déterminé, à condition toutefois, d'y avoir été autorisé par la majorité en nombre et en parts des co-héritiers.

Mieux, le gérant peut, à la condition d'obtenir le consentement unanime des indivisaires, mettre fin à l'indivision en aliénant les biens indivis (Article 453 alinéa 4).

Bien sûr, lorsqu'il y a des incapables parmi les co-héritiers, leurs représentants légaux ne pourront donner ces autorisations ou consentements qu'à condition d'avoir été régulièrement habilités à accomplir l'acte considéré.

.../...

C'est ainsi que par exemple le représentant légal d'un incapable jouissant d'un usufruit dans l'indivision ne pourra pas, valablement donner son consentement ou son autorisation pour un acte d'aliénation.

Enfin, le gérant représente les co-héritiers dans les actes de la vie civile et en justice, tant en demande qu'en défense ; lorsqu'un procès est engagé, il doit donner in limine litis, toutes indications permettant d'identifier les co-héritiers qu'il représente : noms, prénoms, âge, profession et domicile. La loi a exigé cette formalité pour éviter toute confusion ou contestation.

### C) La révocation du gérant

On fait jouer la théorie du parallélisme des formes : en principe, sa révocation doit intervenir dans les mêmes conditions que sa nomination c'est-à-dire à la majorité en part et en nombre ; mais il peut être révoqué par décision du président du tribunal en cas de motif juge légitime, à la demande de tout co-héritier, quand bien même il n'avait pas été nommé en justice.

La loi ne donnant aucune définition du motif légitime, la circonstance relève de l'appréciation souveraine des faits par les juges du fond.

L'important rôle de l'administrateur de l'indivision héréditaire est pourtant sans influence sur les droits des co-héritiers indivisaires pendant toute la durée de l'indivision...

### 2o) Les droits des co-héritiers indivisaires pendant l'indivision

Chaque héritier (co-indivisaire) a un droit individuel de propriété sur une fraction idéale et abstraite de la chose commune, mais aucun d'eux n'a un droit privatif sur une part divisée, concrète de la chose.

.../...

Par exemple : soit un terrain et trois co-héritiers appelés à se le partager, chacun a droit à un tiers du terrain, mais non à un tiers localisé, en conséquence, tant que le partage n'aura pas lieu aucun d'entre eux ne pourra céder seul une partie localisée du terrain.

Par contre, chacun peut céder sa quote part indivise, c'est-à-dire la fraction abstraite qui lui revient, dans le bien commun ; chaque co-héritier a un droit privatif sur sa quote part indivise dont les conditions d'exercice sont fixées par le code de la famille.

En revanche les droits des créanciers personnels de l'héritier sont limités sur la part indivise.

#### A) Exercice des droits indivis par l'héritier

C'est l'article 454 du Code de la Famille qui en fixe les conditions, il faut y ajouter les conséquences de ces droits.

##### 10- Les conditions d'exercice des droits indivis par l'héritier

Le droit d'user et de jouir librement des biens indivis est reconnu à chaque héritier-indivisaire. Il s'agit d'un droit privatif. Cette liberté est cependant triplement limitée.

A) - Ce droit ne s'exerce que s'il est réglé par une décision des co-héritiers prise à la majorité en nombre et en parts et à défaut par le président du tribunal statuant en référé.

B) - Lorsqu'il est conforme à la réglementation édictée par la majorité des indivisaires, le droit d'user et de jouir de biens indivis doit ensuite être conforme à la destination des biens indivis.

.../...

c) - Le droit d'user et de jouir des biens indivis doit enfin s'exercer dans une mesure compatible avec le droit des autres indivisaires et avec les actes valablement passés par le gérant.

20 - Conséquences de ces droits

Le droit privatif de chaque héritier sur sa part justifie qu'il puisse participer aux pertes et profits provenant des biens indivis (a), de demander une provision (b), le céder (c).

a) - Participation aux pertes et profits provenant des biens indivis

Chaque co-héritier a droit aux profits provenant de la gestion des biens indivis et en supporte les pertes proportionnellement à sa quote part dans l'indivision.

Les conditions de distribution des bénéfices aux co-héritiers ou de leur affectation sont réglées, chaque année, par une décision des indivisaires prise, à la majorité en nombre et en parts ; en cas de contestation sur la répartition, le président du tribunal de première instance statuera en référé (article 460 du Code de la famille).

S'il y a un gérant, il doit rendre compte de sa gestion, préalablement à la délibération des indivisaires ; un compte ultérieur sera établi lors de la liquidation définitive.

b) - le droit à provision

Cette règle est propre à l'indivision héréditaire : elle vise à assurer provisoirement la subsistance des héritiers qui sont dans le besoin alors que l'attribution de leurs parts/<sup>leur</sup> permettrait de vivre.

.../...

Aux termes de l'article 461 du Code de la Famille, en effet, le conjoint survivant et tout héritier peuvent être autorisés par le juge de paix du lieu d'ouverture de la succession à percevoir des débiteurs de la succession ou des dépositaires de fonds successoraux (Banques par exemple), une provision destinée à faire face aux besoins urgents ; c'est ainsi que la veuve, par exemple, pourra demander cette permission au juge, parce qu'approche l'ouverture des classes, ou une fête religieuse importante (Tabaski).

Si le montant excède le taux de compétence du juge de paix, l'autorisation est accordée par le président du tribunal de première Instance Statuant sur requête.

En accordant l'autorisation, le juge de paix (ou le président), peut prescrire toutes les mesures qu'il juge utiles en ce qui concerne l'emploi des fonds retirés.

L'autorisation accordée n'entraîne pas prise de qualité pour le conjoint ou pour l'héritier qui l'obtient.

#### Le Droit de cession

Chaque co-héritier-indivisaire peut céder tout ou partie de sa part, soit à un co-indivisaire, soit à une personne étrangère à l'indivision.

Pour être opposable aux autres indivisaires et éventuellement au gérant, la cession doit leur être signifiée ou être acceptée par eux. Si la cession est faite au profit d'une personne étrangère à l'indivision, l'article 456 du Code de la Famille prévoit la possibilité pour l'un des co-indivisaires d'exercer un droit de préemption <sup>(6)</sup>.

.../...

---

6 - C'est la possibilité qui leur est accordée de se substituer s'ils le désirent, à l'acheteur dans la cession voulue.

En effet, elle permet d'éviter qu'une personne étrangère, s'immisce dans des affaires familiales et vienne bouleverser l'équilibre de la famille, voire la frustrer de sa paix. Cette personne peut ne pas être animée de sentiments bienveillants susceptibles d'aplanir les heurts créés par le partage et, le cas échéant, voudra toujours réaliser à tout prix les droits qu'elle a acquis.

Ainsi l'un des héritiers peut-il s'opposer à la cession ; toutefois il ne faut pas que le cédant reste indéfiniment prisonnier de l'indivision : l'article 456 du Code de la famille décrit minutieusement la procédure à suivre.

L'indivisaire qui veut céder sa quote part en totalité ou en partie est tenu de notifier aux co-indivisaires et au gérant (s'il y en a) par acte extrajudiciaire, son intention, le prix et les conditions de la cession projetée.

Grâce à cette notification, tout coindivisaire peut dans le délai d'un mois, faire connaître au cédant, par acte extrajudiciaire, son intention d'exercer le droit de préemption aux prix et conditions notifiés.

Toute cession faite en violation de ce qui précède est nulle d'une nullité relative : l'action en nullité appartient exclusivement aux coindivisaires.

B- Le Droit des créanciers personnels de l'héritier -  
Indivisaire sur sa quote part

Il peut arriver qu'un indivisaire ait des créanciers et que ceux-ci entendent le poursuivre sur le ou les biens indivis.

...///...

La loi distingue alors 2 cas :

a) le cas où l'indivision porte sur un bien déterminé ; (article 457 du code de la Famille) mais, cette situation relève de l'indivision en général et n'intéresse donc pas notre propos.

b) le cas, où l'indivision ne porte pas sur un bien-déterminé mais sur une masse de biens : c'est bien le cas des indivisaires dans une succession ouverte.

A cet effet, aux termes de l'article 463 du Code de la Famille, les créanciers personnels de l'un des héritiers indivisaires ne peuvent poursuivre la saisie et la vente de la part indivise de leur débiteur dans la succession ou sur un bien dépendant de la succession.

Par contre ils peuvent provoquer le partage de la succession en le demandant, mais seulement dans les cas où leur débiteur aurait pu lui même le demander (c'est à dire que leur débiteur doit nécessairement être titulaire d'une quote part indivise dans la succession et il ne doit pas être un successeur anomal) (7).

Toutefois un litige peut surgir ici : par exemple le créancier de l'un des co-héritiers demande le partage en même temps qu'un autre héritier demande au juge le maintien de l'indivision. C'est qu'il faut préciser que celui qui demande le maintien de l'indivision n'exerce pas un droit : le tribunal doit tenir compte des intérêts en présence, tant des possibilités d'existence que la famille tirait du bien indivis, que de la situation matérielle des créanciers qui peuvent intervenir à l'instance "article 463 alinéa 3 du Code de la Famille".

En effet, le président du tribunal de première instance dispose d'un large pouvoir d'appréciation et de contrôle, allant de la nomination d'un administrateur en cas de nécessité des indivisaires, préjudiciable aux intérêts communs, jusqu'à la liquidation de l'indivision dans le plus grand avantage de tous les co-héritiers.

.../...

---

7 - le successeur anomal ne peut demander le partage que pour ce qui lui échoit : il ne peut le demander pour la succession régulière.

## DEUXIEME PARTIE

La Fin de l'Indivision Héréditaire :

L'Exercice du droit de provoquer le partage (A)

---

8 - Il convient de substituer ces termes à <sup>celui</sup> ceux d'action en partage consacré par l'usage, car dans la majorité des cas en effet les opérations de partage se déroulent sans qu'il soit fait appel à l'intervention de la justice. Et même si les circonstances exigent le partage judiciaire, la demande qui l'inaugure n'équivaut pas à l'exercice d'une action : le juge n'a pas pour mission de trancher un litige, de se prononcer entre des intérêts adverses, il substitue seulement sa volonté à celle des parties ou de quelques unes d'entre elles pour la réalisation d'un acte juridique que la loi estime nécessaire — J. Maury et H. Vialleton : traité pratique de Droit Civil Français tome IV Successions L.G.D. j 1956  
2e édition - Paris.

L'Etat d'indivision prend fin par le partage, qui attribue à chaque co-indivisaire une part divisée de la chose au lieu de la part indivise qu'il avait précédemment.

La part matérielle qui est attribuée à chacun doit avoir une valeur proportionnelle à celle de la part abstraite qu'il avait dans le droit de propriété de cette chose. Le partage localise donc le droit de propriété.

\* \*\*  
\*\*

Aux termes de l'article 449 infine du code de la famille "nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision et le partage peut toujours être provoqué". Il en résulte qu'en principe et sauf les restrictions édictées dans ce même article 449 "en l'absence d'une convention expresse et sauf dispositions légales" et qui seront examinées ci-après (Durée de l'indivision) chacun des indivisaires peut à tout instant demander que l'indivision prenne fin par l'accomplissement des opérations du partage.

#### 10- Qui peut demander le partage ?

Le droit d'agir en partage appartient à chacun des co-héritiers ainsi qu'à leurs ayants cause universels. Peuvent également l'exercer les cessionnaires de la totalité ou d'une fraction de part indivise à condition que la cession ait été régulière. Il faut y ajouter les créanciers personnels de l'héritier car selon l'article 463 Alinéa 2 du Code de la Famille ils peuvent demander le partage "dans le cas où leur débiteur pourrait lui même le demander."

Pour exercer ce droit il faut avoir la capacité d'aliéner car le partage est un acte spécial entraînant l'aliénation des droits successifs indivis contre un droit privatif. Bien plus si le partage est judiciaire la capacité d'agir en justice est une condition nécessaire à l'action. Le droit de provoquer le partage est imprescriptible tant que dure l'indivision.

Chaque époux est habilité à provoquer et poursuivre seul tous les actes de partage de succession intéressant sa fortune. Le mineur émancipé est assimilé à un majeur capable et peut donc participer au partage ; il reste à examiner le problème des incapables

.../...

\*\*  
\* \* \*  
\*\*

## Les incapables

### A) Les mineurs

Si le mineur est ~~un~~ <sup>en</sup> tutelle et que le partage est demandé par un de ses co-héritiers, le tuteur a qualité pour y procéder sans aucune autorisation puisque le partage est de droit quand il est demandé. Mais si le tuteur veut provoquer lui-même le partage la loi exige l'autorisation du juge des tutelles ou du Conseil de famille selon que la valeur des biens est inférieure ou supérieure à 1 million de francs C.F.A. (article 329 alinéa premier et troisième du Code de la Famille). L'opportunité de la demande est une question délicate à apprécier et des garanties doivent être assurées à l'incapable. Toutefois, l'homologation de justice n'est pas nécessaire s'il y a dans le nombre des co-héritiers plusieurs mineurs soumis à la même tutelle, il doit leur être donné des tuteurs spéciaux, à raison de l'opposition d'intérêts que crée presque toujours le partage (9).

Si le mineur est placé sous le régime de l'administration légale, l'administrateur légal peut agir seul dans le cas du partage judiciaire mais devra toujours demander l'autorisation du juge des tutelles pour consentir à un partage amiable : article 302 Alinéa 2 du Code de la Famille.

Enfin si parmi les successibles <sup>se trouvait</sup> un enfant simplement conçu le partage sera suspendu jusqu'à sa naissance ; en effet cette disposition est très importante pour la dévolution des successions musulmanes car le sexe de l'enfant à naître déterminera ses droits.

### B) Les incapables majeurs

S'ils sont placés sous la protection de la justice : ils sont présumés être incapables et ne peuvent valablement consentir en droit sénégalais ; c'est au tribunal de commettre un représentant pour défendre leurs intérêts. S'il est en tutelle, c'est le tuteur qui le représente. S'il est en curatelle, son curateur l'assistera, mais s'il arrivait que le curateur refusât

son assistance, il faudrait recourir au juge.

Le plus souvent d'ailleurs avec l'existence de majeur incapable non assisté, tout comme d'absent ou de non-présent sans représentant, le partage se fera en justice et le tribunal désignera un notaire pour la défense de leurs intérêts.

\* \*  
\* \* \*  
\* \*

Dans certaines circonstances il existera pour les co-héritiers un intérêt majeur à surseoir au partage... par exemple : si les conditions économiques sont défavorables à la réalisation des biens impartageables en nature, ou encore, s'il y a des co-héritiers mineurs dont on veut attendre la majorité pour échapper à la nécessité du partage judiciaire : il est permis aux intéressés de convenir que l'indivision sera maintenue. Ceci pose le problème de la durée de l'indivision.

#### 20- La durée de l'indivision héréditaire

Le législateur sénégalais a voulu donner à l'indivision ordinaire, un caractère temporaire ; mais après avoir énoncé le principe, il l'assortit aussitôt de deux catégories d'exceptions, autant d'hypothèses d'indivision prolongée.

L'indivision peut en effet, être maintenue ; soit par la convention des parties (I) soit par l'autorisation de la loi ou du juge (II).

##### I Maintien de l'indivision héréditaire par la Convention des parties

C'est sous la rubrique de l'indivision en général que le législateur prévoit cette possibilité conventionnelle de prolonger la gestion en commun des biens indivis ; mais rien ne s'oppose à ce que les co-héritiers se maintiennent dans l'indivision par un contrat.

En effet la convention des parties peut interdire le partage et par voie de conséquence contraindre les co-héritiers à demeurer dans l'indivision... à tout le moins pour la durée du temps stipulée dans le contrat. Cette convention d'ailleurs, peut être, à durée déterminée ou à durée indéterminée.

.../...

A) La Convention de maintien de l'indivision  
conclue pour une durée déterminée

Lorsqu'elle est à durée déterminée, sa durée est égale à cinq ans et elle est renouvelable. Dans ce cas, le partage ne peut être provoqué avant l'expiration du délai, à moins que l'un des co-indivisaires excipe d'un motif légitime (article 450 du Code de la Famille).

Le législateur sénégalais - on le voit - bien que soucieux d'assurer une certaine stabilité au rapport juridique<sup>né</sup> de la Convention des parties en réaffirmant ici, en filigrane, l'inflexible prescription juridique de l'article 95 du Code des obligations civiles et commerciales "le contrat légalement formé crée entre les parties un lien irrévocable"... tient compte de la complexité de la condition humaine et surtout des relations familiales en évitant de dogmatiser péremptoirement le principe "le partage ne peut être provoqué avant l'expiration du délai : les co-indivisaires pourront toujours anéantir le contrat en alléguant un motif légitime.

b) La Convention de maintien de l'indivision est à durée indéterminée

Dans ce cas le partage peut être demandé à tout moment, pourvu qu'il ne soit pas demandé de mauvaise foi, ni à contretemps ou contrairement aux usages (article 451 du Code de la Famille).

Au contraire de la convention d'indivision à durée déterminée qui doit toujours être expresse, celle-ci, reflétant la survivance de notre tradition orale dans le texte législatif peut résulter d'un simple accord tacite.

.../...

II Maintien de l'indivision par autorisation  
de la loi ou du juge

Aux termes de l'article 462 du Code de la Famille, l'indivision héréditaire peut être maintenue par décision du tribunal, en dehors de tout contrat, malgré l'opposition d'un ou de plusieurs indivisaires.

Ce maintien judiciaire de l'indivision n'est ouvert que pour une catégorie de biens limitativement énumérés par la loi. Il s'agit :

- de l'entreprise agricole commerciale, artisanale ou industrielle dont l'exploitation était assurée par le défunt ou par son conjoint
- des parts sociales dans une telle entreprise
- de l'immeuble ou partie d'immeuble servant d'habitation au défunt ou à son conjoint.
- du droit au bail du local servant d'habitation.

\* \*  
\* \* \*  
\* \*

Qui peut demander le maintien de cette indivision ?

Si le défunt laisse un ou plusieurs enfants mineurs, le maintien peut être demandé soit par le conjoint survivant, soit par tout héritier, soit par le représentant légal des mineurs.

Si le défunt ne laisse pas d'enfants mineurs, le maintien ne peut être demandé que par le conjoint survivant et à la condition qu'il ait été co-proprétaire du bien indivis : soit avant le décès du De cujus soit par le fait même du décès de De cujus.

Dans cette dernière hypothèse, encore faut-il, qu'il n'y ait eu ni jugement de divorce, ni de séparation de corps rendu avant le décès. Au surplus, s'agissant de la séparation de corps, l'article 529 du Code de la Famille semble limiter l'exclusion à la succession, au conjoint survivant contre lequel le jugement passe en force de chose jugée a été prononcé.

.../...

\* \* \* \* \*

Pendant combien de temps cette indivision peut elle être maintenue ?

Aux termes de l'alinéa final de l'article 462 du Code de la famille, le maintien de l'indivision héréditaire ne peut être ordonné que pour une durée maximale de cinq ans.

Cependant si le défunt ne laisse pas d'enfants mineurs, mais seulement un conjoint survivant, le maintien peut être renouvelé jusqu'au remariage du conjoint survivant ou jusqu'à son décès.

Ces formalités protectrices s'appliqueraient également s'il laissait des enfants mineurs : le maintien de l'indivision peut être renouvelé jusqu'à la majorité du plus jeune des enfants.

Toutefois, le tribunal ne peut d'office, sans se préoccuper des intérêts en présence et de l'importance respective des différents indivisaires dans la situation soumise à son examen, décider de maintenir l'indivision. De quel pouvoir d'appréciation dispose t-il ?

#### Pouvoir d'appréciation du tribunal

Aux termes de la loi, le juge devra constamment tenir compte des intérêts en présence pour rendre sa décision. Il faut reconnaître que le mot "intérêt" n'est pas précis ; il en est de même des termes "motif légitime", "mauvaise foi" ou "contrairement aux usages". De telles dispositions, faute par le législateur d'avoir été définies clairement dans le texte, risquent de rendre difficile la tâche du juge... surtout alors, si dans le droit positif, ce dernier ne dispose d'aucune espèce d'ultimum remedium judicis comme référence - les coutumes sont abrogées.

Alors tout se ramène à une question d'espèce et, cas après cas, il essaiera de dégager la solution la plus appropriée selon les circonstances de la cause et l'économie de la situation qui lui est présentée. C'est-à-dire qu'en pareil cas, le juge a les pouvoirs les plus étendus pour décider, juger de la légitimité de tel motif, ou de la bonne ou mauvaise foi de telle partie suivant qu'elle a agi "à contretemps" ou "contrairement aux usages".

Il n'est que très souhaitable, dans des pays jeunes comme le Sénégal (sur le plan législatif) que le législateur permette à la jurisprudence de se reconnaître ce pouvoir d'appréciation dans de nombreuses hypothèses, car, dans un monde où la réalité est de plus en plus complexe, le juge, surtout quand il a pour mission de participer dans son for à la construction d'un ordre public (politique, économique et social) ne doit plus être astreint à appliquer "des recettes". Laissons le juge décider...

.../...

CONFLIT DE LOIS ?

L'indivision héréditaire a sa source dans la dévolution successorale; or l'article 841 alinéa 1 du Code de la Famille soumet fort justement, à la loi nationale du défunt la dévolution successorale.

Curieusement cependant, le législateur dispose à l'alinéa 2 de cet article "seront régies par la loi du lieu d'ouverture de la succession les opérations concernant l'option successorale, la mise en possession des héritiers, l'indivision successorale, le partage de l'actif et le règlement du passif". Cette disposition est très surprenante; en effet, il n'est pas aisé de comprendre pourquoi le législateur sénégalais a voulu soumettre à la loi du lieu d'ouverture de la succession des questions susceptibles d'intéresser au premier chef le Statut réel, c'est-à-dire la loi du lieu de situation des biens... car très souvent l'indivision successorale comportera des immeubles.

Il faut reconnaître que la lex re sitae est en effet plus apte à résoudre de telles questions que la loi du lieu d'ouverture de la succession.

L'indivision successorale n'est qu'un des états de la propriété et le droit de provoquer le partage, n'est à son tour que la manifestation de la faculté qui appartient aux co-indivisaires d'en sortir: Cette forme de co-propriété rentre donc dans le régime des biens où la règle générale pour les conflits relatifs à ces matières est l'application de la loi de la situation ou loi territoriale. Accessoirement on donnera application à la loi de la dévolution successorale.

Ainsi la loi nationale du défunt déterminera les biens qui font partie de la masse indivise, mais ce sera à la lex situs ou loi territoriale de déterminer la façon dont cette masse se comporte et se gère, de décider s'il y a ou non lieu à subrogation réelle, s'il faut ou non faire jouer la maxime : fructus augent hereditatem.

Bien plus, la loi de la dévolution successorale désignera les successeurs, et indiquera l'ordre dans lequel ils sont appelés à la succession, et même déterminera les titulaires normaux de l'action en partage et la capacité nécessaire pour procéder au partage ; en revanche la loi de la situation des biens fixera la durée de l'indivision.

.../...

Il doit en être ainsi non pas en vertu de considérations d'ordre public international et par éviction de la loi nationale normalement compétente, mais à raison du fait que, s'agissant de question de régime des biens, il appartient à la *lex rei sitae* seule d'en donner la solution<sup>(10)</sup> : on en déduira qu'il n'y a pas lieu d'appliquer la loi successorale, même si celle-ci est plus stricte que la loi territoriale. N'est-ce pas ce que le législateur sénégalais a bien compris en apportant avec l'alinéa 3 de l'article 847 un important tempérament à la critiquable disposition de l'alinéa 2 de ce texte ? L'article 847 alinéa 3 dispose en effet qu'"en cas de successions portant sur des immeubles et des fonds de commerce, la transmission de la propriété est régie par la loi du lieu de leur situation".

En somme c'est la seule solution réaliste : ces questions pouvant entraîner la mise en cause de la souveraineté de l'Etat, illusoire serait d'essayer de faire obstacle à la loi territoriale ou *lex situs*.

CONCLUSION

"Une parole peut empêcher de  
véritables naufrages", F. Heidesieck

Les dispositions du Code de la Famille sont d'ordre public et le juge doit les appliquer d'office.

L'ordre public se manifeste par la primauté de l'intérêt de la société sur celui des particuliers. Il couvre les lois qui édictent les dispositions impératives en vue d'assurer le respect du minimum d'ordre juge indispensable tant à la réalisation qu'au maintien de l'organisation sociale et économique. Cet ordre ne peut être altéré par des situations particulières à quelques individus.

En effet, l'ordre public économique et social est une politique originale qui se manifeste essentiellement dans les préoccupations qui l'inspirent.

De fait, le critère de l'ordre public ne sera plus la morale ou la justice entre les hommes, mais l'efficacité technique. C'est ce qui explique qu'il soit variable car "selon les impératifs de sa technique, la politique sociale et économique doit continuellement s'adapter à la conjoncture (11),

Ainsi, il y aura lieu de se demander en fonction de cette finalité si telle solution devra être retenue ou écartée.

.../...

Aussi, au nom de l'efficacité peut être, conviendra t-il de relayer à une époque législative antérieure, aujourd'hui révolue, la gestion communautaire des anciens biens lignagers sous la conduite du chef d'un groupement donné, puisqu'au Sénégal, il n'y a plus, officiellement, depuis 1973, de dévolution matrilineaire. Solution commode, commode parce que simple.

Mais une solution n'est pas forcément réaliste parce qu'elle est simple. Peut-on perdre de vue qu'à l'heure actuelle, en raisons d'anciennes dévolutions qui ont eu lieu avant l'entrée en vigueur du Code de la Famille, certains sénégalais détiennent des biens de lignage ; que, ces biens ne leur appartenant pas tous en propre, il va sans dire qu'à leur décès, au moins deux problèmes juridiques vont se poser aux praticiens du droit : la détermination de la masse successorale transmise et l'indivision résultant du décès de ces détenteurs de biens appartenant à une entité familiale à la structure fort différente de celle de la famille conjugale (conjoint survivant et d'enfants mineurs) visée par le législateur sénégalais dans le code des personnes : la famille lignagère.

Ce n'est pas le lieu de nous étendre longuement sur la première question relative à la détermination de la masse successorale transmise aux héritiers ; elle ne rentre pas dans notre propos.

.../...

En revanche, nous nous attacherons à cerner les contours exacts du problème soulevé par la gestion communautaire des biens lignagers.

Lors du "Symposium Léo Frobenius" tenu à DAKAR du 14 mars au 18 mars 1979, sur le thème "Famille traditionnelle, Développement Moderne et Code de la Famille", le professeur S. GUINCHARD (cf recueil Penant précité) a dans sa communication, exposé le problème (a) et suggéré des solutions (b) qui nous paraissent particulièrement topiques.

#### A - Exposé du problème

Bien avant l'entrée en vigueur du Code de la Famille, existaient au Sénégal des coutumes en vertu desquelles, certains biens étaient remis à une personne en sa qualité de chef du clan ou de famille pour qu'il les gère, Ces biens étaient simplement confiés à leur gestionnaire au nom de l'ensemble de la famille ou du clan.

A DAKAR, par exemple, "il s'agit d'immeubles que l'ancienne coutume léboue faisait gérer dans la ligne matrilineaire" par le plus ancien de la lignée. Il en était de même chez les sérères et chez certaines communautés peulhes pour la gestion des troupeaux de bovins.

.../...

Aujourd'hui, certains de ces chefs de familles (ou de clan) -- ils sont légion -- sont toujours en vie et ils continuent à gérer les biens qui leur avait été remis à titre de dépôt ; or le droit positif en vigueur au Sénégal a abrogé ces coutumes.

"A raison de la réforme introduite par le code de la famille dans le mode de transmission des biens, un conflit pourra surgir, lors de la première dévolution intervenant après la mise en vigueur du Code entre deux catégories de personnes ; d'un côté, les héritiers appelés à succéder au défunt selon le nouveau système légal et, de l'autre, les membres de la famille qui n'ont pas cette qualité, et qui en vertu, de l'ancienne coutume, peuvent prétendre à une partie des biens du *cujus* puisqu'il les gérât au nom de toute la famille".

Il semblerait que des essais de solutions ont été apportés, pour régler ce conflit et qu'ils consistent dans la "ventilation des biens existant au jour du décès" du chef de famille pour déterminer d'un côté, les biens propres du défunt, et de l'autre les biens de lignage.

.../...

A supposer que cette tentative de conversion du problème de dévolution successorale, en problème de droit de propriété<sup>(12)</sup>, fut possible, il n'en demeure pas moins que la difficulté reste entière : comment répartir le biens de lignage parmi l'ensemble des membres de la famille et selon quel critère ? "Qui déterminera chez les sœurs par exemple, combien de têtes du troupeau vont à telle personne et combien à telle autre ?

Seuls les chefs de clan pourraient procéder de leur vivant à cette ventilation des biens de lignage étant entendu qu' "eux seuls savent exactement quels sont les droits de chacun et ont l'autorité suffisante pour imposer la répartition : il faut avoir un sens singulier du compromis et du goût pour la patience pour s'attendre à voir ces gens viscéralement attachés à leurs coutumes et qui souvent, font foin du Code de la Famille, rompre avec leurs traditions.

C'est qu'il ne faut pas perdre de vue d'une part, que ce mode de dévolution avait essentiellement pour but d'assurer une gestion communautaire des biens et que d'autre part, la recherche d'une solution<sup>de</sup> continuité viable pour éluder la rupture juridique s'impose.

.../...

---

12 - Justice de paix de MBour jugement No.47 du 21 Juillet 1977 et jugement N. 54 du 25 Août inédits.

Cette solution n'est que très souhaitable. Monsieur le professeur Solus faisait en effet remarquer il y a de cela plus de cinquante ans que "la meilleure loi est celle qui convient le mieux à l'état politique et social, aux besoins économiques, à la religion, aux moeurs du peuple dont elle doit régir les rapports juridiques". (13)

L'évolution de la sociologie juridique et politique est en passe de consacrer cette remarque. Dès lors, la seule attitude réaliste est de rechercher une solution permettant aux sénégalais qui le désirent, de gérer en commun les anciens biens de lignages dans une mesure compatible avec les dispositions nouvelles du Droit en vigueur. "Techniquement, écrit le professeur GUINCHRD, elle est possible".

#### B) SOLUTION PROPOSEE

Puisqu'il s'agit de la gestion communautaire des anciens biens de lignage, on songe naturellement à la technique de l'indivision ordinaire ; or comme nous l'avons signalé à l'introduction de cette étude, le législateur sénégalais s'est intéressé à l'indivision dans le chapitre 6 du titre premier du Code de la famille en y consacrant deux sections : la première régit l'indivision en général (articles 449 à 458) et la deuxième organise l'indivision héréditaire (article 459 à 463).

.../...

Bien que les deux réglementations ne s'excluent pas et doivent être combinées, dans une large mesure ; elles n'en sont pas moins indépendantes l'une de l'autre et peuvent être "utilisées dans des conditions différentes".

L'inadéquation (14) de l'indivision héréditaire telle qu'en dispose le Code de la Famille à la finalité que nous visons ici saute aux yeux.

L'indivision héréditaire prévue par le Code de la Famille ne concerne que la famille conjugale (conjoint survivant et enfants mineurs) et par conséquent exclut d'office de la succession " des personnes qui dans l'ancienne coutume avaient hérités et qui aujourd'hui demeurent intéressés par la gestion communautaire ", des " anciens biens lignagers.."

Done exclus de la succession, ces membres de la famille ne seront pas au nombre des indivisaires.

.../...

\* \* \* \*  
\* \* \*

Quid de l'indivision en général ?

Elle est indépendante de toute succession et s'analyse comme une convention qui peut être conclue à durée déterminée ou à durée indéterminée. Étant conventionnelle, cette indivision "ne concerne que ceux qui le désirent et peut s'étendre au-delà du cercle des héritiers du défunt. Elle peut donc être utile pour la gestion en commun des anciens biens de lignage".

Bien plus, même quand elle est à durée indéterminée, elle ne s'oppose pas au principe d'ordre public de l'article 449 du Code de la Famille selon lequel "nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision" car le partage pourra être provoqué et obtenu à tout moment sauf s'il est demandé "de mauvaise foi, à contretemps ou contrairement aux usages".

"Cette dernière expression (contrairement aux usages) peut s'appliquer à l'usage ancestral de confier la gestion des biens au représentant du lignage. Elle ne remet pas en cause l'abrogation des coutumes lignagères puisque la dévolution se fera selon le nouveau système légal et que la Convention d'indivision repose, de toutes façons, à l'origine sur l'accord de ceux qui veulent en faire partie... or, qu'est ce qui les empêcherait de confier l'administration de leur indivision au membre le plus ancien de la famille ?

\* \*  
\* \* \*  
\* \*

Cela posé, nous ne prétendons pas que ces suggestions charrient une lumière suffisante pour éclairer le pan de nuit de la législation sénégalaise que nous venons d'explorer.

Elles ne veulent ni se confondre avec les dispositions légales qui constituent le droit positif, ni s'en isoler dédaigneusement : elles sont simplement préconisées pour servir de palliatifs... éventuellement.