



**HAL**  
open science

# La réserve héréditaire. Réflexions sur l'autorité d'une institution du droit français

Elisabeth Rousseau

## ► To cite this version:

Elisabeth Rousseau. La réserve héréditaire. Réflexions sur l'autorité d'une institution du droit français. Revue de la Recherche Juridique - Droit prospectif, 2020. ⟨halshs-03109976⟩

**HAL Id: halshs-03109976**

**<https://shs.hal.science/halshs-03109976v1>**

Submitted on 14 Jan 2021

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



HAL Authorization

## La réserve héréditaire

### *Réflexions sur l'autorité d'une institution du droit français*

1- « *Sous peine de faire œuvre vaine, la règle de droit doit être établie en tenant compte des données de l'ordre social : le législateur qui agirait autrement ferait œuvre inutile* »<sup>1</sup>. Tributaire des réalités économiques, sociologiques et psychologiques, le droit traduit des valeurs sociales<sup>2</sup>. Mais, au risque de tomber dans le déterminisme, le droit ne saurait se résumer à un produit de l'ordre social. Le législateur, qui ne peut faire abstraction de l'influence de cet ordre social, conserve néanmoins son libre choix dans la production de la règle de droit. Dans le même sens, l'évolution des faits sociaux doit orienter celle de la règle de droit. Le législateur doit saisir le fait social et son évolution pour en faire la traduction légale, en conformité avec sa politique législative de recherche de l'intérêt général. L'évolution de la réserve héréditaire en droit français est certainement l'un des exemples idoines de ce lien indéfectible entre le fait social et le droit. Depuis 1804, l'institution se présente comme l'expression juridique de la dimension familiale de la transmission héréditaire du patrimoine.

2- Envisagée dans son but politique, la propriété est héréditaire. Il est donc de l'essence de la propriété de se transmettre, au décès du propriétaire, à ses proches. Il en va de la bonne gestion des patrimoines. Pourtant, cette vision économique de l'héritage ne saurait suffire. L'héritage prend tout son essor dans sa considération morale, sa dimension familiale. L'héritage procède de la cohésion familiale, il a une fonction familiale<sup>3</sup>. L'héritage a certes pour objet la transmission d'un patrimoine, mais c'est d'un patrimoine familial dont il s'agit. C'est en ce sens que l'ensemble du droit patrimonial de la famille s'ordonne autour de la protection du patrimoine familial. C'est en ce sens aussi que doivent se définir les rôles respectifs de la volonté et du légal, voire de l'impératif, en droit des successions. Ainsi l'article 721 du Code civil dispose que « *Les successions sont dévolues selon la loi lorsque le défunt n'a pas disposé de ses biens par des libéralités. Elles peuvent être dévolues par les libéralités du défunt dans la mesure compatible avec la réserve héréditaire* ». La conception économique et individualiste côtoie donc la conception familiale et morale de l'héritage. La volonté du défunt s'exprimera librement dans la limite de la quotité disponible.

3- La réserve héréditaire doit permettre de maintenir *a minima* la transmission des biens conformément à l'ordre social et donc en vertu de la protection familiale qu'il défend. Cette répartition des forces du légal et du volontaire en matière de dévolution est historique en droit français. Toujours la volonté du *de cuius* a trouvé terrain d'expression. Jamais celle-ci n'a pu condamner totalement la fonction sociale de transmission reconnue à la famille. Cet équilibre des forces en présence paraît immuable, du moins dans son principe. Cela fut déjà très bien mis en lumière<sup>4</sup>. Il a ainsi été avancé qu'il est certain que le législateur ne pourrait pas supprimer toute quotité disponible, le droit de disposer de sa propriété ayant valeur constitutionnelle<sup>5</sup>. Pour autant, les restrictions à ce droit sont admises dès lors qu'elles n'ont pas « *un caractère de gravité tel que l'atteinte qui en résulte en dénature le sens et la portée* »<sup>6</sup>. Le principe de la réserve n'est donc pas en soit contraire à la Constitution. Plus encore, en tant que moyen permettant de conforter le lien familial, par la transmission d'une partie du patrimoine qu'elle garantit aux plus proches du défunt, certains trouvent dans la Constitution un appui à la réserve<sup>7</sup>.

---

<sup>1</sup> P. Roubier, *Théorie générale du droit*, Sirey 2<sup>e</sup> éd., 1951, n°22, p. 203, réimpression Dalloz 2005.

<sup>2</sup> J.-L. Bergel, *Théorie générale du droit*, Dalloz 5<sup>e</sup> éd., 2012, n°138.

<sup>3</sup> F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudement, *Droit civil- Les successions, les libéralités*, Précis Dalloz, 4<sup>e</sup> éd. 2014, n°4 et s.

<sup>4</sup> F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, précit., n°9.

<sup>5</sup> Cons. Cons. 4 juill. 1989, *D.* 1989, 209, note Luchaire ; *RTDCiv.* 1990, 519, obs. Zénati.

<sup>6</sup> Cons. Cons. 4 juill. 1989, précit.

<sup>7</sup> F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudement, *op. cit.*

En ce sens, le Préambule de la Constitution de 1946 auquel renvoie la Constitution de 1958 prévoit que la Nation « assure (...) à la famille les conditions nécessaires à son développement ». La considération de la famille dans sa fonction sociale justifie donc l'existence du principe d'une réserve héréditaire en droit français. C'est ainsi que l'article 912 du Code civil issu de la loi du 23 juin 2006<sup>8</sup> dispose en son alinéa 1<sup>er</sup> : « *La réserve héréditaire est la part des biens et droits successoraux dont la loi assure la dévolution libre de charges à certains héritiers dits réservataires, s'ils sont appelés à la succession et s'ils l'acceptent* ».

4- L'opposition à l'idéologie des systèmes faisant de l'individualisme le principe est marquée. Il s'agit alors des systèmes anglo-américains. Dans ces systèmes, la liberté testamentaire est avant tout perçue comme une composante du droit de propriété, au même titre que le droit de disposer entre vifs<sup>9</sup>. Le fossé se creuse avec la pensée de Mirabeau qui en son temps avait déclaré « *qu'il n'y a pas moins de différence entre le droit qu'a tout homme de disposer de sa fortune pendant sa vie, et celui d'en disposer après sa mort, qu'il n'y en a entre la vie et la mort même* »<sup>10</sup>. Pour prendre l'exemple du système américain, la liberté testamentaire constitue l'exercice d'une liberté individuelle fondamentale qui ne doit souffrir aucune limite<sup>11</sup>. L'intérêt général laisse place à l'individualisme, le dogmatisme au pragmatisme. Les systèmes de *common law* ne négligent pas pour autant la valeur familiale. Sa protection interviendra, mais seulement dans un second temps et souvent, voire exclusivement, par l'intermédiaire du juge<sup>12</sup>. La dimension familiale que le droit français attache à l'héritage est bien loin.

5- La réserve du droit français est le fruit d'une longue évolution tant historique que sociale<sup>13</sup>. Certes, la réserve héréditaire du XXI<sup>e</sup> siècle garde peu de points communs avec celle de 1804<sup>14</sup>. Pourtant, qu'il s'agisse des buts qui lui ont été historiquement assignés ou des fonctions protectrices qui lui sont attachées, force est de constater que la constance est de mise. Visant à assurer la conservation des fortunes et la solidité de la cohésion familiale, la réserve héréditaire est dotée d'une fonction protectrice très marquée. Elle protège le *de cujus* qui au soir de sa vie pourrait se laisser amadouer et faire montre d'une générosité imméritée ou pour le moins influencée. La réserve héréditaire protège aussi évidemment les héritiers qui en bénéficient. Cette protection est individuelle en ce qu'elle garantit à l'héritier une liberté de pensée et de vie sans craindre d'être déshérité<sup>15</sup>. Elle est aussi collective en ce que la réserve garantit une égalité *a minima* entre les descendants. Le droit français faisant varier le taux de réserve globale en fonction du nombre d'enfant laissés par le défunt<sup>16</sup>, prévoit la répartition de

---

<sup>8</sup> Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et libéralités.

<sup>9</sup> P.-A. Conil, « La mise en parallèle des systèmes successoraux français et américains – Une tentative d'aller au-delà des mythes », *Drt. Fam.*, 2013, n°2, étude 1.

<sup>10</sup> Mirabeau, Discours sur l'égalité des partages dans les successions en ligne directe, prononcé le 2 avril 1791, extraits reproduits dans la *Revue de droit de l'association Henri Capitant*, n°7, 2014, *La réserve héréditaire*, pp.13 et s.. Pour des développements retraçant l'évolution de la philosophie de l'héritage v. : F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *op. cit.*, n°18 et s.

<sup>11</sup> P.-A. Conil, *op. cit.* n°11, qui cite Ronald Chester, « Should American children be protected against disinheritance? », 32 *real estate, probate and trust journal*, 405, 2007-2008, qui indique que la liberté testamentaire trouve sa justification « dans l'extrême tolérance [de la société américaine] pour le contrôle, par un individu, de ses biens, même après son décès.

<sup>12</sup> Cf. *infra*. n° 23 et s.

<sup>13</sup> F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *op. cit.*, n°701 et s. ; M. Grimaldi, *Droit de successions*, 7<sup>e</sup> éd., 2017, Manuel Lexisnexis, n°290 et s.

<sup>14</sup> Cf. *infra*. n° 10 et s.

<sup>15</sup> M. Grimaldi, *Droit des successions*, 7<sup>e</sup> éd., 2017, Lexisnexis, n°299 et « Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve », *Rép. Defrénois* 2012, p.755 ; M. Pichard, « La réserve et l'enfant », *D.* 2019, p.2002 qui explique que cette dimension traditionnelle de protection de la liberté de l'héritier réservataire est sans doute de la substance même de la réserve. Plus finalement que la dimension égalitaire attachée à l'institution qui ne peut finalement s'exprimer qu'en présence d'une pluralité de réservataires.

<sup>16</sup> Articles 913 et 913-1 du Code civil.

la réserve *pars hereditatis* en application donc des règles de la dévolution légale. Cette fonction s'estompe lorsqu'il s'agit de la réserve attribuée au conjoint successible en l'absence de descendant. Seul bénéficiaire<sup>17</sup>, la protection de l'institution est alors nécessairement individuelle. Conservation des fortunes et protection de la famille et des individus sont donc les traits saillants attachés à la réserve héréditaire en droit français. En ce sens, elle est qualifiée d'institution du système juridique français.

6- La question de l'autorité attachée à cette institution est sans doute devenue au fil du temps tout à la fois nébuleuse et capitale. L'institution est-elle d'ordre public ? L'est-elle dans l'ordre interne ? Doit-elle l'être dans l'ordre international ? La réponse à la question de l'autorité de la réserve héréditaire est bien plus pressante dans la période récente. En droit interne, la dernière évolution législative de 2006 consacrant notamment la renonciation anticipée à l'action en réduction a suscité l'émoi au point, pour certains, de dénier le caractère d'ordre public à la réserve<sup>18</sup>. En droit international privé la question de l'autorité de l'institution est devenue incontournable depuis la décision du Conseil constitutionnel du 5 août 2011 décidant de l'abrogation du droit de prélèvement pour les successions ouvertes à compter du 6 août 2011<sup>19</sup>. D'autant que la rédaction de l'article 35 du Règlement européen du 4 juillet 2012 sur les successions internationales<sup>20</sup> impose que l'atteinte à une règle du for soit d'une certaine gravité pour que l'exception d'ordre public puisse être mise en jeu<sup>21</sup>. La Cour de cassation a depuis tranché la question dans deux arrêts retentissants du 27 septembre 2017<sup>22</sup> affirmant que la réserve héréditaire n'est pas d'ordre public international. Mais la Cour de cassation ne manqua pas, non plus, quelques mois plus tard, de saisir l'occasion d'affirmer que l'institution

---

<sup>17</sup> Article 914-1 du Code civil.

<sup>18</sup> Not. Cl. Brenner, « Le nouveau visage de la réserve héréditaire », *RRJ* 2008, p.44 et *J.-Cl. Civil code*, art. 912 à 930-5, fasc. 10 : Libéralités – Réserve héréditaire. Quotité disponible – Nature, caractère, fondement et dévolution, spéc. n°35.

<sup>19</sup> Cons.const. 5 août 2011, QPC n°2011-159, *RCDIP* 2013, p.457, note B. Ancel ; *JDI* 2012. 135, note S. Godechot-Patris ; *Deffrénois*, 2011. 1351, note M. Revillard ; *Dr. et patr.* n° 209, 2011. 93, obs. M.-E. Ancel ; *Dr. fam.* 2011. veille 86, obs. M. Bruggeman, comm. 173, obs. B. Beignier ; *Gaz. Pal.* 2011. J. 2835, note Ch.-E. Sénac ; *JCP G* 2011. 1139, note M. Attal ; *JCP N* 2011. 1236, note E. Fongaro et 1256, n° 7, obs. H. Péroz. L'article 2 de la loi du 14 juillet 1819 autorisait, dans une succession internationale, tout cohéritier français à prélever sur les biens successoraux situés en France un supplément de part lorsque la loi étrangère applicable à la succession lui attribuait des droits inférieurs à ceux qu'il aurait reçus en application de la loi française. La disposition est ainsi considérée par le Conseil constitutionnel comme méconnaissant le principe d'égalité devant la loi en ce qu'elle réserve le bénéfice du prélèvement aux seuls héritiers de nationalité française, ce qui crée une différence de traitement avec les héritiers étrangers venant également à la succession.

<sup>20</sup> Règlement UE n°650/2012 du Parlement et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen.

<sup>21</sup> Article 35 sur l'ordre public : « L'application d'une disposition de la loi d'un État désignée par le présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for. »

<sup>22</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 27 septembre 2017 ; n°16-13.151 et n°16-17.198 ; *D.* 2017, p.2185, « la loi étrangère qui ne connaît pas la réserve héréditaire n'est pas en soi contraire à l'ordre public », note J. Guillaumé (avec d'importants développements sur l'inconstitutionnalité du droit de prélèvement) ; *RTDCiv.* 2018, p.189, obs. M. Grimaldi ; *Rep. Deffrénois* 2017, n°129w1, p.23, « Requiem pour la réserve héréditaire », note M. Goré ; et 2018, n°136a3, p.39, obs. B. Vareille ; *D.* 2017, p.2310, « Ordre public successoral et réserve héréditaire : réflexions sur les notions de précarité économique et de besoins, note H. Fulchiron ; *RLDC* 2017, n°153, p.30, note S. Torricelli-Chrifi ; *A.J. Fam.* 2017, p.598, « La réserve n'est pas d'ordre public international : autres regards », obs. P. Lagarde, A. Meier-Bourdeau, B. Savouré et G. Kessler ; *RTDCiv.* 2017, p.833, obs. L. Usunier ; *LPA* 15/12/2017, n°250, p.16, obs. E. Bendelac ; *Rev. Crit. DIP* 2018, p.87, « Réserve héréditaire et principes essentiels du droit français », note B. Ancel ; *RTDCom* 2018, p.110, « Déshériter ses enfants : mode d'emploi », note F. Pollaud-Dulian ; *RJPF* déc ; 2017, p.44, note S. Gaudechot-Patris et S. Potentier ; *G.P.* 2018, n°1, p.81, obs. L. Dimitrov et M.-L. Niboyet ; *JCP G* 2017, n°47, 1236, « La réserve héréditaire à l'épreuve de l'exception d'ordre public international », note C. Nourissat et M. Revillard ; *Dr. Fam.* 2017, comm. 230, « La réserve héréditaire et l'ordre public international français : ou comment concilier liberté et solidarité ? », obs. M. Nicod.

est d'ordre public interne<sup>23</sup> ! Et si, finalement, la réserve héréditaire n'avait rien perdu de sa place essentielle en droit des successions et plus fondamentalement dans le système juridique français ? Voici donc une institution d'ordre public interne dépourvue de cette autorité dans l'ordre international. La cohérence de cette dichotomie dans l'autorité attachée à la réserve doit trouver sa source en amont, dans l'étude de l'institution elle-même. C'est en mesurant le sens et la portée de la qualification d'institution du système juridique français (§1) que pourra s'expliquer l'autorité variable qui est désormais attachée à la réserve héréditaire selon qu'elle s'exprime dans l'ordre interne ou cherche à le faire dans l'ordre international (§2).

## §1. L'institution d'un système

7- La réserve héréditaire est une institution au sens juridique du terme. Il faut prendre toute la mesure de cette qualification (A). Il faut aussi comprendre que si la réserve est une institution en droit français, cette qualification ne peut être retenue de manière universelle (B).

### A- La qualification d'institution

8- Le sens à donner à la qualification d'institution de la réserve en droit français (1) impliquera d'en tirer toutes les conséquences sur son évolution (2).

#### 1- Le sens de la qualification

9- De manière constante, la réserve héréditaire est présentée comme une institution. Cette qualification à laquelle on ne prête pas forcément attention mérite que l'on s'y arrête. Elle n'est pas anodine dès lors que l'on souhaite justifier l'évolution qu'a subie la réserve héréditaire autrement que par son déclin et sa dénaturation. Pourtant, donner une définition et identifier les éléments caractéristiques de l'institution n'est pas une démarche aisée, au point que le terme institution a pu être vu comme « *un mot commode parce qu'il est vague* »<sup>24</sup>. Paul Roubier fait de l'institution juridique « *un ensemble organique qui contient la réglementation d'une donnée concrète et durable de la vie sociale et qui est constitué par un nœud de règles juridiques dirigées vers un but commun* »<sup>25</sup> <sup>26</sup>. Ihering a aussi pu écrire que « *les divers rapports de la vie qui peuvent être l'objet d'un examen séparé se réunissent autour de quelques grandes unités systématiques : les institutions juridiques qui représentent l'ossature du droit à laquelle se rattache sa substance entière composée des règles de droit* »<sup>27</sup>. La notion mérite d'être encore précisée au regard de la réserve héréditaire. Les institutions juridiques interagissent de manière cohérente entre elles au point d'être parfois imbriquées les unes aux autres. Renard a en ce sens mis en avant qu'il y a des institutions d'institutions. Certaines institutions, dites principales,

---

<sup>23</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 juill. 2018, n°17-16.515 et 17-16.522, A. Tani, art. Précit ; Q. Guiguet-Schielé, « La réserve héréditaire face à l'autorité de chose jugée d'un jugement prononçant l'exequatur d'une décision étrangère », *Dalloz act.* 30/07/2018 ; *JCP éd G* n°42, 2018, 1074, note Th. Vignal.

<sup>24</sup> R. Savatier, précit., *Les métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*, n°95.

<sup>25</sup> P. Roubier, *Théorie générale du droit*, Sirey 1951, réédition Dalloz 2005, pp.19-20. L'auteur explique que cette conception diffère sensiblement de celle attachée par Hauriou. Celui-ci proposa en effet de distinguer les institutions-personnes (Etat, associations...) des institutions-choses nécessitant l'appui de l'Etat pour la réalisation de son but. C'est dans cette seconde catégorie qu'il place la règle de droit.

<sup>26</sup> J.-L. Bergel quant à lui explique que : « *Les règles de droit doivent être regroupées dans des ensembles organisés qui constituent l'ordonnement juridique d'un certain type de relation sociale autour d'une idée directrice, d'une inspiration commune. Les institutions juridiques correspondent alors à ces ensembles organiques et systématiques de règles de droit qui régissent, en fonction d'un but commun, une manifestation permanente et abstraite de la vie sociale* », v. dans *Théorie générale du droit*, 5<sup>è</sup> éd. 2012, Dalloz, n°155 p210.

<sup>27</sup> Ihering, *L'esprit du droit romain*, trad. de Meulenaere, I, pp.36 et s., cité par P.Roubier, *Théorie générale du droit*, Sirey 1951, réédition Dalloz 2005, n°3 p.19.

complexes, contiennent en elles d'autres institutions, secondaires, qui la composent. L'auteur prend l'exemple de la famille comme institution principale et souligne qu'elle en regroupe un certain nombre d'autres, secondaires telles que l'obligation alimentaire, le mariage, le régime successoral<sup>28</sup>, y compris donc la réserve héréditaire. La réserve héréditaire, institution du droit français, procède donc de l'une des composantes de l'institution principale, institution-mère, qu'est la famille. Elle procède de la réalisation du rôle social de la famille. C'est là le but commun assigné aux règles qui régissent la famille. Pour saisir la place spécifique de l'institution de la réserve héréditaire il faut préciser ce rôle social de la famille. En ce sens, il a été mis en exergue que pour accomplir son rôle social la famille avait plusieurs fonctions<sup>29</sup>. La famille a une fonction de socialisation du couple et des enfants ; une fonction alimentaire dans laquelle se retrouve la solidarité familiale par l'intermédiaire de l'obligation alimentaire ; et enfin une fonction héréditaire qui peut être vue comme une sorte de prolongement de la solidarité familiale<sup>30</sup>.

10- La réserve héréditaire est donc le moyen d'expression de cette fonction héréditaire, composante de la réalisation du rôle social de la famille. En ce sens, la réserve héréditaire peut être qualifiée d'institution-fille, de l'institution-mère qu'est la famille. L'admission de la réserve héréditaire comme institution du droit français dans le sens proposé implique d'en tirer les conséquences sur la physionomie de cette institution. Autrement dit, c'est parce qu'elle répond à l'une des fonctions visant à garantir le rôle social de la famille que la réserve héréditaire est nécessairement amenée à évoluer dans ses composantes, voire ses fondements. C'est la question de la portée d'une telle qualification.

## 2- La portée de la qualification

11- Le devoir social de transmettre les biens domine la liberté d'en disposer librement dès lors que le cercle des successibles est composé de proches parents. Le rôle social attaché à la famille est donc en partie de transmettre le patrimoine. Mais il faut admettre que tant la composante familiale que la fonction de transmission ont évolué et avec elles, nécessairement, le moyen de cette transmission, la réserve héréditaire. La famille s'est resserrée autour du conjoint et des enfants. Dans le même temps, le patrimoine a lui aussi évolué dans ses composantes, la dématérialisation a fait son œuvre en même temps que le patrimoine jadis transmis est devenu bien plus acquis. Il a été avancé que la fonction de solidarité familiale attachée à la réserve a vacillé par l'exclusion des ascendants du cercle des réservataires<sup>31</sup>. La réserve « à la française » serait en déclin depuis la loi du 23 juin 2006<sup>32</sup>. Mais c'est pour prendre la mesure de l'évolution de la famille en droit français que les frontières de la réserve ont été redéfinies. En prise avec la réalité sociale, la réserve s'est logiquement resserrée autour du foyer composé des enfants et du conjoint. Le Code de 1804 accordait la qualité de réservataire à tous les ascendants, quel que soit leur degré. Dès cette époque la réserve des ascendants fut critiquée. Reste que le devoir de famille pouvait commander le maintien de cette réserve. Le débat fut

---

<sup>28</sup> G. Renard, *La théorie de l'institution*, Essai d'ontologie juridique, 1930, III, p.51, cité par P. Roubier, précit., p.19.

<sup>29</sup> R. Le Guidec, « Regard sur les fonctions économiques de la famille », *Mélanges en l'honneur de Jean Hauser*, 2012, Dalloz LexisNexis, p.299.

<sup>30</sup> R. Le Guidec, précit., p. 307 et F. Ferrand, « Droit de la famille et obligations alimentaires. Aperçu comparatif », *Rev. Inter. Drt. Comp.*, vol. 65, n°3, 2013, spéc. p.645.

<sup>31</sup> G. Wicker, « Le nouveau droit des libéralités : entre évolution, révolution et contre-révolution », *Drt et patr.* 2017, n°157, p.75 ; S. Gaudemet, « Solidarités familiales et transmission successorale », *Drt. de la fam.* 2016, n°6, dossier 16.

<sup>32</sup> F. Sauvage, « Le déclin de la réserve héréditaire précipité par la loi du 23 juin 2006 », *JCP N* 2008, n°29, p.1248 ; pour une critique d'ensemble, P. Catala, « Prospective et perspective en droit successoral », *JCP N* 2007, n°26, p.1206.

tranché de manière radicale par la loi du 23 juin 2006. Pour les successions ouvertes à compter du 1<sup>er</sup> janvier 2007 plus aucun ascendant n'a la qualité de réservataire. C'est là la traduction du resserrement familial. La considération de la famille nucléaire trouvait là sa première expression dans la réserve. Elle devait être complétée en toute logique par l'entrée du conjoint survivant dans le cercle des réservataires. L'attribution d'une réserve au conjoint survivant se justifie donc par le fondement familial de la réserve.

12- Pourtant, si ce fondement familial de la réserve, dans le sens d'une entraide ou d'une assistance est indiscutable, il n'en va pas de même de l'idée de solidarité. La solidarité familiale au sens strict s'exprime du vivant des intéressés par l'intermédiaire des obligations alimentaires. Celles-ci, en plus d'être réciproques, sont basées sur l'état de besoin du bénéficiaire. Ce n'est pas le cas de la réserve héréditaire. L'institution était donc fondée sur un dérivé de solidarité familiale : exprimant l'idée de réciprocité, elle était toutefois étrangère à la notion de besoin<sup>33</sup>. Ce dernier point n'a pas évolué. L'octroi de la réserve héréditaire ne saurait être conditionné, à l'heure actuelle, à un état de besoin de son bénéficiaire. L'idée de solidarité attachée à la réserve était donc liée à celle de réciprocité : les réservataires étaient les ascendants et les descendants. Ce n'est plus le cas. Il n'y a plus de vocation réciproque à la réserve en ligne directe. Cette vocation est uniquement descendante. En revanche, cette vocation est passée au conjoint survivant. La solidarité au sens strict s'éloigne. Et si finalement le fondement familial moderne de la réserve ne devait pas plutôt être recherché vers une forme de responsabilité envers ses bénéficiaires. Responsabilité envers ceux auxquels on a donné la vie, responsabilité envers celui avec lequel on s'est engagé pour la vie. La fonction héréditaire de la famille qui se traduit par l'octroi de la réserve ne relèverait plus d'une solidarité familiale dérivée, mais bien d'une responsabilité familiale de transmettre<sup>34</sup>. C'est d'ailleurs encore le fondement familial de la réserve qui a commandé la consécration de la réserve par souche en 2006. Non seulement l'enfant, mais aussi tous les descendants de sa souche sont réservataires. L'idée est alors de faciliter les transmissions avec saut de génération. La responsabilité familiale peut ainsi s'exprimer en permettant aux plus jeunes d'accéder à l'héritage par le biais de la représentation successorale. La réserve est donc resserrée sur le foyer et la souche en parfaite adéquation avec l'évolution de la famille. L'institution est cohérente et donne toute sa force à son fondement familial. Un cercle des réservataires qui ne refléterait pas l'image de la famille contemporaine serait certainement très nuisible à l'institution.

13- L'évolution a aussi eu lieu quant au moyen de mise en œuvre de cette responsabilité familiale. Elle est cette fois liée à la transformation du patrimoine désormais acquis la vie durant et bien plus dématérialisé. C'est alors le fondement historique de la conservation des biens dans la famille qui devait vaciller. Aussi, plus que la conservation des biens dans la famille, qui bénéficie d'ailleurs de mécanismes efficaces, comme le droit de retour conventionnel, c'est la conservation des fortunes qui a sans doute tout l'intérêt de l'époque moderne<sup>35</sup>. Le principe de la réduction en valeur des libéralités excessives introduit par la loi du 23 juin 2006 traduit cette réalité. Ce principe est pourtant encore souvent avancé comme l'un des responsables de la dénaturation de la réserve. Là encore il faut préférer la modernisation. La réserve héréditaire est dans l'air de son temps. Il faut à ce titre souligner que nombre de pays connaissant la réserve héréditaire la mettent en œuvre par l'octroi d'un droit de créance. C'est le cas de l'Allemagne, de la Lettonie, de la Hongrie, de l'Estonie, de Malte, des Pays-Bas ou encore de la Pologne<sup>36</sup>.

---

<sup>33</sup> Sur l'idée que la solidarité familiale doit s'entendre non pas dans le sens juridique du terme mais plus dans son acception politique relevant des sciences sociales v. S. Gaudemet, « Solidarités familiales et transmission successorale », *Drt. fam.* 2016, n°16, dossier 16, spéc. n°2.

<sup>34</sup> En ce sens déjà mais moins catégorique v. : H. Fulchiron, « Ordre public successoral et réserve héréditaire : réflexions sur les notions de précarité économique et de besoin », *D.* 2017, p.2310.

<sup>35</sup> En ce sens, M. Grimaldi, manuel précit., n°866.

<sup>36</sup> e-justice.europa.eu, onglet « successions », rubrique « règles générales ».

Les législations de ces pays, consacrant la réserve, évoquent alors un droit de créance faisant parfois des bénéficiaires des créanciers, et non des héritiers, à rebours du droit français<sup>37</sup>. La réserve héréditaire, en ce qu'elle s'est adaptée à l'occasion de la réforme de 2006, répond encore aujourd'hui avec force à cet impératif de responsabilité familiale. Finalement, en tant qu'institution de l'ordre juridique français, elle n'avait pas d'autre destin que de s'adapter.

14- L'institution ayant pour vocation de regrouper un ensemble de règles visant à la réalisation d'un but commun reflétant une réalité sociale, celle-ci ne peut qu'évoluer dès lors que la réalité sociale concernée a elle-même connu une mutation. La cohérence du système est à ce prix. Et c'est justement ce point qui détermine toute la spécificité de la protection offerte par la réserve héréditaire du droit français. Elle est certes une institution au sens juridique du terme, mais elle est avant tout l'institution d'un système juridique. C'est alors que se cristallise la différenciation avec la protection proposée par les systèmes de *common law*.

## B- L'appartenance à un système juridique

15- La protection offerte par la réserve héréditaire du droit français n'a, *a priori*, rien d'une anomalie qui devrait être balayée à l'aune d'un individualisme galopant. Elle est en réalité le reflet d'un système de droit à la construction historique et particulière. C'est ainsi que la réserve telle qu'elle est conçue en droit français est à l'image des systèmes de droit continental et c'est ainsi, aussi, qu'elle serait inconcevable dans un système de *common law*. Cela tient à la construction de ces systèmes. L'existence de systèmes de droit distincts (1) emporte la mise en œuvre de protections spécifiques (2)

### 1- Des systèmes de droit distincts

16- Le système de *common law* reste encore aujourd'hui un système de droit jurisprudentiel, basé essentiellement sur le *case law*<sup>38</sup>. Les règles de droit dans les systèmes de *common law* doivent être recherchées dans la *ratio decidendi* des décisions rendues par les cours supérieures<sup>39</sup>. Le plus souvent, la règle de droit, dans ces systèmes, ne se place donc pas en amont du contentieux, elle lui est contemporaine et surtout elle lui est spéciale. La règle de droit est au niveau de l'espèce qu'elle tranche. Plus encore, il a été expliqué que dès lors que le juge fait des déclarations qui ne sont pas strictement liées au litige, il parle *obiter*<sup>40</sup>. Son opinion peut alors toujours être contestée puisqu'elle n'est pas une règle de droit. Autrement dit, le système de *common law* n'est pas construit à partir d'une ossature composée d'un ensemble de règles générales et impératives visant à régir la globalité des comportements. Le système se structure à partir de la multitude de précédents jurisprudentiels dont l'ensemble constitue la matière des règles de droit en *common law*. Ainsi, le juge, dans les systèmes de *common law*, fait la règle de droit en tranchant le litige qui lui est soumis. Cette règle de droit est nécessairement spéciale et individuelle. Au point que ce n'est qu'une fois qu'une disposition légale existante aura été appliquée par le juge qu'elle accédera au rang de règle de droit pour les justiciables. Tout au contraire, la disposition légale s'impose *a priori* dans les systèmes de droit continental, le juge l'ayant nécessairement pour point de départ dans la résolution du contentieux.

17- C'est donc la conception même de la loi et sa vocation normative qui diffère dans ces deux grands systèmes<sup>41</sup>. La norme qui innerve les systèmes de droit continental n'est pas

---

<sup>37</sup> C'est notamment le cas de la Hongrie et des Pays-Bas.

<sup>38</sup> Même si les lois constituent une autre source de droit admise désormais.

<sup>39</sup> R. David, C. Jauffret-Spinozi, M. Goré, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Précis Dalloz 2016, 12<sup>e</sup> éd., n°307 p.288.

<sup>40</sup> R. David, C. Jauffret-Spinozi, M. Goré, *op. cit.*

<sup>41</sup> Y.-M. Morissette, « Les caractéristiques classiquement attribuées à la Common Law », *RIDC* 2013, pp.613-636.

concevable dans les systèmes de *common law*. Il est d'ailleurs impossible de trouver une traduction de la distinction de la règle impérative et de la règle supplétive dans ces systèmes<sup>42</sup>. L'institution de la réserve héréditaire est bien l'institution d'un système de droit. Un système construit sur la nécessité de l'existence de règles générales édictées pour régir le comportement de tout citoyen. Un système qui est basé sur la distinction de l'impératif et du supplétif, là où l'impératif sert l'identification des valeurs essentielles de la société et qui sont à protéger. Si la volonté de garantir une certaine protection aux proches du défunt n'est pas absente des systèmes de *common law*, elle n'est donc pas concevable sous la forme d'une protection générale, impérative et *a priori*. Elle ne pouvait s'entendre que par l'octroi d'un moyen accordé aux plus proches d'obtenir la protection spécifique et individuelle envisageable. Autrement dit, le recours en justice, *a posteriori* donc, est le moyen de cette protection. Cette distinction fondamentale liée à la structure des systèmes s'illustre parfaitement en droit comparé.

## 2- Des systèmes de protection spécifiques

18- Dans la quasi-totalité des pays de droit continental la réserve héréditaire, telle qu'elle existe en droit français, est présente. Son existence est généralisée dans son principe. Très peu de pays ne la connaissent pas, tel Madagascar ou le Honduras<sup>43</sup>, tandis que l'Espagne se distingue par l'existence d'un droit commun et de droits spéciaux en la matière<sup>44</sup>. En outre l'évolution des bénéficiaires de la réserve a été sensiblement la même dans les pays de droit continental. L'évolution de la structure familiale ayant été similaire dans ces pays, les descendants et le conjoint survivant figurent au premier rang des bénéficiaires de la réserve héréditaire.

19- Le montant de la réserve est en revanche variable. Trois systèmes de détermination du taux de réserve héréditaire se côtoient ainsi dans les pays de droit continental. A chaque fois le système choisi exprime la place accordée ou le point d'équilibre assuré entre la liberté de disposer de ses biens à titre gratuit et la nécessité d'assurer une certaine protection à ceux que la loi désigne comme proches du défunt. Se retrouve alors de manière systématique la traduction juridique de chaque pays de la place accordée à la volonté d'une part, à l'impératif d'autre part.

20- Le taux de réserve varie, d'abord, en fonction du nombre d'enfants laissés par le défunt. C'est le système qui s'applique en France lorsque le défunt laisse entre 1 et 3 enfants en vertu des articles 913 et 913-1 du Code civil. La part alors réservée varie selon les pays, mais l'idée de départ reste la même. C'est le nombre d'enfant laissé qui détermine le taux de réserve. Ce système se retrouve dans les pays de l'Afrique francophone<sup>45</sup> ou encore au Luxembourg, à Malte, en Bulgarie<sup>46</sup>. Ce système est celui qui marque le plus l'expression de la fonction sociale de la famille attaché à l'hérédité et à la transmission.

---

<sup>42</sup> R. David, C. Jauffret-Spinosi, M. Goré, *op. cit.*, n°313.

<sup>43</sup> Sur ce point et plus largement sur le droit comparé : J.-P. Decorps, « La réserve héréditaire en droit comparé », *Droit de la fam.*, mai 2019, dossier 21.

<sup>44</sup> Ainsi le droit commun espagnol réserve effectivement une part de la succession à certains parents (Les héritiers réservataires sont les enfants et descendants, à défaut les parents et les ascendants, et le conjoint survivant). En revanche les droits foraux ou spéciaux contiennent des dispositions spécifiques en la matière. Il existe des particularités comme la réserve *pars bonorum*, portant sur un droit à une partie des biens, la réserve héréditaire *pars valorum*, ouvrant un droit à une part de la valeur des biens, constituant un simple droit de créance. C'est le système applicable en Catalogne. En Navarre aucune disposition n'impose une part réservée de la succession, la réserve est alors souvent présentée comme étant purement symbolique car résultant d'une formule rituelle dans le testament du défunt. V. : e-justice.europa.eu, onglet « successions », rubrique « règles générales ». Mais, à l'exception de la Navarre donc, et c'est bien la présence d'exception qui accrédite l'existence d'un principe, l'institution de la réserve est présente sur tout le territoire espagnol, seules les modalités de mise en œuvre diffèrent.

<sup>45</sup> J.-Cl. *Notarial Formulaire*, V° Législation comparée, fasc. 50, p.4 et s. cité par J.-P. Decorps.

<sup>46</sup> e-justice.europa.eu, onglet « successions », rubrique « règles générales ».

21- Le taux de réserve est ensuite parfois défini en fonction de la part légale revenant au réservataire. C'est le système retenu notamment en Allemagne, en Russie, en Suède, à Cuba ou encore en Grèce<sup>47</sup>. Là aussi si le taux varie<sup>48</sup>, se retrouve toutefois la même philosophie que dans le premier système. C'est la protection familiale qui est mise au premier plan puisque c'est le nombre de réservataires qui va faire varier le montant de la réserve et donc corrélativement celui de la quotité disponible. L'expression de la volonté par la liberté de disposer passe au second plan.

22- Enfin, la réserve peut être constituée d'une part intangible de la succession, quel que soit le nombre d'enfants. C'est le système retenu dans la plupart des pays d'Amérique du Sud<sup>49</sup>. L'Espagne rejoint aussi ce système tout en se démarquant là encore avec une réserve en deux temps : la *legitima* d'une part, la *mejora* d'autre part<sup>50</sup>. Le système de la réserve à taux fixe a été adopté récemment par la Belgique au 1<sup>er</sup> septembre 2018<sup>51</sup>. Jusqu'alors le droit successoral belge datait pour l'essentiel de Napoléon. La loi adoptée le 31 juillet 2017 est donc historique. Elle traduit aussi l'évolution qu'a connue la société belge dans sa composante familiale, ainsi que la nécessité d'accorder plus de liberté au disposant. Avant la réforme le droit belge était très proche du droit français : les descendants et les ascendants étaient réservataires, le taux de réserve variant en fonction du nombre d'enfants dans les mêmes quotités que celles prévues à l'article 913 du Code civil français. Depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2018, en droit belge, les ascendants ne sont plus réservataires, la réduction des libéralités se fait en valeur et non plus en nature et la réserve des descendants est limitée à la moitié de la succession quel que soit le nombre d'enfants laissés<sup>52</sup>. L'évolution du droit belge est certainement à rapprocher de celle du droit français tant les deux pays sont proches historiquement et sociologiquement. Le principe même de l'expression de la volonté encadrée par une limite légale demeure. En revanche, la balance entre la volonté et l'impératif semble s'équilibrer. Le nombre d'enfants ne fait plus varier le taux de réserve. La fonction familiale de transmettre, si elle demeure en son principe, compose désormais à égalité avec la liberté de disposer. Cette évolution de la réserve du droit belge traduit ici aussi la nécessité d'adaptation de l'institution aux mutations de la société. La poussée de l'individualisme se poursuit sans pouvoir être ignorée du droit. L'avenir de la réserve en droit français devra certainement composer avec la force du droit de disposer, sans pour autant vaciller dans son principe.

23- La réserve héréditaire est donc une institution qui se retrouve de manière systématique dans les pays de droit continental. Les différents systèmes expriment chacun une traduction de cette fonction en recherchant le point d'équilibre entre impératif et volonté. Que l'étendue de la protection diffère dans ces modalités importe peu. La justification fondamentale de la protection ainsi consacrée et la même : la fonction héréditaire de la famille. L'appartenance à la famille proche suffit pour en bénéficier, sans autre condition<sup>53</sup>.

---

<sup>47</sup> La Croatie, la Lituanie, l'Autriche, la Roumanie, la Finlande et la Slovaquie retiennent également ce système. V. e-justice.europa.eu, onglet « successions », rubrique « règles générales ».

<sup>48</sup> V. J.-P. Decorps, précit. : la moitié de la part légale en Allemagne, un quart en Russie, Suède et à Cuba, un tiers en Grèce.

<sup>49</sup> En France au-delà de trois enfants le taux de réserve devient fixe pour ne pas dépasser les trois quarts de la succession en vertu de l'article 913 du Code civil.

<sup>50</sup> La *legitima* d'un tiers du patrimoine qui revient aux réservataires par parts égales (Article 806 et s. du Code civil espagnol) ; et la *mejora* (Article 811 et s. du Code civil espagnol), d'un tiers également, qui peut être attribuée à l'un seulement des réservataires en plus de sa part de *legitima*. Sur ces développements, v. J.-P. Decorps, art. précit..

<sup>51</sup> Loi du 31 juillet 2017 modifiant le Code civil en ce qui concerne les successions et les libéralités et modifiant diverses autres dispositions en cette matière, [www.ejustice.just.fgov.be](http://www.ejustice.just.fgov.be).

<sup>52</sup> J Gasté, « Et si la nation de Tintin influençait l'anticipation successorale française ! », *JCP N* 2017, act. 821.

<sup>53</sup> C'est d'ailleurs aussi le cas des pays de droit arabo-musulman, leur construction étant proche du droit continental (Le système juridique de ces pays est en effet fondé sur la norme tout comme le système de droit continental. La norme est alors parfois d'origine religieuse et est l'expression de la charia). Dans tous ces pays la réserve héréditaire est un élément essentiel du droit des successions. Reste que, largement inspirée de la charia, sa mise en

24- Il n'en est rien, en revanche, des pays de *common law*. Cette absence de protection collective, légale et *a priori* n'a rien de surprenant puisqu'elle n'est pas de l'essence du système de *common law*. Dans un système qui n'est pas basé sur la norme, le principe qui domine est celui de la liberté de tester. Néanmoins, l'idée d'une certaine protection accordée, non pas à la famille entendue comme entité, mais bien à l'individu du fait de sa proximité avec le défunt, est présente<sup>54</sup>. C'est pourquoi les pays de *common law* viennent limiter la liberté de tester par la possibilité pour les héritiers dans le besoin de recevoir une *family provision*. L'intention est la même, protéger les proches du défunt, mais la démarche est radicalement différente. Seul le juge pourra décider d'accorder ou non la *family provision*. A celui qui la demande de prouver qu'il est dans un état de besoin ou de précarité tel que son attribution s'impose. Voici alors une protection individuelle, conditionnée, judiciaire et *a posteriori*. Mais c'est là la protection idoine dans les pays de *common law*. Cette protection a été instituée en Grande Bretagne par la loi de 1975 dite *Inheritance family provision and dependant Act*, modifiée en 2014. Il est remarquable que la possible attribution de subsides ne se limite pas aux proches parents, mais concerne toute personne susceptible d'être considérée comme faisant partie du foyer familial<sup>55</sup>. Aux Etats-Unis le système est globalement le même. La liberté de tester domine tout en étant tempérée par l'*elective share* accordé au conjoint survivant dans le besoin, ainsi que par la pension alimentaire que les enfants sont susceptibles d'obtenir du juge s'ils sont dans un état de précarité<sup>56</sup>. Le droit québécois, pourtant d'origine française, est une autre illustration de l'influence de la *Common law*. La réserve héréditaire y est inconnue et la liberté de tester domine. Néanmoins, toute union célébrée implique la création d'un patrimoine de famille dont la moitié revient nécessairement au conjoint survivant<sup>57</sup>.

25- La réserve héréditaire est donc une institution juridique connue de la totalité des pays de droit continental. Le principe d'une protection *a priori*, légale et collective y est consacré en adéquation avec la construction de ces systèmes basée sur la norme. La mise en œuvre de cette réserve diffère en revanche tant sur ses bénéficiaires et son étendue que sur sa sanction. Mais l'essentiel est bien que ce modèle de protection est justifié et consacré dans tous ces pays. L'idée d'une protection des proches du défunt s'exprime aussi dans les pays de *common law*, mais c'est alors à la manière de ce système construit, non pas sur la norme générale gouvernant le comportement des citoyens, mais bien sur l'intervention *a posteriori* et systématique du juge. L'idée de responsabilité familiale est absente. Et parce que ces pays sont étrangers à l'idée d'une protection collective de la famille entendue comme entité, l'admission de cette protection individuelle suppose l'existence de l'état de besoin. La volonté individuelle est maîtresse. Il

---

œuvre diffère de celle des pays de droit continental notamment par les fortes discriminations qu'elle consacre entre les réservataires hommes et femmes. Sur ce point v. les développements de J.-P. Decorps, art. précit., n°17 et s.

<sup>54</sup> Depuis 1938, la liberté absolue dont jouissait le *de cuius* en droit anglais est tempérée en présence de proches (pas nécessairement héritiers) se trouvant dans une situation de dépendance à son égard. Dès lors que le testament du défunt ne laisse de provision financière suffisante, le proche qui en fait le demande devant la County Court (cours de comté depuis 1991) peut se voir attribuer une aide matérielle. L'admission ainsi que le montant de la somme accordée relève du pouvoir s'appréciation souverain des juges. Sur la question v. : L. Neville Brown et C.A. Weston, *J.-Cl. Droit comparé*, V° Grande-Bretagne, Fasc. 2, n°31 et s..

<sup>55</sup> J.-P. Decorps, précit., n°28.

<sup>56</sup> J.-P. Decorps qui souligne en outre que dans les systèmes juridiques mixte que sont les Etats-Unis et la Grande-Bretagne certaines règles spécifiques s'appliquent. Ainsi, la Louisiane connaît une réserve héréditaire liée à l'influence française que l'état a connu. De la même manière, sous l'influence espagnole cette fois, l'état de Porto Rico connaît lui aussi une réserve héréditaire. En Grande-Bretagne, c'est l'Ecosse qui se distingue en accordant au conjoint survivant une réserve variable selon l'existence ou non d'enfants ainsi qu'une réserve à ces mêmes enfants.

<sup>57</sup> Ch. Morin, « Le droit québécois : un droit successoral d'origine française ignorant la réserve », *dr. Fam.* 2005, étude 12 et « L'autonomie de la volonté au cœur du droit successoral québécois », *Les successions, Trav. Assoc. Capitant*, t. LX, 2010, p.389, cités par F. Terré, Y. Lequette, S. Gaudemet, n°700 note 1.

n'était donc pas envisageable de prévoir une transmission objective d'une partie du patrimoine échappant à la volonté sans condition. La liberté testamentaire l'emporte sous la seule réserve de ne pas laisser un proche dans un état de précarité. De ce constat il ressort que bien que partagée par toute une famille de systèmes juridiques, la réserve héréditaire ne revêt pas pour autant de caractère universel. Elle est l'institution d'une institution-mère, la famille, de notre système juridique. La mise en lumière de cette place particulière et essentielle de la réserve héréditaire dans l'ordre juridique va permettre de justifier la dichotomie qui est attachée à son autorité.

## §2. La dichotomie d'une autorité

26- En tant qu'institution de l'ordre juridique français, visant à l'accomplissement du rôle social de la famille dans sa fonction de transmission, la réserve héréditaire devait logiquement se voir reconnaître l'autorité d'une disposition d'ordre public en droit interne (A). En tant que l'institution d'une institution-mère, n'accédant pas à l'universalité au sein des autres systèmes juridiques, la réserve héréditaire devait se voir refuser le caractère de disposition d'ordre public international (B).

### A- L'appartenance consacrée à l'ordre public interne

27- A l'époque de sa codification, et dans la période qui a suivi, la réserve héréditaire était présentée sans doute possible, comme l'un des piliers de l'ordre public successoral. Garante de la cohésion familiale par la solidarité qu'elle impose sans autre condition que l'appartenance au cercle des proches du défunt ; assurant tout à la fois une égalité minimale entre les héritiers réservataires et la conservation des biens dans la famille, la réserve héréditaire était cette limite infranchissable pour le *de cuius* désirant disposer de ses biens pour le temps où il ne sera plus. La jurisprudence a été la gardienne de cet ordre public par l'application stricte des textes visant la réduction des libéralités portant atteinte à la réserve ou encore par la mise en œuvre du principe *fraus omnia corrumpit*<sup>58</sup>. La Cour de cassation allait même jusqu'à annuler toute clause susceptible de porter atteinte aux pleins pouvoirs de l'héritier sur les biens composant sa réserve<sup>59</sup>. La doctrine était, elle aussi, unanime<sup>60</sup>. Ce qui fut pendant une longue période un acquis devait petit à petit être mis en question. Avant même la loi du 23 juin 2006 qui exacerbât toutes les inquiétudes sur l'autorité de la réserve héréditaire, plusieurs évolutions

---

<sup>58</sup> V. par ex. : Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 déc 1990 (manipulation de l'option successorale en vue de contourner la réserve), *bull. civ.* 1990, I, n°278 ; *Rép. Defrénois*, 1991, art. 35018, obs. G. Champenois ; *RTDCiv.* 1992, p.157, obs. J. Patarin ; Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 4 fév. 1992 (renonciation frauduleuse à la faculté de demander la réduction des libéralités), *bull. civ.* 1992, I, n°41 ; *Rép. Defrénois* 1992, art. 35503, obs. G. Champenois ; *RTDCiv.* 1992, p.432, obs. J. Patarin ; *D.* 1993, somm. Comm. 227, obs. B. Vareille.

<sup>59</sup> V. Y. Flour, « Libéralités et libertés », *Rép. Defrénois* 1995, n°17, p.993 qui prend l'exemple de l'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 19 mars 1991 (*bull. civ.* 1991, I, n°100 ; *D.* 1992, somm. Comm., 230, obs. B. Vareille). Dans cette affaire le *de cuius* avait légué à son petit-neveu l'usufruit d'un domaine agricole loué à des tiers à charge pour lui de reverser au fils unique de la défunte le montant des loyers perçus. Le loyer reversé formé alors l'exact équivalent de l'usufruit légué. Pourtant la Cour de cassation retient que ce legs porte atteinte à la réserve « dès lors qu'il a pour effet de priver le réservataire du droit de jouir et de disposer des biens compris dans la réserve ».

<sup>60</sup> V. parmi d'autres cités par Cl. Brenner au *J.-Cl. Civil code*, art. 912 à 930-5, fasc. 10 : Libéralité – Réserve héréditaire. Quotité disponible. – nature, caractère, fondement et dévolution de la réserve : M. Planiol et G. Ripert, *Traité pratique de droit civil*, t. 5, LGDJ, 2<sup>e</sup> éd. 1957, par Trasbot et Loussouarn, n°27 ; G. Ripert et J. Boulanger, *Traité élémentaire de droit civil*, t. 4, LGDJ 1959, n°2666 ; H., L. et J. Mazeaud, *Leçons de droit civil*, t. 4, 2<sup>e</sup> vol., Montchrestien, 5<sup>e</sup> éd. 1999, par L. et S. Leveneur, 871 ; G. Marty et P. Raynaud, *Les successions*, Sirey, 2<sup>e</sup> éd. 1983, n°392 ; L. Josserand, *Cours de droit civil positif français*, Sirey, 3<sup>e</sup> éd. 1940, n°1683 ; A. Colin et H. Capitant, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 3, 10<sup>e</sup> éd., par Julliot de la Morandière, Dalloz 1950, n°1495 ; F. terré et Y. Lequette, *Les successions, Les libéralités*, Dalloz, coll ; précis, 3<sup>e</sup> éd. 1996, n°992.

jurisprudentielles et légales ont alerté la doctrine<sup>61</sup>. Ce fut le cas de l'admission jurisprudentielle de la clause de tontine<sup>62</sup> à laquelle il a été reproché de porter en elle la privation indirecte du droit à réserve des héritiers de celui qui précède<sup>63</sup>. Les principes d'imputation des libéralités en cas de concours de quotités disponibles établis par l'arrêt du 26 avril 1984<sup>64</sup> suscitèrent aussi l'émotion en ce que les libéralités faites en usufruit au conjoint devaient s'imputer en priorité sur le disponible en usufruit, c'est-à-dire l'usufruit de la réserve<sup>65</sup>. De même de la liberté finalement laissée par la Cour de cassation au *de cujus* d'aménager la composition de la réserve<sup>66</sup>. Quant à l'évolution législative c'est la loi du 3 juillet 1971<sup>67</sup> généralisant le principe d'une réduction en valeur des libéralités dans les rapports entre réservataires qui devait faire dire à certains que la réserve régresse<sup>68</sup> en s'orientant vers une simple créance contre la succession<sup>69</sup>. La rigueur des premiers temps attachée à la réserve héréditaire laissait le pas à certains aménagements. Pour autant, dans son principe et dans son étendue, la réserve restait intangible<sup>70</sup>.

28- La prédiction d'une mort annoncée, ou à tout le moins d'une profonde dénaturation devait naître de l'entrée en vigueur de la loi du 23 juin 2006<sup>71</sup> généralisant la réduction en valeur des libéralités, mais surtout, introduisant ce nouvel outil d'anticipation successorale que fut la renonciation anticipée à l'action en réduction<sup>72</sup>. Parlant d'un déclin précipité par la loi du 23 juin 2006, la dénaturation de l'institution a été avancée<sup>73</sup>. L'une des raisons était alors la nouveauté de la place faite aux volontés individuelles<sup>74</sup>, et notamment celle du *de cujus*<sup>75</sup>. La renonciation anticipée à l'action en réduction, parfois présentée comme une renonciation

---

<sup>61</sup> V. Y. Flour., art. précit. ; J. G. Raffray et J.-P. Sénéchal, « Quel avenir pour la réserve ? », *JCP N*, 1986, n°21, 100521.

<sup>62</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 3 fév. 1959, *D.* 1960, 592, note E. S. de la Marnierre ; *JCP* 1960, II, 11823, note P. Voirin ; *RTDCiv.* 1960, p.692, obs. R. Savatier ; Cass., ch. Mixte, 27 nov. 1970, *JCP* 1971, II, 16823, note H. Blin ; *D.* 1971, 81, concl. Lindo ; Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 11 janv. 1983, *D.* 1983, 501, note Ch. Larroumet

<sup>63</sup> Nast, *Rép. Gén. Not.* 1928, art. 21759, n°2 qui relevait tout de même dans la ligne de Savatier (*RTDCiv.* 1928, 458, n°1) que la nullité pouvait être évitée en stipulant à l'acte que la clause de tontine opérerait comme une condition résolutoire dont l'effet résolutoire impose que la part du prémourant n'a jamais fait partie de sa succession.

<sup>64</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 26 avril 1984, *D.* 1985, 133, note G. Morin ; *Rép. Defrénois* 1984, art. 33456, même note ; *RTDCiv.* 1985, p. 194, obs. J. Patarin ; *JCP N* 1986, II, 2, note J.-M. Arrault ; *G.P.* 1985, 2, 460, note D. Salle de la Marnierre ; *GAJC*, année ?? t.1, n°141. V. M. Grimaldi, « La combinaison de la quotité disponible ordinaire et de la quotité disponible entre époux : revirement de jurisprudence », *Rép. Defrénois* 1985, art. 33565.

<sup>65</sup> J. G. Raffray et J.-P. Sénéchal, art. précit., n°16 et s..

<sup>66</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 18 juillet 1983, *Rép. Defrénois* 1984, art. 33195, note M. Grimaldi.

<sup>67</sup> Loi n°71-523 du 3 juillet 1971 *Modifiant certaines dispositions du Code civil relatives aux rapports à succession, à la réduction des libéralités excédant la quotité disponible et à la nullité, à la rescision pour lésion et à la réduction dans les partages d'ascendants*. Avant cette loi, déjà la loi n°61-1378 du 19 décembre 1961 avait admis la réduction en valeur de la donation faite à un héritier et portant sur un immeuble, une exploitation agricole, une entreprise commerciale, artisanale, ou industrielle ou des objets mobiliers ayant été à l'usage commun du défunt et du donataire. Sur l'ensemble de l'évolution, v. M. Grimaldi, *Droit des successions*, 7<sup>è</sup> éd., LexisNexis, 2017, n°866 et s.

<sup>68</sup> Y. Flour, art. précit., n°8.

<sup>69</sup> B. Vareille, *Volonté, rapport et réduction*, thèse Limoges, 1988, n°82.

<sup>70</sup> Y. Flour, art. précit., n°7.

<sup>71</sup> Loi n°2006-728 du 23 juin 2006 *portant réforme des successions et des libéralités*. Sur l'équilibre recherché par cette loi, v. M. Nicod, « L'anticipation de la succession », *JCP N* 2006, n°12, 1136.

<sup>72</sup> V. I. Dauriac, « La renonciation anticipée à l'action en réduction », *D.* 2006, p.2574.

<sup>73</sup> F. Sauvage, « Le déclin de la réserve héréditaire précipité par la loi du 23 juin 2006 », *JCP N* 2008, n°29, 1248, spéc. n°23 et s..

<sup>74</sup> Cl. Brenner, « Le nouveau visage de la réserve héréditaire », *RRJ* 2008, p.33 et *J.-Cl. Civil code*, art. 912 à 930-5, fasc. 10 : Libéralité – Réserve héréditaire. Quotité disponible. – nature, caractère, fondement et dévolution de la réserve.

<sup>75</sup> I. Vincendeau-Logeais, « La réserve héréditaire au bon vouloir du de cujus », *Mél. R. Le Guidec*, Lexisnexus, 2014, p.509.

dissimulée à la réserve elle-même<sup>76</sup>, avait pour effet tout à fait remarquable de permettre à un héritier réservataire de renoncer, dans une succession non encore ouverte, à l'outil lui garantissant l'intégrité de sa réserve. L'héritier peut donc depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2007 renoncer par avance à la protection légale que lui garantit l'action en réduction. Partant, il a pu en être déduit qu'« une protection légale à laquelle il est permis de renoncer à l'avance » ne peut être « raisonnablement » qualifiée d'ordre public<sup>77</sup>. La réserve héréditaire ne serait plus qu'une règle impérative depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2007 portant interdiction au *de cuius* d'y déroger, mais non aux bénéficiaires d'y renoncer, même par avance<sup>78 79</sup>.

29- Il faut toutefois nuancer le propos comme cela a déjà été proposé<sup>80</sup>. Aujourd'hui comme hier, la réserve protège l'héritier contre le *de cuius*, qui lui, n'a pas gagné en liberté. En outre, l'héritier a toujours pu renoncer à sa réserve une fois la succession ouverte. Il le peut désormais avant même qu'elle ne le soit. D'ailleurs, pas plus hier qu'aujourd'hui, la réduction des libéralités n'opère de plein droit, le juge n'ayant jamais pu la soulever d'office. La réserve aurait perdu son caractère d'ordre public du fait de l'admission d'une renonciation par avance à l'action en réduction. Mais ne faut-il pas alors aller plus loin et considérer, au regard de ce qui vient d'être rappelé, que la réserve n'a en réalité jamais été une règle d'ordre public, mais une simple règle impérative dont le régime a évolué ? Il faut sans doute préférer à cette conclusion l'admission d'une certaine mutation de l'ordre public lui-même.

30- Classiquement, la notion est présentée comme dualiste<sup>81</sup>. Elle recoupe, d'une part, l'ordre public « historique » dit politique et visant à protéger les valeurs fondamentales de la société que sont l'Etat, la morale, la personne ou encore la famille. Elle recoupe, d'autre part, l'ordre public économique, d'inspiration plus récente. Celui-ci se subdivise à son tour en un ordre public économique de direction visant à encadrer l'activité contractuelle conformément à l'utilité sociale et un ordre public économique de protection visant à assurer une protection de la partie faible dans le cadre contractuel en maintenant l'équilibre des relations. La réserve héréditaire était présentée comme un exemple éclatant de l'ordre public politique. Expression de la sauvegarde de l'intérêt général, la réserve héréditaire est la garante de la cohésion familiale. Cette valeur essentielle défendue par l'institution de la réserve n'a pas disparu. Elle demeure même au centre du mécanisme : c'est dans le souci de garantir cette cohésion familiale, du groupe familial, que les libéralités sont réductibles. Certes, le régime a évolué. La réduction se fait en principe en valeur et surtout les héritiers que la réserve vise à protéger peuvent désormais renoncer avant même l'ouverture de la succession au bénéfice de cette protection.

---

<sup>76</sup> P. Catala, « Prospective et perspectives en droit successoral », *JCP N* 2007, n°26, 1206, spéc. n°13.

<sup>77</sup> V. Cl. Brenner, *J.-Cl.*, précit., n°35. V. aussi mais moins argumenté, A. Tani, « La réserve héréditaire : règle d'ordre public ou règle impérative ? », *Drt. Fam.* 2018, comm. 243.

<sup>78</sup> Cl. Brenner, *J.-Cl.* et art. précit. ; P. Catala, « La réforme des successions et des libéralités et le droit de l'entreprise », *LPA* 28/06/2007, n°129, p.3, n°15 ; A. Tani, *L'ordre public et le droit patrimonial de la famille*, thèse Toulouse 2018, n°247 et s. ; un peu moins catégorique R. Libchaber, « Des successions en quête d'avenir », *RTDCiv.* 2016, p.729, n°10 ; plus nuancés, F. Terré, Y. Lequette et S. Gaudemet, *Les successions, Les libéralités*, Dalloz coll. Précis, 4<sup>e</sup> éd. 2014, n°704 ; V. contra. M.-C. Forgeard, R. Crône et B. Gelot, *Le nouveau droit des successions et des libéralités*, Defrénois 2007, n°291 ; M. Grimaldi, « Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire », *Rép. Defrénois* 2012, p.755.

<sup>79</sup> Sur l'existence discutée d'une distinction entre règle impérative et règle d'ordre public v. not. J. Hauser et J.-J. Lemouland, *Ordre public et bonnes mœurs*, *Rép. Droit civil Dalloz* 2016, spéc. n°4. La distinction pourrait résider dans la finalité de la disposition. La règle impérative ne viserait pas nécessairement l'intérêt général, à l'inverse de la règle d'ordre public.

<sup>80</sup> M. Grimaldi, « Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire », art. précit.

<sup>81</sup> V. parmi d'autres : Ph. Malinvaud, D. Fenouillet et M. Mekki, *Droit des obligations*, Lexis nexis, manuel 13<sup>e</sup> éd. 2014, n°268 et s. ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ Manuel, 7<sup>e</sup> éd., 2017, n°158 ; Ph. Malaurie, L. Aynès et Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations, droit civil*, LGDJ, 9<sup>e</sup> éd., 2017, n°648 ; Y. Lequette, F. Terré, Ph. Simler et F. Chénéde, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz coll. Précis, 12<sup>e</sup> éd., 2018, n°484 et s. sur l'ordre public successoral v. not. : M. Grimaldi, *Droit des successions*, lexisnexis, 7<sup>e</sup> éd. 2017, n°289.

31- Mais le principe même de la réserve n'a pas été affecté par ces évolutions<sup>82</sup>. La valeur défendue reste la même et répond toujours à la notion d'ordre public politique garant de l'intérêt général. Toutefois, cette défense de la famille, but d'intérêt général, passe par la mise en œuvre d'une protection d'intérêts particuliers, ceux des héritiers réservataires. Ils sont et ont toujours été les seuls à pouvoir demander la réduction des libéralités qui porteraient atteinte à leur droit à réserve. Ils peuvent ainsi décider de renoncer à demander la réduction une fois la succession ouverte et, depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2007, même avant. Cette évolution du régime de la protection ne modifie en rien l'objectif d'intérêt général qui en justifie l'existence : la protection de la famille.

32- La réserve héréditaire n'est donc pas seulement une règle impérative si l'on veut bien poser la question de l'autorité sous l'angle de la valeur défendue, et non du seul régime applicable. Dès lors, même si historiquement c'est dans le cadre de l'ordre public économique que la distinction de l'ordre public de direction et de l'ordre public de protection est avancée, il faut pouvoir l'étendre à l'ordre public politique. Ainsi, la réserve héréditaire relèverait d'un ordre public politique de protection. La poursuite de l'intérêt général ne prend alors pas la forme de l'interdiction brute, mais bien de la garantie d'un certain équilibre par la protection des réservataires. Le *de cuius*, quant à lui, n'a pas vu évoluer sa situation. Il subit l'interdiction comme avant de disposer de l'intégralité de ses biens en valeur en présence d'héritiers réservataires.

33- L'idée trouve un certain écho dans la plus récente jurisprudence de la Cour de cassation qui est venue (ré)affirmer le caractère d'ordre public, en droit interne, de la réserve héréditaire dans un arrêt du 4 juillet 2018<sup>83</sup>. Reste que cet arrêt semble tout de même avoir été le « prétexte » de l'affirmation ou de la réaffirmation du caractère d'ordre public en droit interne de la réserve héréditaire. Il s'agissait en effet, dans cette espèce, d'une succession internationale. L'exequatur avait été accordé à un jugement marocain homologuant le testament d'un Marocain domicilié, semble-t-il, au Maroc, par lequel il instituait deux de ses trois fils légataires universels. Les legs pouvaient donc valablement être exécutés. Certains immeubles étant situés en France, et l'exequatur accordé ne portant pas sur la loi applicable au fond à la succession, la Cour de cassation a approuvé la Cour d'appel qui avait relevé que la dévolution successorale des immeubles situés en France dépendait de la loi française conformément à l'article 3 alinéa 2 du Code civil qui soumet les immeubles à la *lex rei sitae*<sup>84</sup>. La Cour en déduit logiquement que les legs universels trouveront à s'appliquer dans la limite du respect de la réserve héréditaire, qu'elle déclare à l'occasion, d'ordre public interne. Il faut toutefois souligner que cette solution n'aura que bien peu l'occasion d'être réaffirmée du fait de l'entrée en application du règlement européen dit « successions »<sup>85</sup> le 17 août 2015 et qui a vocation à régir la loi applicable aux successions ouvertes à compter de cette date, ce qui n'était pas le cas en l'espèce. Le texte consacre l'unité de la loi applicable à la succession sans distinction de la

---

<sup>82</sup> En ce sens, v. Y. Flour, art. précit.

<sup>83</sup> Cass. Civ. 1<sup>è</sup>, 4 juill. 2018, n°17-16.515 et 17-16.522, A. Tani, art. Précit ; Q. Guiguet-Schielé, « La réserve héréditaire face à l'autorité de chose jugée d'un jugement prononçant l'exequatur d'une décision étrangère », *dalloz act.* 30/07/2018 ; *JCP éd G* n°42, 2018, 1074, note Th. Vignal.

<sup>84</sup> Cette règle est reprise historiquement en jurisprudence depuis l'arrêt *Stewart* du 14 mars 1837 (*S.* 1837,1,95 ; *D.P.* 1837,1,275 ; *GADIP* n°3) et reprise de manière constante (par ex. : Civ. 14 mars 1961, *RCDIP* 1961, 774, note Batiffol). Elle est la première composante de la règle scissionniste de conflit de lois en matière de successions internationales. La succession mobilière étant quant à elle soumise à la loi du dernier domicile du défunt (Civ. 14 mars 1961, précit.). Cette règle de conflit a en outre été déclarée applicable non seulement à la succession *ab intestat* mais aussi à la succession testamentaire depuis l'arrêt *Labeledan* rendu par la chambre civile le 19 juin 1939 (*D.P.* 1939, 197 ; *S.* 1940, 1, 49, note Niboyet ; *GADIP*, n°18).

<sup>85</sup> Règlement n°650/2012/UE du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, JOUE, n° L 201, 27 juillet 2012, et rectificatifs : pour l'article 84, JOUE, n° L 344/3, 14 décembre 2012, et pour l'article 78, JOUE, n° L 60/140, 2 mars 2013).

nature des biens composants la succession. Plus de morcellement, donc. En l'espèce, la succession entière aurait été soumise à la loi de la résidence habituelle du défunt au moment de son décès, soit *a priori* la loi marocaine. Quand bien même sa résidence aurait été fixée sur le sol français, le *de cuius* aurait toujours pu désigner sa loi nationale marocaine comme devant régir sa succession. Dans les deux cas, c'est l'ensemble de la succession qui serait soumise à la loi marocaine qui ne connaît pas la réserve héréditaire. On peut alors douter qu'à l'avenir la Cour de cassation suivra le même raisonnement pour les immeubles situés en France dès lors que la loi désignée par le *de cuius* ne connaît pas la réserve. Il faut en effet rappeler que si la réserve héréditaire fait résolument partie de l'ordre public interne, comme c'est le cas dans la quasi-totalité des pays de droit continental<sup>86</sup>, elle a été exclue de l'ordre public international par la Cour de cassation.

#### B- L'appartenance contestée à l'ordre public international

34- La position prise par la Cour de cassation le 27 septembre 2017 a fait grand bruit. Par deux arrêts rendus le même jour la première chambre civile a en effet affirmé de la plus claire des manières qu'« une loi étrangère désignée par la règle de conflit qui ignore la réserve héréditaire n'est pas en soi contraire à l'ordre public international français (...) »<sup>87</sup>. La réserve héréditaire n'est pas d'ordre public international. Voici donc une institution de l'ordre juridique français qui est d'ordre public interne, mais non international. Il n'y a là aucune contradiction tant l'ordre public international n'est pas le décalque de l'ordre public interne<sup>88</sup>. S'il est certain qu'une disposition d'ordre public international est nécessairement d'ordre public interne, la réciproque n'est pas vraie<sup>89</sup>. Depuis l'arrêt *Lautour* du 25 mai 1948<sup>90</sup> l'ordre public international peut être défini comme l'ensemble des « principes de justice universelle considérés dans l'opinion française comme doués de valeur internationale absolue ». L'absence d'universalité de la forme de protection assurée par la réserve héréditaire explique logiquement son exclusion de la définition classique de l'ordre public international. Plus délicate est la justification de son exclusion de l'ordre public international au sens « moderne ».

---

<sup>86</sup> Pour les pays européens : e-justice.europa.eu, onglet « successions », rubrique « règles générales ». Font toutefois figure d'exception la Croatie et la Grèce dont les dispositions prévoient que l'héritier réservataire sera privé de sa part de réserve s'il est valablement déshérité par le *de cuius*. La Croatie prévoit en outre la possibilité pour le défunt de déchoir l'un des héritiers de sa part de réserve afin qu'elle revienne à ses descendants. Cela suppose que le réservataire se soit excessivement endetté ou soit prodigue et qu'il ait des descendants.

<sup>87</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 27 septembre 2017 ; n°16-13.151 et n°16-17.198 ; *D.* 2017, p.2185, « la loi étrangère qui ne connaît pas la réserve héréditaire n'est pas en soi contraire à l'ordre public », note J. Guillaumé (avec d'importants développements sur l'inconstitutionnalité du droit de prélèvement) ; *RTDCiv.* 2018, p.189, obs. M. Grimaldi ; *Rep. Defrénois* 2017, n°129w1, p.23, « Requiem pour la réserve héréditaire », note M. Goré ; et 2018, n°136a3, p.39, obs. B. Vareille ; *D.* 2017, p.2310, « Ordre public successoral et réserve héréditaire : réflexions sur les notions de précarité économique et de besoins », note H. Fulchiron ; *RLDC* 2017, n°153, p.30, note S. Torricelli-Chrifi ; *A.J. Fam.* 2017, p.598, « La réserve n'est pas d'ordre public international : autres regards », obs. P. Lagarde, A. Meier-Bourdeau, B. Savouré et G. Kessler ; *RTDCiv.* 2017, p.833, obs. L. Usunier ; *LPA* 15/12/2017, n°250, p.16, obs. E. Bendelac ; *Rev. Crit. DIP* 2018, p.87, « Réserve héréditaire et principes essentiels du droit français », note B. Ancel ; *RTDCom* 2018, p.110, « Déshériter ses enfants : mode d'emploi », note F. Pollaud-Dulian ; *RJPF* déc ; 2017, p.44, note S. Gaudechot-Patris et S. Potentier ; *G.P.* 2018, n°1, p.81, « Réserve héréditaire et ordre public international : les arrêts tant attendus n'ont pas tenu toutes leurs promesses », obs. L. Dimitrov et M.-L. Niboyet ; *JCP G* 2017, n°47, 1236, « La réserve héréditaire à l'épreuve de l'exception d'ordre public international », note C. Nourissat et M. Revillard ; *Dr. Fam.* 2017, comm. 230, « La réserve héréditaire et l'ordre public international français : ou comment concilier liberté et solidarité ? », obs. M. Nicod

<sup>88</sup> Sur l'ensemble de la question l'étude du Rapport annuel de la Cour de cassation, 2013, *L'ordre public*, pp. 89 à 489.

<sup>89</sup> En ce sens, v. J. Guillaumé, « L'ordre public international selon le rapport 2013 de la Cour de cassation », *D.* 2014, p.2121.

<sup>90</sup> Cass. Civ., 25 mai 1948, n°37.414, *D.* 1948, p.357, note P. Lerebours-Pigeonnière ; *Rev. Crit. DIP* 1949, p.89, note H. Battifol ; *S.* 1949, 1, 21, note J.-P. Niboyet ; *JCP* 1948, II, 4532, note Vasseur ; *Grands arrêts DIP*, n°19.

La définition de l'arrêt *Lautour*, sans avoir été abandonnée, s'est toutefois modernisée et a finalement été complétée par la jurisprudence postérieure. La notion d'ordre public international regroupe désormais les droits fondamentaux, les droits ayant pour objectif la protection de la personne humaine et de sa dignité, complétés par les principes essentiels du droit français<sup>91</sup>. Ce sont d'ailleurs ces derniers qui sont visés par les arrêts du 27 septembre 2017 qui précisent que la loi étrangère qui ne connaît pas la réserve héréditaire « *ne peut être écartée que si son application concrète, au cas d'espèce, conduit à une situation incompatible avec les principes du droit français considérés comme essentiels* ». Ces principes essentiels du droit français sont une source de l'ordre public depuis leur consécration par la Cour de cassation qui, tout en rappelant son autonomie normative, fait ainsi vivre l'ordre public virtuel. Cette notion est apparue pour la première fois dans un arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 8 juillet 2010<sup>92</sup>. Il est toutefois délicat d'en déterminer le contenu. Une chose est certaine, la réserve héréditaire n'en fait pas partie. La solution pourrait surprendre.

35- En effet, dépourvue d'un caractère universel, la réserve héréditaire reste l'expression d'un intérêt général et fondamental dans la protection collective et sans condition qu'elle accorde à ses bénéficiaires. Il faut pourtant tenter d'expliquer son exclusion des principes du droit français considérés comme essentiels. Après tout, la réserve héréditaire est une institution de cet ordre juridique ! Si elle est effectivement une institution de l'ordre juridique français, elle appartient aussi à une institution supérieure, ou principale, l'institution de la famille<sup>93</sup>. Or, l'absence de réserve héréditaire, certes remet en question la fonction héréditaire de la famille et donc l'accomplissement d'une des composantes de son rôle social<sup>94</sup>, mais n'en menace pas pour autant l'existence, ni même le rôle social dans sa globalité. Partant, dès lors que l'institution principale, la famille, qui sans nul doute appartient aux principes essentiels, n'est pas directement menacée par l'application de la loi étrangère, la mise à l'écart d'une des institutions-filles qu'elle contient ne saurait emporter contrariété à l'ordre public international.

36- *In abstracto*, donc, la réserve héréditaire n'est pas d'ordre public international. Il faut alors comprendre que la loi étrangère, quel que soit le résultat de son application ne saurait être écartée du fait de son ignorance de la réserve. Ne faisant pas partie des principes de droit français jugés comme essentiels, elle ne peut faire l'objet d'une exception d'ordre public et donc de l'appréciation concrète de la situation que commande la méthode. La règle, en effet, est que la mise en jeu d'un principe essentiel du droit français ne peut suffire à la mise à l'écart de la disposition de la loi étrangère contrevenante. La méthode impose qu'il soit procédé à une appréciation *in concreto* de l'application de la disposition pour constater si oui ou non le résultat obtenu heurte le principe visé. Ce serait le cas d'une disposition prévoyant une discrimination dans la vocation successorale en fonction du sexe, de la religion ou de la naissance. La réserve héréditaire étant exclue de ces principes, elle ne saurait déclencher l'exception d'ordre public international. Les arrêts du 27 septembre 2017 suspendent alors la mise en œuvre de l'ordre public international au constat d'une « *situation de précarité économique ou de besoins* »<sup>95</sup> qui

<sup>91</sup> V. Rapport de la Cour de cassation, précit., p.128.

<sup>92</sup> Cass. Civ. 1<sup>ère</sup>, 8 juill. 2010, n°08-21.740 ; *D.* 2010, p.1787, obs. I. Gallmeister ; et 2011, pan., 1585, obs. F. Granet-Lambrechts ; *JCP G* 2010, n°809, obs. A. Devers ; n°911, note J. Rubellin-Devichi ; n°1173, note H. Fulchiron ; *AJ Fam.* 2010, p.387, obs. A. Mirkovic et B. Haftel ; *Rep. Defrénois* 2011, p.833, obs. J. Massip ; *JCP N* 2011, n°1122, obs. J. Massip ; *RLDC* 2010/75, n°3974, obs. Y. Serra ; *RCDIP* 2010, p.747, note P. Hammje ; *RTDCiv.* 2010, p.547, obs. J. Hauser. Dans cette affaire, la Cour affirme que le refus d'exequatur d'une décision étrangère fondé sur une contrariété à l'ordre public international suppose que « *celle-ci comporte des dispositions qui heurtent les principes essentiels du droit français* », pour en déduire que ce n'est pas le cas de la décision de partage de l'autorité parentale entre la mère et l'adoptante d'un enfant, vivant toutes deux en couple.

<sup>93</sup> Cf surpa. n°9.

<sup>94</sup> V. R Le Guidec art. précité, « Regard sur les fonctions économiques de la famille », *Mélanges en l'honneur de Jean Hauser*, 2012, Dalloz LexisNexis, p.299.

<sup>95</sup> Sur le sens de ces termes, v. H. Fulchiron, « Ordre public successoral et réserve héréditaire : réflexions sur les notions de précarité économique et de besoin », *D.* 2017, p.2310, précit.

toucherait l'un des héritiers. Il a ainsi été justement souligné que « *le principe essentiel dont il s'agit ici relève de l'ordre public alimentaire* »<sup>96</sup>. L'ordre public successoral que défend la réserve est donc hors de propos. La disposition de la loi étrangère dont l'application conduirait à mettre l'un des héritiers dans un état de besoin devrait donc être écartée au titre de l'exception d'ordre public international.

37- Mais pour quel effet ? Serait-ce là l'occasion pour la réserve du droit français de trouver un terrain d'expression ? Rien n'est moins sûr. D'une part il pourrait paraître paradoxal que l'état de besoin de l'un seulement des héritiers permette la mise en œuvre de la réserve dans sa globalité. Cela n'est manifestement pas l'objectif poursuivi par la Cour de cassation dans son raisonnement. L'idée est seulement de garantir le minimum à celui qui en a besoin. Pourtant, en droit interne la démarche de l'un seulement peut parfois permettre la mise en jeu de l'institution de la réserve en son entier. L'action en retranchement de l'avantage matrimonial excessif prévu par l'article 1527 alinéa 2 du Code civil ne procède pas autrement. Cette action n'est ouverte qu'à l'enfant non commun aux deux époux et qui pourrait se voir privé de son droit à réserve dans la succession de son auteur par le jeu de l'avantage matrimonial. Pourtant, une fois le retranchement demandé, c'est bien l'ensemble des héritiers réservataires, communs ou non aux deux époux, qui vont toucher leur part de réserve dans la succession de l'époux prémourant. Aussi, le fait que l'action de l'un seulement puisse déclencher le jeu de la réserve n'est pas en soi contradictoire ou du moins n'est pas inédit.

38- D'autre part, ce qui paraît décisif dans le rejet d'un retour à la réserve en cas de contrariété à l'ordre public international de la loi étrangère ne prévoyant aucun moyen de subsistance pour l'héritier dépendant du défunt, c'est de faire dépendre cette contrariété d'un état de besoin ou de précarité économique. Contrairement à d'autres pays comme la Lituanie et la Slovénie<sup>97</sup>, la réserve héréditaire en droit français n'est pas fondée sur un quelconque état de besoin des héritiers réservataires<sup>98</sup>. Elle est le fruit d'une responsabilité familiale que le législateur impose envers les plus proches du *de cuius*. C'est donc autre chose que vise la Cour de cassation, sauf à dénaturer cette fois purement et simplement l'institution. Mais alors à quoi bon en avoir rappelé l'importance quelques mois plus tard dans l'arrêt du 4 juillet 2018 ? Il faut en déduire que la Cour de cassation a, dans ces arrêts du 27 septembre 2017, consacré un droit *sui generis* à une créance alimentaire au profit de l'héritier qui se retrouve dans une situation de précarité économique ou de besoin par l'application de la loi successorale étrangère ignorant toute limite à l'expression de la volonté du défunt. Il faut alors se rendre à l'évidence. La réserve héréditaire, en ce qu'elle n'est pas un principe essentiel du droit français, n'a pas voix au chapitre dans le contentieux des successions internationales. Ce n'est pas l'ordre public successoral qui est en jeu. L'avantage est au moins de lui préserver ses fondements historiques, ceux-là même qui garantissent, en partie, la légitimité de son existence.

39- Sauf à démontrer que la dimension familiale n'est plus, ou plus encore, que la famille elle-même n'est plus celle historiquement consacrée et protégée par notre système juridique, l'évolution de la réserve héréditaire qui se dessine, ne saurait s'exprimer par une suppression

---

<sup>96</sup> L. Dimitrov et M.-L. Niboyet, « Réserve héréditaire et ordre public international : les arrêts tant attendus n'ont pas tenu toutes leurs promesses », précit, spéc. n°4.

<sup>97</sup> e-justice.europa.eu, onglet « *successions* », rubrique « *règles générales* ». La Lituanie prévoit l'octroi de leur réserve aux descendants ou au conjoint survivant à condition qu'ils aient été dans un état de dépendance financière à l'égard du défunt, au moment du décès. La Slovénie accorde classiquement une réserve sans condition aux descendants, conjoint survivant et père et mère du défunt. Le droit slovène prévoit aussi que les ascendants autre que les père et mère et les frères et sœurs du défunt pourront accéder au rang de réservataire s'ils sont frappés d'une incapacité de travail permanente et s'ils ne disposent pas de moyens de subsistance nécessaires.

<sup>98</sup> En ce sens v. M. Grimaldi, « La réserve ne relève pas de l'ordre public international », précit. V. cependant qui envisage l'avenir de la réserve par l'éventuelle prise en compte de l'état de besoin de l'héritier : R. Libchaber, « Des successions en quête d'avenir », *RTDCiv.* 2016, p.729.

de l'institution. Le législateur a pour mission la recherche de l'intérêt général. Si la donnée sociologique peut nécessairement l'éclairer, elle ne peut à elle seule guider ses choix. En revanche, la poussée de l'individualisme, illustrée notamment par la consécration de droits individuels, voire fondamentaux<sup>99</sup> impose le rééquilibrage des forces en présence. Si la dimension familiale qui fait la spécificité de la protection accordée par la réserve héréditaire doit être préservée, l'impératif doit sans doute céder du terrain à la volonté. Une modification du taux de réserve, à l'instar de la démarche effectuée par la Belgique pourrait être envisagée. En ce sens, l'étendue de la fonction héréditaire de la famille pourrait être redéfinie, sans jamais être trahie.

Elisabeth Rousseau  
*Maître de conférences à l'Université de Rouen*

---

<sup>99</sup> V. M. Grimaldi, « Liberté contractuelle et ordre public de la famille », *Gaz. Pal.* 11 avril 2017, n°292d1, p.11 qui dresse le constat d'un recul de l'ordre public collectif et d'une montée d'un ordre public individuel s'illustrant au travers des droits fondamentaux.