



HAL
open science

L'exhérédatation

Sandrine Le Chuiton

► **To cite this version:**

Sandrine Le Chuiton. L'exhérédatation. Droit. Université du Droit et de la Santé - Lille II, 2012. Français. NNT : 2012LIL20007 . tel-01709417

HAL Id: tel-01709417

<https://theses.hal.science/tel-01709417>

Submitted on 15 Feb 2018

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.

L'Université n'entend donner aucune approbation ni improbation
aux opinions émises dans cette thèse qui doivent être
considérées comme propres à leur auteur.

Plan Sommaire

INTRODUCTION	1
PREMIERE PARTIE : LA PRIVATION DE L'EMOLUMENT PAR L'EXHEREDATION	24
Titre 1 – La privation de l'émolument, expression multiforme de la volonté du défunt	26
Chapitre 1 – L'exhérédation par l'institution d'un tiers.....	28
Chapitre 2 – L'exhérédation par l'exclusion de l'héritier.....	101
Titre 2 – La privation de l'émolument, expression de la libre volonté du <i>de cujus</i>.....	137
Chapitre 1 – L'absence de droit à l'héritage	139
Chapitre 2 – Une prérogative exorbitante du <i>de cujus</i>	191
SECONDE PARTIE : LE MAINTIEN DU TITRE D'HERITIER MALGRE L'EXHEREDATION	227
Titre 1 – Le titre d'héritier, garant de la police successorale.....	233
Chapitre 1 – L'investiture du légataire : une mission	235
Chapitre 2 – L'investiture du légataire : une formalité stérile.....	265
Titre 2 – Le titre d'héritier, instrument de transmission successorale	295
Chapitre 1 – Une faculté : administrer la succession.....	297
Chapitre 2 – Une obligation : transférer la chose léguée	321
Titre 3 – Proposition : rénover le titre d'héritier	347
CONCLUSION GENERALE.....	363
BIBLIOGRAPHIE	367
INDEX	425

Introduction

« Ce que l'on prodigue, on l'ôte à son héritier ;

ce que l'on épargne sordidement, on se l'ôte à soi-même.

Le milieu est justice pour soi et pour les autres ».

LA BRUYERE, *Les caractères*, Ch. VI, « Les biens de fortune »

1. « Illusion d'immortalité »¹, la transmission des biens à cause de mort est à la fois la marque symbolique laissée par le défunt sur son lit de mort et la relève assurée par ses héritiers.

Malgré le tabou de l'argent et de la gratuité², la transmission des biens du défunt répond à une nécessité sociologique indéniable. L'héritage marque l'appartenance à un groupe, assure la continuité de la transmission familiale. « Le vase, c'est ma tante » a pu relever une sociologue³, pour marquer, à travers l'attachement au bien hérité, la persistance du lien familial entre défunt et héritier. La transmission des valeurs qui permettent à une société, à un groupe, à une famille d'assurer sa stabilité et sa survie passe par ce que l'on peut appeler « les fictions fondatrices du principe généalogique »⁴ : des objets familiers – photographies, bijoux de famille et lettres – aux testaments, cette « production indéfinie d'objets inestimables qui sont notre

¹ J. CARBONNIER, préface à l'ouvrage de P. CATALA, *La réforme des liquidations successorales*, Paris, 1982

² V. ZALEWSKI, *Familles, devoirs et gratuité*, L'Harmattan, 2004

³ A. GOTMAN, *L'héritage*, P.U.F. « Que sais-je ? », 2006, spéc. p. 30 et 103

⁴ P. LEGENDRE, *L'inestimable objet de la transmission - Tome 4, Etude sur le principe généalogique en Occident*, Fayard, 1985, spéc. p. 15

revêtement de légitimité à l'abri duquel ça marche (...) ce que nous appelons d'après la langue si riche des juristes romains, traversée, tradition, transfert, transmission »⁵.

Le refus de l'héritage⁶ est quant à lui souvent vécu comme la manifestation de volonté de rompre avec la famille, ses traditions et ses représentations. La succession représente tout le poids des ancêtres, dont il peut parfois être tentant de se libérer, afin de marquer sa différence et rompre avec les liens familiaux.

L'héritage n'est sociologiquement pas neutre⁷. Signe d'appartenance à un groupe, à une lignée, le fait d'hériter est la marque de l'origine d'un individu, signe de sa place dans la société. « Du don pesant au dû vindicatif »⁸, la revendication de l'héritage est souvent vécue comme une reconnaissance personnelle, son exclusion comme une sanction difficile à admettre. Malgré l'individualisme du droit français contemporain, la succession reste dominée par l'esprit familial qui a longtemps guidé les juristes, suivant en cela les mœurs et la société que la loi était chargée de régir⁹.

La transmission successorale est également le symbole de la transmission de l'être, de sa continuation au-delà de la mort¹⁰, de la continuité entre les générations. Le défunt se reproduit dans son héritier : « le mort saisit le vif », quel adage du droit français définit mieux que cela tout le poids de la transmission entre générations, de l'influence du père sur le fils ? Le mort *est* le vif, il se retrouve un peu en lui, se continue en sa personne. Continuité légale du nom de famille, parfois continuité coutumière des prénoms, mais également remise des objets symboliques sont autant de signes d'une

⁵ P. LEGENDRE, *ibid.*

⁶ A. GOTMAN, « Déshéritage, dilapidation et filiation », revue *Communications*, 1994 p. 149.

⁷ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique : sociologie du droit des successions*, 1963-1964, Association Corporative des Étudiants en Droit et en Sciences Économiques de Paris ; R. LENOIR, *Généalogie de la morale familiale*, Seuil, 2003

⁸ Titre du colloque du LERADP, *Les enjeux de la transmission entre générations : du don pesant au dû vindicatif*, colloque des 18 et 19 décembre 2003, éd. PU Septentrion, 2005

⁹ R. LENOIR, *op. cit.* L'auteur évoque même une « conscience généalogique » (p. 107).

¹⁰ C. LOMBOIS, « De l'autre côté de la vie », in *Écrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1994, p. 293

continuation au-delà de la mort. Outre le respect dû aux cendres, à l'enveloppe corporelle du défunt, c'est surtout la considération apportée à la mémoire du défunt, à sa parole conservée et retransmise qui fonde les générations.

La copie n'est cependant pas conforme, le successeur ne se contente pas de reprendre ce que lui a transmis son ascendant, mais le réinterprète, le reprend à son compte tout en le réadaptant. La transmission n'est pas une simple reprise, elle est aussi une réinterprétation, mêlée à la fois de respect et d'audace, qui fonde une génération. Chacun transmet, ajoute, multiplie les influences ; entre nouveauté et continuité, la transmission entre générations fonde une société. « La fidélité à l'héritage est la condition de l'innovation d'une génération à l'autre »¹¹.

Entre tradition et modernité, la famille se continue dans l'être, dans le défunt, prenant de lui le meilleur pour le réadapter, le redonner à son tour.

2. Prolongement *post-mortem* du droit de propriété mais également fondement de la famille, le droit successoral hésite constamment entre liberté individuelle du disposant et maintien de la cohésion familiale. Le Code civil français est un subtil mélange de ces deux influences.

Si une partie de la doctrine¹² démontre sans difficulté la nette prévalence de la liberté du disposant, corollaire naturel de son droit de propriété, d'autres auteurs¹³ insistent sur la nécessaire protection de la famille par la succession.

L'institution de la réserve héréditaire, les facultés offertes au disposant de transmettre par préférence à ses descendants, les « sauts de génération »¹⁴, sont autant

¹¹ C. COUTEL, « Le paradoxe de la transmission entre les générations », in colloque du LERADP, *Les enjeux de la transmission entre générations : du don pesant au dû vindicatif*, colloque des 18 et 19 décembre 2003, éd. PU Septentrion, 2005, p. 13, spéc. p. 15

¹² M. BEAUBRUN, *L'ordre public successoral*, thèse Paris II, 1979 ; Y. FLOUR, « Libéralités et libertés – Libéralités et personnes physiques », Defrénois 1995 art. 36142

¹³ J. CARBONNIER, *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 2001, spéc. p. 282 : « tout notre droit des successions et des libéralités est l'organisation de cet instinct qui pousse la propriété à s'allonger le long de la famille ».

¹⁴ Cf. infra n° 95

de marques du caractère familial de la succession. Mais la famille aujourd'hui encouragée par le droit civil successoral n'est plus la famille d'autrefois : finie la transmission *ab intestat* jusqu'au douzième degré inclus, finie la place restreinte du conjoint survivant auparavant relégué au rang de successeur irrégulier, guère mieux favorisé que l'État. Le resserrement du groupe familial autour du noyau que constituent les parents et leurs enfants, les recompositions familiales, ont modifié la physionomie du droit successoral mais sans réellement en modifier le fondement familial. « C'est toujours à une fin collective que répond le droit successoral : la cohésion de la famille, la famille étant désormais le foyer, et le conjoint y ayant sa place »¹⁵.

Les biens sont désormais transmis selon leur utilité, le but n'étant pas seulement de transmettre, mais surtout de transmettre de manière optimale. La fonction de l'affectation des biens à la famille peut présenter un double aspect : l'utilité pour la famille est, soit purement symbolique, soit "économique". Dans la première hypothèse, les biens sont la marque "morale" de la famille : à travers eux, c'est le passé du groupe familial qui se matérialise¹⁶. Cette vision de l'affectation est représentée par la notion de conservation des biens dans les familles¹⁷. Si cet objectif est toujours d'actualité, il semble néanmoins supplanté par la nécessité de trouver une utilité économique à ces biens¹⁸. L'optimisation patrimoniale, à des fins autant fiscales qu'économiques, paraît désormais modeler le droit successoral¹⁹. En réalité, ces deux buts ne sont pas incompatibles : un bien peut à la fois être utile à la famille d'un point de vue symbolique,

¹⁵ E. ALFANDARI, « Droits alimentaires et droits successoraux », in *Mélanges offerts à René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 1, spéc. p. 4

¹⁶ F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, « Les groupements dans la famille », rapport français présenté aux Journées japonaises de l'Association Capitant, *Les groupements*, Economica, 1994, p. 213, spéc. p. 230

¹⁷ Notion parfois invoquée par la doctrine pour analyser la propriété : voir notamment J. CARBONNIER, « Les dimensions personnelles et familiales de la propriété », in *Flexible Droit*, p. 371, spéc. p. 384 ; A. SERIAUX, « La notion juridique de patrimoine ; Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », RTDCiv 1994 p. 801, spéc. p. 812. Pour ces auteurs, le patrimoine est avant tout l'héritage, et la transmission successorale des biens justifie la propriété.

¹⁸ La valeur des biens semble aujourd'hui prendre autant d'importance que le bien lui-même : cf. infra n° 80

¹⁹ On ne compte plus les techniques permettant de transmettre à moindre coût une entreprise, un bien présentant une utilité particulière.

mais également nécessaire à la vie quotidienne du groupe familial, économiquement essentiel.

Le droit successoral peine à trouver un sens à ces évolutions, un « fil directeur », en raison du caractère fluctuant de la famille. Que l'on parte des formes que peut revêtir la famille ou des statuts juridiques qui leur sont appliqués, la diversité est le principal écueil dans la recherche d'une définition de la famille. Or, cette difficulté n'est pas propre au domaine juridique. Quelle que soit l'approche retenue, sociologique, ethnologique²⁰, statistique²¹, on peine à trouver une définition satisfaisante de la famille. Celle-ci est multiple et ce à un double titre.

Variation dans la composition de la famille tout d'abord : chaque famille est unique. Il n'y a plus lieu d'évoquer *la* famille, mais *les* familles. Pendant longtemps, la seule famille digne d'être prise en compte et protégée par le droit était légitime, fondée sur le mariage. Mais dire que cette vision est dépassée est aujourd'hui une évidence. Avec l'augmentation des naissances hors mariage, l'essor des unions dites "libres" et des nouvelles formes de conjugalité, l'explosion des recompositions familiales, ainsi que l'annonce de l'ouverture du mariage aux couples homosexuels, la donne n'est plus la même aujourd'hui.

Variation du traitement de la famille, ensuite. Non seulement la famille fondée sur le mariage a connu de profondes modifications²², mais ont pu également émerger

²⁰ Voir, par exemple, la définition (ou, plus précisément, le constat de l'absence de définition) mise en avant par F. HERITIER-AUGE, in P. BONTE et M. IZARD (dir.), *Dictionnaire de l'ethnologie et de l'anthropologie*, PUF, 1991, spéc. p. 273 : « on voit bien s'esquisser un modèle tendant à définir à quoi sert la famille, cellule de base de toute société, mais sans qu'on puisse fournir de définition universellement juste qui ne soit quelque peu tautologique » (p. 274).

²¹ Pour l'INSEE, la *famille* est la partie d'un ménage comprenant au moins deux personnes et constituée, soit d'un couple marié ou non, avec ou sans enfants, soit d'un adulte avec un ou plusieurs enfants. Dans une famille, l'enfant doit être célibataire (lui-même sans enfants). Le *ménage*, quant à lui, est défini comme l'ensemble des occupants d'une résidence principale, qu'ils aient ou non des liens de parenté. Un ménage peut ne comprendre qu'une seule personne.

²² Allant essentiellement dans le sens de l'égalité entre époux.

des structures juridiques particulières²³, destinées à encadrer ces formes nouvelles de groupements familiaux.

Le droit successoral a tenu compte de cette évolution, en admettant l'égalité successorale des filiations par les lois des 3 janvier 1972 et 3 décembre 2001, en offrant quelques droits para-successoraux au pacsé survivant²⁴ ou en admettant le concours entre conjoint survivant et enfants d'autres lits, fussent-ils adultérins.

Pourtant, malgré la « tentation de l'anthropomorphisme »²⁵ parfois présente chez certains auteurs²⁶, faisant de la famille un "super-être" à part entière et dépassant les individus qui la composent, par la reconnaissance d'une personnalité morale atténuée, d'une « personne larvaire »²⁷, il convient de ne pas oublier que le droit successoral est surtout et avant tout un droit personnel, fondé sur des relations entre deux sujets de droit et non entre un groupement informel que serait la famille et le *de cuius*. L'héritage est individuel et non collectif.

Parallèlement, la doctrine²⁸ retient une certaine prédominance de la volonté du défunt, de la succession testamentaire sur les prescriptions légales. La liberté de tester étant la continuité, par-delà la mort, de l'absolutisme et de la perpétuité du droit de propriété, il paraît nécessaire de laisser au disposant la faculté de disposer comme il l'entend, entre vifs et surtout à cause de mort, des éléments composant son patrimoine, comme il aurait pu le faire de son vivant. « Le droit successoral transcende l'individu : il

²³ Par exemple le Pacs, issu de la loi n° 99-944 du 15 novembre 1999.

²⁴ Art. 515-6 al 3 C. civ.

²⁵ L'expression est empruntée au Professeur MARGUENAUD, « La personnalité juridique des animaux », D 1998 Chr 205 spéc. p. 206, à propos des propositions tendant à conférer une personnalité morale aux animaux.

²⁶ V. not., parmi une abondante littérature, R. SAVATIER, « Une personne morale méconnue : La famille en tant que sujet de droit », DH 1939 Chr 49 ; E. MILLARD, « Débats autour de la personnalisation juridique », in *Les implicites de la politique familiale, Approches historiques, juridiques et politiques*, éd. Dunod, 2000, p. 11

²⁷ J-P. GRIDEL, « La personne morale en droit français », RIDComp. 1990 p. 495, spéc p 499

²⁸ FLOUR et SOULEAU, *Droit civil, Les successions*, Armand Colin, 2^e éd., 1987, spéc. p. 4 ; VALLIER, *Le fondement du droit successoral en droit français*, thèse Paris, 1902

est lié à notre conception de la propriété, perpétuelle, alors que l'homme est temporaire »²⁹. Le droit de disposer de ses biens est une composante du droit de propriété et doit à ce titre être protégé et assuré³⁰. A cet égard, les auteurs avancent parfois l'idée selon laquelle la dévolution *ab intestat* serait le testament présumé de toute personne décédée sans laisser de testament³¹.

3. La liberté testamentaire grandissante³², à peine restreinte par la nécessité de protéger le noyau dur familial, rend plus suspecte une démarche pourtant bien présente en pratique : l'exhérédation.

Ce terme juridique, quelque peu suranné, n'est pas sans rappeler une période aujourd'hui révolue où la puissance paternelle régnait. Mais l'exhérédation correspond pourtant à une réalité bien actuelle : il s'agit de la privation des droits successoraux par le *de cuius*. La liberté de transmettre à cause de mort se double de la liberté de ne pas transmettre, ou plus précisément de ne pas accepter la dévolution successorale proposée au *de cuius* par la loi, y compris s'agissant d'héritiers à réserve.

Pourquoi l'exhérédation est-elle admise alors que l'héritage présente autant d'importance, tant pour le disposant que pour sa famille ? Cette première définition de l'exhérédation soulève davantage de questions qu'elle n'en résout : l'exhérédation est une notion à première vue simple, voire simpliste, mais qui mêle aussi bien la pure

²⁹ E. ALFANDARI, *op. cit.*, spéc. p. 3

³⁰ Cons. const., 16 janvier 1982, Rec. Cons. const. 1982, p. 18 ; D. 1983, p. 169, note L. HAMON ; Cons. const., 29 juillet 1998, JCP G 1998, I, 171, spéc. n° 2, obs. H. PERINET-MARQUET ; RTDCiv. 1998, p. 799, obs. N. MOLFESSIS ; RTD civ. 1999, p. 132, obs. Fr. ZENATI ; CourEDH 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, req. 6833/74, spéc. § 63 : « le droit de disposer de ses biens constitue un élément traditionnel fondamental du droit de propriété ».

V. également Cass. civ. 1^{ère}, 4 janvier 1995, Bull. civ. 1995, I, n° 3 ; RTD civ. 1996, p. 932, obs. F. ZENATI, rappelant que « le droit de propriété est un droit fondamental, de valeur constitutionnelle » et sanctionnant une atteinte au droit de disposer du propriétaire.

³¹ TREILHARD, DP 1863.1.442, 1^{ère} colonne *in limine*.

Adde D. MARTEL, « Regards sur l'article 721 du Code civil : la légitimité du recours au principe de dévolution volontaire de la succession », RRJ 2005 p. 759

³² E. BONNAL, *Le Droit d'hérédité dans la législation, le droit comparé et l'économie politique*, éd. Guillaumin (Paris), 1875

technique juridique que les éléments de politique familiale. L'exhérédation est une pratique très courante, bien que peu traitée par la doctrine. Elle est l'aspect négatif du droit des successions, tout aussi important que l'aspect positif car elle en délimite les contours. Sans doute, le tabou de l'argent qui marque notre société exclut-il largement cette question des discussions juridiques...

Elle est pourtant une institution bien connue de l'Histoire, particulièrement encadrée, dans l'intérêt de la famille, à laquelle se confondaient et se soumettaient ses membres pris individuellement.

4. Historiquement, le droit romain³³ ayant adopté pour l'essentiel le système de la succession testamentaire, la dévolution légale ne jouait qu'à défaut de manifestation contraire de volonté³⁴. Il appartenait en principe au *de cuius* de choisir lui-même ses successeurs. Toutefois, afin d'empêcher que la liberté testamentaire ne porte atteinte aux devoirs de piété familiale, les héritiers pouvaient se plaindre de ce que le testateur ne leur avait pas laissé une fraction convenable de ses biens (*debita portio*), ancêtre de la réserve héréditaire. C'est par l'action offerte aux héritiers que peut, en négatif, se définir l'exhérédation. Le testateur ayant écarté sa famille et ainsi agi comme un fou, il convenait de faire annuler le testament grâce à l'action *querela inofficiosi testamenti*. Le non-respect de la piété filiale et de la protection due à la famille ne pouvait être que l'œuvre d'un insensé et devait par conséquent être invalidé. « Cette école admet-elle avec raison que l'exercice de la volonté du disposant cesse ou, du moins, n'a plus de valeur légale lorsqu'il enfreint les limites posées à son action par la Raison, la Justice et la Loi »³⁵.

Le droit romain tardif a officialisé l'exhérédation au VI^e siècle, imposant une formulation expresse de l'exclusion des héritiers. La Nouvelle 115 de Justinien détaille quatorze causes d'exhérédation possibles : celle-ci est admise si l'héritier frappe son

³³ P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, 6e éd., 1918, p. 804 et s.

³⁴ J.-F. LEVY et A. CASTALDO, *Histoire du droit civil*, Précis Dalloz, 1^{ère} éd., 2002

³⁵ BONNAL, *préc.*, spéc. p. 9

auteur, s'il porte atteinte à son honneur, s'il forme quelque accusation, à moins que ce ne fût pour crime de lèse-majesté, s'il s'associe avec des gens qui mènent une mauvaise vie, s'il a attenté à la vie de son auteur par poison ou autrement, s'il a commis un inceste avec sa mère ou s'il a eu habitude avec la concubine de son père, si l'héritier a injustement dénoncé son auteur, si l'enfant mâle a refusé de se porter caution pour délivrer son père de prison lorsque le père y est détenu pour dettes ou pour tout autre crime pour lequel la caution est admise, si l'enfant empêche l'ascendant de tester, si le fils, contre la volonté de son père, s'est associé avec des mimes, bateleurs et autres gens de théâtre ou parmi des gladiateurs et qu'il ait persévéré dans ce métier, à moins que le père ne fût de la même profession, si la fille mineure, que son père a voulu marier et doter convenablement, a refusé ce qu'on lui proposait pour mener une vie désordonnée, sauf si le père a négligé de marier sa fille jusqu'à 25 ans, si les enfants négligent d'avoir soin de leurs père, mère, ou autre ascendants devenus indigents, s'ils négligent de racheter leurs ascendants détenus prisonniers.

Outre l'aspect suranné mais très révélateur des lois et mœurs de cette époque, notons à titre incident que toutes ces causes (ou presque) sont aujourd'hui différemment sanctionnées : indignité, recours à l'obligation alimentaire, sanction pénale sont autant de châtiments et voies de droit remettant entre les mains de la justice civile ou pénale la sanction de ces comportements déviants. Hors ces cas d'exhérédation, dans les pays de droit écrit, la liberté testamentaire était presque totale et la parole du défunt respectée.

A l'inverse, les pays de coutumes³⁶, bien que très diversifiés et soumis à des influences géographiques variées telles que le droit germanique, ont centré la dévolution successorale autour de cette communauté de pensée, d'action et de patrimoine que constitue la famille³⁷. La plupart des coutumes avaient ainsi institué une portion réservée, la légitime. La succession *ab intestat* régnait en maître, il n'y avait

³⁶ Sur ces différentes coutumes, v. la remarquable étude d'O. MARTIN, *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, tome 2, Cujas, rééd. 1972

³⁷ G. SIESSE, *Contribution à l'étude de la communauté d'héritiers en droit comparé*, thèse Paris, 1922

d'héritiers que ceux désignés par la coutume : selon un adage alors en vigueur, *Deus solus heredem facere potest*. La liberté testamentaire était particulièrement réduite. Étaient en outre distingués les propres, venant de la famille et les acquêts, biens acquis par le disposant de son vivant. En application de l'adage *paterna paternis, materna maternis*, les biens propres retournaient dans leur famille d'origine, suivant au surplus les privilèges de masculinité et de primogéniture. La faculté d'exhérer n'en était que plus réduite.

Le droit révolutionnaire³⁸ fut plus radical encore. Après l'abrogation des privilèges d'aînesse et de masculinité par les décrets des 15 mars 1790 et 8 avril 1791 afin de mettre en avant les principes égalitaires issus de la Révolution, deux lois des 5 brumaire et 17 nivôse An II n'ont octroyé une quotité disponible que d'un dixième en présence d'héritiers en ligne directe et d'un sixième en présence de collatéraux. Afin d'assurer une parfaite égalité entre les héritiers, cette quotité disponible ne pouvait être utilisée qu'au profit de tiers : « Abattre les pères : c'est la grande affaire de ce texte-phare, indéniablement »³⁹. La liberté testamentaire était réduite à son strict minimum. Le but était évident : à peine abrogé, le droit d'aînesse ne pouvait revivre par la volonté du défunt⁴⁰.

La loi du 4 germinal An VIII a par la suite étendu la quotité disponible au quart de la succession en présence de descendants, à la moitié en présence d'ascendants, de frères et sœurs et de neveux et aux trois quarts en présence des autres prétendants à la succession.

Texte de compromis et de transaction, le Code civil de 1804⁴¹ emprunte à la fois à la tradition romaine et au droit coutumier. L'extension de la réserve à tous les biens du défunt, acquis ou hérités de sa famille, la nature réelle de l'action en réduction et la

³⁸ Ch. LEFEBVRE, « Le droit successoral pendant la révolution », Séances et Travaux de l'Académie des sciences morales et politiques, 1917, p. 593

³⁹ X. MARTIN, « Le droit privé révolutionnaire : essai de synthèse », RTDCiv 2006 p.239.

⁴⁰ Sur cette abrogation, v. WALINE (M.), *L'individualisme et le droit*, préf. de F. Mélin-Soucramanien, Dalloz, rééd. 2007, spéc. p. 353 et s.

⁴¹ A. COLIN, « Le droit de succession dans le Code civil », in *Le Code civil, 1804-1904, Livre du Centenaire*, éd. Société d'études législatives, Paris, 1904, spéc. p. 297

limitation de la quotité disponible sont autant de symboles de ce compromis. Contrairement au droit romain, l'exhérédation n'est aujourd'hui plus expressément encadrée et régie par le Code civil. Pourtant, bien que formellement abolie dans un des projets du Code civil originaire, sa disparition n'a pas été reprise dans le texte définitif, laissant dire à certains auteurs que l'action subsiste encore aujourd'hui, permettant de sanctionner spécifiquement l'exhérédation⁴².

Par la suite, quelques lois sont venues modifier, amender les règles régissant les successions *ab intestat* et les libéralités qui en sont le corollaire, mais sans pour autant remettre fondamentalement en cause l'équilibre successoral. Si la loi n°71-523 du 3 juillet 1971 a réformé les règles relatives au rapport et à la réduction des libéralités, la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral a, quant à elle, promu définitivement le conjoint survivant au rang d'héritier et supprimé l'ancienne discrimination qui affectait les enfants adultérins. La loi n° 2006-728 du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités a enfin augmenté la liberté de disposer en créant de nouvelles formes de libéralités et réformé la dévolution et l'option successorale, permettant notamment la représentation des renonçants, le mandat à cause de mort, l'acceptation à concurrence de l'actif net ou la donation-partage transgénérationnelle. Mettant en application, pour l'essentiel, les propositions d'un groupe de réflexion composé d'éminents auteurs⁴³, la loi de 2006 a profondément réformé le droit des successions et des libéralités, en insistant sur la liberté de transmettre, en particulier la liberté de donner, surtout dans le cadre familial. A la fois signe de la résurgence des communautés familiales d'antan⁴⁴ et accroissement de la liberté individuelle du disposant, la loi nouvelle a apparemment maintenu le compromis établi en 1804 entre famille et individu, entre liberté de donner et obligation de transmettre, entre succession nécessaire et faculté d'exhérer.

⁴² Cf. infra n° 102

⁴³ J. CARBONNIER, P. CATALA, J. DE SAINT-AFFRIQUE et G. MORIN, *Des libéralités. Une offre de loi*, Defrénois, 2003

⁴⁴ G. SIESSE, *op. cit.*

Pourtant, malgré cette stabilité apparente, la loi du 23 juin 2006 a apporté des modifications intéressantes, modifiant l'approche classique du droit des successions. Çà et là, la doctrine⁴⁵ a détaillé les nouveautés en la matière, insistant notamment sur les nouvelles formes de libéralités. Le large panel désormais offert au *de cuius* est impressionnant et le recul les pactes sur succession future prohibés –notamment les substitutions fidéicommissaires – laisse une large place à la volonté individuelle. Les auteurs ont, pour la plupart, insisté sur les nouvelles possibilités de donner désormais offertes. Sans remettre en cause le caractère familial de la succession, la place laissée à la volonté individuelle laisse penser que la balance pèse désormais en sa faveur.

Le droit comparé⁴⁶ autorise la même analyse : se dessine, tout au moins en Occident, un mouvement général de libéralisation de la faculté de transmettre à cause de mort, qui, sans parvenir à la totale liberté de tester qui anime le droit anglais⁴⁷ ou le droit québécois⁴⁸, autorise assez largement l'adaptation de la dévolution de la succession par le *de cuius*. Le droit belge⁴⁹ connaît ainsi, à l'instar du droit français, de nombreuses techniques permettant de transmettre entre vifs ou à cause de mort, déplaçant ainsi les règles de dévolution légale. Le droit suisse⁵⁰ suit la même lignée, mais

⁴⁵ V. par ex. I. NAJJAR, « Pacte successoral et discrimination entre les héritiers... », D. 2006, Tribune, p. 993 ; I. DAURIAC ET M. VAN SEGGELEN, « Prévenir l'insécurité », JCP N, 22 Avril 2011, p. 1138 ; D. BRAC DE LA PERRIERE, « Les pactes successoraux et la réserve héréditaire », JCP N 22 Septembre 2006, 1302 ; M. NICOD, « L'anticipation de la succession », JCP N 24 Mars 2006, p. 1136 ; M-C. MONSALLIER-SAINTE MLEUX, « Une contractualisation certaine mais contrôlée du droit des incapacités, des successions et des libéralités », JCP N 5 Février 2010 p. 1062, spéc. n° 5

⁴⁶ *Le droit des successions en Europe – Actes du colloque de Lausanne du 21 février 2003*, Librairie Droz, Genève, 2003 ; Association Henri CAPITANT, *Les successions*, Journées internationales, tome LX, Roumanie, 2010

⁴⁷ Cf. infra n° 86

⁴⁸ Association Henri CAPITANT, *Les successions*, Journées internationales, tome LX, Roumanie, 2010, spéc. « Successions et famille », rapport québécois, par B.LEFEBVRE

⁴⁹ P. DELNOY, *Les libéralités et les successions, Précis de droit civil*, 3^e éd., Larcier, Bruxelles, 2009, spéc. n° 144 ; Association Henri CAPITANT, *Les successions*, Journées internationales, tome LX, Roumanie, 2010, spéc. « Successions et famille », rapport belge, par Y-H. LELEU et S. MASSANGE

⁵⁰ Pour une analyse détaillée : J. PERRIN, *Le trust à l'épreuve du droit successoral en Suisse, en France et au Luxembourg, étude de droit comparé et de droit international privé*, Librairie Droz, Genève, 2006

n'oublie pas le caractère familial de la succession par l'instauration d'une institution, d'une idée qui tend à se développer en droit français : le pacte successoral⁵¹.

Liberté testamentaire accrue mais maintien d'une certaine dimension familiale par la faveur offerte aux libéralités consenties au conjoint et aux descendants sont les deux mouvements qui guident les législations occidentales, dont le droit français est un des moteurs.

Mais qui dit liberté de donner dit aussi liberté de ne pas donner, voire liberté d'enlever. Et c'est ainsi que la frontière est aisément franchie : entre « ne pas donner » et « enlever », la nuance est essentielle. Dans le premier cas, c'est le *de cuius* lui-même qui détermine les personnes aptes à hériter de lui, dans le second, il ôte à ses héritiers présomptifs leur part de succession.

Le droit positif français ignore à première vue l'exhérédation, ce terme n'existe d'ailleurs pas dans le Code civil. Son existence est pourtant indéniable : dès lors qu'une législation offre à ses disposants la faculté de s'écarter de la dévolution légale, l'exhérédation n'est pas loin. Bien qu'innommée et absente des règles régissant le droit successoral, l'exclusion des héritiers est toujours possible dès que la loi offre la faculté, sans en imposer l'obligation, de transmettre à cause de mort. L'exhérédation est le versant négatif de la transmission successorale. Elle n'apparaît au grand jour qu'à celui qui veut bien analyser le droit des successions et des libéralités sans oublier le sort réservé à ceux que le *de cuius* n'a pas souhaité gratifier.

Souvent mal vue et sources de critique, l'exhérédation n'est pourtant pas nécessairement révélatrice de la haine du disposant envers ses proches. Elle peut être ainsi le vecteur d'une meilleure transmission successorale, le disposant préférant une

⁵¹ Véritable contrat synallagmatique à cause de mort, permettant de déterminer qui héritera de quel bien au décès de l'une des parties au contrat. Le disposant n'est pas maître de l'acte, celui-ci doit être révoqué par la volonté unanime des cocontractants. Sur l'introduction en droit français du pacte successoral suisse : cf. infra n° 96

dévolution volontaire, plus apte à assurer les besoins des membres de la famille que la dévolution légale. Ainsi, il n'est pas rare en pratique de voir des testaments contenant à la fois privation des droits en pleine propriété du conjoint en secondes noces et legs de l'usufruit de la totalité de la succession à ce même conjoint. Aucune sanction n'est ici recherchée, le but est simplement d'éviter les transferts de propriété d'une famille à l'autre. L'exhérédation tend ici non pas à punir, mais à pallier les lacunes ou les difficultés d'application de la loi. Il ne s'agit finalement ici que d'anticipation successorale. Mais si, habituellement, l'anticipation est vue de manière positive et répond à la préoccupation « comment disposer au mieux de ses biens ? », l'exhérédation est une anticipation négative et correspond plutôt à l'interrogation suivante : « comment priver au mieux un héritier de ses droits successoraux ? ». Exhérédation et anticipation successorale ne sont pas nécessairement antinomiques, l'une pouvant être le revers de l'autre.

Pourtant, la privation des droits successoraux reste largement méconnue et ignorée. Après quelques recherches, il est aisé de se rendre compte à quel point ce sujet est évoqué de manière parcellaire⁵², presque clandestine, par rapport aux nombreux développements relatifs aux mutations à titre gratuit, aux montages tendant à la transmission des biens. Pourtant, l'exhérédation est un des révélateurs de l'évolution du droit des successions. La possibilité offerte au *de cuius* de déshériter ses proches est le signe distinctif d'un droit marqué par ce qui était autrefois la puissance paternelle et qui est aujourd'hui qualifié d' « autonomie de la volonté ». La suprématie du vouloir sur le pouvoir est révélatrice de la tendance ancienne mais constamment accentuée ces dernières années tendant à la protection de la liberté de disposer.

⁵² Seules quatre thèses ont, depuis l'élaboration du Code civil de 1804, été spécifiquement consacrées à la question : E. LAMBERT, *De l'exhérédation et des legs faits au profit d'héritiers présomptifs*, thèse Paris, 1895 ; P. ADAM, *De l'exhérédation en droit civil français*, thèse Nancy, 1902 ; H. KUHN, *L'exhérédation en droit civil français*, thèse Strasbourg, Sirey, 1943 ; J. BARRERE, *L'exhérédation : le fondement du droit successoral français*, thèse Toulouse, 1949.

Certains auteurs envisagent également la question, mais de manière parcellaire ou accessoire, au soutien d'une autre démonstration (v. not. I. KONDILY, *La protection de la famille par la réserve héréditaire en droits français et grec comparés*, préf. P. CATALA, LGDJ, Bibl. dr. privé, tome 275, 1997 ; Y. OULD AKLOUCHE, *La qualité d'héritier*, thèse Toulouse, 2011).

5. La complexité de l'exhérédation, à la frontière des influences de la famille et de la volonté individuelle, impose une détermination précise des concepts à manier et des termes à utiliser. Si, *ex abrupto*, l'exhérédation peut se définir comme la privation pour l'héritier de ce à quoi il pouvait légitimement s'attendre, cette définition succincte n'est que peu apte à rendre compte de la spécificité de l'exhérédation.

Le sens du mot « héritier » est lui-même peu précis, double : il est à la fois une qualité personnelle et une faculté, celle de prétendre à l'appréhension des biens dépendant de la succession du *de cuius*. La loi prévoit en effet une transmission supplétive de volonté, des éléments successoraux, en désignant à la fois les personnes pouvant prétendre à la qualité de successible et le mode de répartition des biens existants entre les héritiers présomptifs.

Cette dualité n'est pas originale : la distinction du titre et de l'émolument est ancienne et se retrouve dans bien d'autres disciplines juridiques⁵³. Si, généralement, la qualité associée à un droit permet à son titulaire d'exercer les prérogatives liées à ce droit, le principe est loin d'être absolu. Une dissociation du titre et de l'émolument est parfaitement envisageable. Le titre d'héritier est distinct de l'émolument. Ainsi le Professeur SORTAIS envisage-t-il le titre générateur d'émolument⁵⁴ et l'émolument générateur de titre. Le titre peut également exister sans l'émolument, la privation de l'un n'entraînant pas nécessairement privation de l'autre. Malgré la modification ou la suppression de l'émolument, le titre peut subsister.

Tel est le cas notamment en matière successorale. Lorsque le successible hérite effectivement – lorsqu'il n'a pas été exhéredé – la tentation est grande de dissimuler le titre derrière l'émolument effectivement reçu. Le titre n'a pas pour effet de créer l'émolument : si celui-ci suppose un titre, que le défunt peut adapter à sa guise, le titre

⁵³ J.-P. SORTAIS, *Le titre et l'émolument*, préf. R. LE BALLE, LGDJ, Bibl. dr. privé, tome 29, 1961 ; M. GRIMALDI, in *Dalloz action Droit patrimonial de la famille*, 2008, spéc. N° 323.90. V. déjà J. LARGUIER, *Étude sur la notion de titre en droit privé*, thèse Montpellier, 1948. Cette dernière étude reste cependant limitée à l'étude du titre en tant qu'*instrumentum*.

⁵⁴ *Op. cit.*

d'héritier est pourtant indépendant de l'émolument. Au surplus, lorsque la dévolution légale s'applique sans modification, le titre d'héritier se transforme rapidement en titre de propriétaire, entraînant une confusion certaine mais toujours favorable au successeur⁵⁵. Au titre d'héritier se substitue celui d'usufruitier, d'indivisaire ou de plein propriétaire. En l'absence d'exhérédation, titre et émolument se distinguent peu. Mais qu'en est-il lorsque le défunt a privé son héritier de tout droit dans la succession ? Reste-il pour autant héritier malgré cette privation ?

Le mot héritier est lui-même polysémique⁵⁶. Il peut à la fois désigner l'héritier présomptif, le successible n'ayant pas encore accepté⁵⁷ ou l'héritier acceptant⁵⁸, voire l'indivisaire⁵⁹. Ces qualités se distinguent cependant nettement : tandis que l'héritier présomptif ne dispose, tant que la succession n'est pas ouverte, que d'une espérance, l'héritier acceptant peut prétendre être pleinement propriétaire des biens. Le successible, quant à lui, dispose d'une position intermédiaire : alors que les droits et actions du défunt lui sont transmis de plein droit et par le seul effet du décès⁶⁰, son acceptation ou sa renonciation consolideront ou anéantiront rétroactivement cette transmission de plein droit.

6. L'émolument, quant à lui, suppose une définition préalable à son étude. La succession, légale ou testamentaire, étant le mode de transmission par décès de la

⁵⁵ Par exemple, un héritier indivisaire qui ne posséderait pas suffisamment de droits en tant qu'indivisaire peut utiliser les spécificités de la saisine pour pallier les lacunes des règles de l'indivision. Par ex. Cass. civ. 1^{ère}, 28 Mars 2012, pourvoi 10-30.713, 389 : un héritier saisi peut reprendre seul, sans l'accord de ses cohéritiers et coindivisaires, l'instance engagée par son auteur de son vivant.

⁵⁶ J. BECQUART, *Les mots à sens multiples dans le Droit Civil Français*, Préf. R. CASSIN, PUF, 1928, spéc. n 78

⁵⁷ Art. 730 C. civ.

⁵⁸ Art. 727, 759 et 790 C. civ.

⁵⁹ Art. 831-1 et 883 C. civ.

⁶⁰ V. récemment Cass. civ. 1^{ère}, 4 juillet 2012, pourvoi 11-10.594. Sur cette question, cf. infra n° 89.

propriété⁶¹, les auteurs ayant étudié l'exhérédation⁶² n'ont, le plus souvent, évoqué que la privation par voie testamentaire⁶³. Ce parti-pris n'a rien de surprenant. La voie testamentaire est la voie permettant une organisation optimale de la succession.

On serait tenté d'exclure *de facto* l'exhérédation par les libéralités entre vifs, dans la mesure où celles-ci ne portent pas sur des biens existants au sens successoral du terme, mais sur des biens dont le défunt a irrévocablement disposés de son vivant. A première vue, la donation n'est pas une exhérédation. Pourtant, la loi n'exclut pas ces libéralités des opérations de liquidation successorale. Bien que constituant une transmission entre vifs, les donations ont des effets successoraux. Ainsi, même si les donations ne font pas à proprement parler des biens existants, elles s'intègrent néanmoins à la masse successorale destinée à faire produire leurs effets au rapport et à la réduction. La prise en compte des libéralités entre vifs a une incidence indéniable sur la répartition des biens existants.

Au sens premier du terme, l'exhérédation consiste en la privation à cause de mort des prétentions des héritiers légaux dans les biens existants. Pourtant, en présence de certains héritiers, l'exhérédation s'étend et porte sur les biens que la loi et le sens commun – naturellement contingents – s'attendent à retrouver dans la masse successorale. Il nous semble qu'au-delà de la privation pure et simple des droits des héritiers dans les biens successoraux, une répartition qui différerait de la dévolution légale constitue également une exhérédation. Restreindre la privation par voie testamentaire uniquement paraît par trop restrictive. L'exhérédation peut être réalisée par voie de donation. Faut-il aller plus loin et considérer que toute transmission entre vifs à titre onéreux constitue une exhérédation ? La réponse doit indéniablement être négative. Tout acte ayant pour effet de vider le patrimoine du *de cuius* ne constitue pas

⁶¹ Art. 711 C. civ.

⁶² E. LAMBERT, *De l'exhérédation et des legs faits au profit d'héritiers présomptifs*, thèse Paris, 1895 ; P. ADAM, *De l'exhérédation en droit civil français*, thèse Nancy, 1902 ; H. KUHN, *L'exhérédation en droit civil français*, thèse Strasbourg, Sirey, 1943 ; J. BARRERE, *L'exhérédation : le fondement du droit successoral français*, thèse Toulouse, 1949.

⁶³ ADAM, *ibid* ; FLOUR et SOULEAU, *Les libéralités*, Armand Colin, 1982, spéc. p. 148

nécessairement une exhérédation. La nature du patrimoine, souvent qualifié d'universalité de droit, permet à son titulaire de disposer librement des éléments le composant. Retenir une vision trop large de l'exhérédation reviendrait à qualifier comme telle toute sortie du patrimoine du disposant, même ressortissant d'une gestion ordinaire et de bon sens. C'est le principe même de libre disposition du patrimoine par son titulaire qui serait *de facto* remis en cause. A l'inverse, retenir une lecture trop stricte viderait l'exhérédation d'une partie de sa substance et méconnaîtrait les effets réels de l'exclusion de l'héritier. La privation des droits successoraux *ab intestat*, sur lesquels l'héritier pouvait légitimement compter sanctionne une attente légitime, dans une société imprégnée d'individualisme. Il a été mis fin à la propriété collective pour passer à une propriété individuelle, dans laquelle les héritiers n'ont pas droit de cité et l'exhérédation est la marque de l'exclusion d'un héritier, en le privant de ce à quoi il aurait pu s'attendre recevoir.

L'exhérédation présente en effet un double visage. Stigmatisation des successibles exclus, elle est également révélée par l'ensemble des droits et actions opposés par les héritiers exclus. Elle est l'acte emportant privation de l'espérance de recevoir les biens du défunt au jour de l'ouverture de la succession, des droits successoraux *ab intestat*, qui auraient été tels si le défunt n'avait pas consenti de libéralités.

7. Le sens du mot « exhérédation » se doit dès lors d'être précisé. La privation la plus évidente est la privation des droits successoraux, des droits de l'héritier dans les biens laissés par le défunt. Mais il est possible d'aller plus loin, en se demandant s'il est également possible de supprimer la qualité même d'héritier, le titre, voire le transférer sur la tête d'un tiers. La réponse doit sur ce dernier point être négative. Si le disposant peut priver l'héritier du droit de prétendre recueillir tout ou partie de la succession, il ne peut supprimer son titre même. L'exhérédation n'est pas l'exclusion totale de l'héritier.

Plusieurs institutions du droit successoral se rapprochent de cette manifestation de volonté et doivent clairement s'en distinguer.

Il en va ainsi de l'indignité successorale. Est indigne l'héritier qui commet envers son auteur des actes pénalement réprimés. La liste des infractions pouvant entraîner privation des droits successoraux est fixée, depuis la loi du 3 décembre 2001, par les articles 726 et 727 du Code civil. Indigne, l'héritier est réputé n'avoir jamais été héritier. L'indignité successorale ne constitue pas une exhérédation. D'une part, la volonté du défunt est indifférente. Seule la reconnaissance judiciaire⁶⁴ de la faute permet d'appliquer la sanction retenue. Il est vrai que la victime de l'infraction peut pardonner à l'auteur et maintenir tout ou partie de ses droits successoraux nonobstant la faute commise et pénalement sanctionnée. Ce « testament de pardon » ne doit cependant pas leurrer : l'indignité n'émane pas de la volonté du défunt et ne saurait constituer une cause d'exhérédation⁶⁵. La privation des droits successoraux est légale, la volonté du défunt, par le biais du testament de pardon, a simplement pour effet de transmettre plus que ce que la loi autorise.

De même, le recel ne peut être assimilé à une exhérédation au sens strict du terme. Le mécanisme semble à première vue identique. L'héritier receleur est privé de tous ses droits dans les biens divertis mais conserve le titre d'héritier. Celui-ci lui est même imposé, l'héritier condamné étant automatiquement considéré comme acceptant pur et simple et sera donc tenu *ultra vires* du passif successoral sans pouvoir prétendre à un émolument dans les mêmes proportions. La déchéance⁶⁶ ne concerne que l'émolument, non le titre. Comme l'exhérédation, la privation de l'émolument est variable et peut être soit totale, soit partielle, selon l'étendue de la dissimulation. Le

⁶⁴ Simplement pénale dans le cas des indignités obligatoires ; pénale et civile dans le cas des indignités facultatives.

⁶⁵ KUHN, *op. cit.*, p. 95

⁶⁶ O. SAUTEL, « Sur la déchéance en droit privé, (contribution à la théorie de la permanence de la cause) », D. 1999 p. 487, spéc. n° 15

receleur peut ainsi être privé de la totalité de l'émolument⁶⁷, sans pour autant perdre son titre d'héritier. Toutefois, ici encore, c'est l'intention du défunt qui fait défaut. Le recel est la sanction du comportement fautif d'un héritier, visant à rompre le principe d'égalité entre successibles, et non une émanation de la volonté du *de cuius*.

La révocation des libéralités ne peut non plus être comparée avec l'exhérédation. Si le testateur peut valablement révoquer le testament antérieurement rédigé, il ne peut exercer la même faculté, s'agissant des libéralités entre vifs, que dans des cas spécifiquement prévus par la loi. *Donner et retenir ne vaut*⁶⁸. A première vue, cette révocation pourrait être assimilée à une exhérédation : le donataire et le légataire perdent l'émolument qu'ils pouvaient espérer ou qui leur a été transmis. Néanmoins, l'assimilation n'est que de façade, la révocation ne saurait constituer une exhérédation. Manque en effet un critère principal : la privation des droits légaux. En révoquant une libéralité, le disposant reprend ce qui aurait pu ne jamais revenir au légataire ou donataire : rien dans la loi ne permettait au récipiendaire d'espérer cette transmission. Pure création de la volonté du disposant, sa révocation correspond à une remise en cause, libre pour les testaments et sévèrement encadrée pour les donations, de la parole donnée. Il ne s'agit pas d'un choix opéré par le disposant entre la dévolution légale proposée et la dévolution volontaire choisie, mais de la reprise de droits volontairement proposés ou conférés.

Enfin, un héritier peut lui-même décider de s'exclure de la succession, en y renonçant. « Censé n'avoir jamais été héritier »⁶⁹, le renonçant perd tous droits dans la

⁶⁷ Dans l'hypothèse où il aurait dissimulé la totalité de la succession. L'hypothèse n'est pas invraisemblable : l'omission d'un héritier étant aujourd'hui sanctionnée au titre du recel (art. 778 C. civ.). L'héritier receleur est privé de la part qui aurait dû revenir à son cohéritier omis. Ceci signifie par exemple qu'en présence de deux héritiers, un omis et un receleur, l'héritier coupable perdra tous ses droits dans l'actif successoral au profit de son cohéritier.

⁶⁸ Art. 953 et s. C. civ. : révocation pour inexécution des charges, pour ingratitude ou pour survenance d'enfant.

⁶⁹ Art. 805 C. civ.

succession et est désormais considéré comme un étranger. Perdant à la fois le titre et l'émolument, le renonçant est totalement exclu de la succession. Si les lois récentes, notamment la loi du 23 juin 2006, ont quelque peu modifié ces principes en prévoyant, notamment, la faculté de prévoir le rapport nonobstant la renonciation⁷⁰, la renonciation à succession est toujours une décision individuelle émanant du renonçant seul et non une éviction organisée et imposée par le *de cuius*⁷¹.

L'exhérédation n'est ni la sanction du recel, ni celle de l'indignité ou de la révocation d'une libéralité, ni enfin l'effet d'une renonciation à succession. Elle est le *choix opéré par le défunt* entre dévolution légale et transmission volontaire, excluant par là même les héritiers présomptifs, indépendamment de toute manifestation de volonté de leur part ou de toute faute dont ils se seraient rendus coupables.

Indignité, recel, révocation et renonciation sont ainsi exclus de la présente étude, sauf de manière accessoire. Il pourra être fait recours, à titre de comparaison, à ces notions, soit pour en souligner les différences d'avec l'exhérédation, soit pour en relever les quelques indéniables points communs.

8. Ces confusions se retrouvent d'un point de vue terminologique. Il existe presque autant d'appellations différentes de l'exhérédation que d'auteurs s'étant intéressés à la matière. Ainsi, une partie de la doctrine réserve l'appellation « exhérédation » à la peine imposée à l'héritier, tandis que l'« exclusion » ou le fait de « déshériter »⁷² seraient « une forme sous laquelle s'exerce le droit de disposer sans que le testateur ait à donner la moindre raison de son geste »⁷³, l'exclusion, nécessairement testamentaire ne concernerait au surplus que les héritiers non réservataires.

⁷⁰ Art. 845 C. civ.

⁷¹ Sur le cas particulier de la renonciation anticipée à l'action en réduction, cf. infra n° 93

⁷² LAMBERT, *op. cit.*, p. 242 et 716

⁷³ I. KONDILY, *op. cit.*, n° 636

Certains auteurs retiennent que l'exhérédation, toujours testamentaire, est la disposition par laquelle le disposant enlève directement ou indirectement à ses héritiers présomptifs tout ou partie de leurs droits disponibles⁷⁴. Mais si le défunt peut supprimer les droits de ses héritiers, pourquoi limiter cette atteinte au disponible seul ? La disparition de la totalité de l'émolument successoral, composant tantôt la réserve, tantôt la quotité disponible est en réalité toujours possible, seule la sanction de l'atteinte variera en fonction de l'étendue de la privation. Depuis les réformes récentes du Code civil, limiter la privation au seul disponible n'est plus exact, sauf à méconnaître la portée réelle de l'actuelle action en réduction⁷⁵.

D'autres enfin réservent le terme « exhérédation » à la privation de tout ou partie des droits héréditaires⁷⁶. Cette dernière définition nous paraît plus claire et proche de la réalité de l'exhérédation, bien que peu précise.

La jurisprudence, quant à elle, ne donne aucune indication terminologique valable, confondant exclusion et exhérédation et ne s'attachant qu'aux effets de la privation des droits successoraux, sans plus s'embarrasser de la précision des termes⁷⁷.

Puisque la loi ne donne aucune indication précise, s'agissant d'une technique de privation à proprement parler innommée, une certaine liberté dans la terminologie peut être prise, à la condition de s'assurer de la définition retenue. Le nom importe peu, mais le contenu doit être soigneusement précisé, afin d'éviter toute confusion dommageable. Nous considérerons donc que **l'exhérédation est la privation, directe ou indirecte et quelle qu'en soit la forme, de l'émolument successoral par la seule volonté du *de cuius*, sans pouvoir porter atteinte au titre d'héritier.**

⁷⁴ BARRERE, *op. cit.*, p. 230

⁷⁵ Cf. infra n° 74

⁷⁶ KUHN, *op. cit.* ; CAPITANT, « Exhérédation », *Vocabulaire juridique*, PUF, 2011 ; Y. BUFFELAN-LANORE, « L'autonomie de la volonté en matière d'exhérédation », RTDCiv 1965 p. 456

⁷⁷ V. par ex. Cass. req., 20 juillet 1943, JCP 1943 II 2450 note P. VOIRIN : « que les dispositions testamentaires portant exhérédation totale de la famille aient été accompagnées d'une institution de légataire, puisque cette exclusion de sa succession des membres de sa famille par le *de cuius*... ».

L'exhérédation n'est pas unique mais protéiforme. Elle connaît des degrés et des formes plus ou moins radicales. Une constante se retrouve pourtant : au-delà de la variété des techniques empruntées par le *de cuius*, l'exhérédation est une manifestation de volonté qui a pour seul effet de modifier la répartition des biens existants (1^{ère} Partie). C'est ici la liberté individuelle qui prédomine. Le *de cuius* dispose de la plus large liberté d'action pour déterminer les personnes qu'il jugera dignes de recevoir tout ou partie des biens devant dépendre de sa succession ou celles qui, au contraire, doivent en être écartées. A peine limitée par la réserve héréditaire et la prohibition des pactes sur succession future, la liberté de transmettre ou, versant négatif, de ne pas transmettre, interdit à l'héritier d'opposer au disposant un quelconque droit à l'héritage qui viendrait en limiter la portée.

Mais, étrangement, une fois la succession ouverte, le principe s'inverse : l'exhérédation est sans incidence sur le titre d'héritier. Celui-ci dispose désormais, indépendamment de toute faculté successorale, de tout droit dans les biens existants, de la possibilité de s'immiscer dans le règlement de la succession, à la fois pour en assurer la police et en permettre la gestion. Pourtant, l'exhérédation montre bien à quel point ce rôle est incongru : bien qu'exclu du partage des biens existants, l'héritier exhérédié, grâce à son titre, joue un rôle, dont il convient de s'interroger sur la pertinence (2^{nde} Partie).

Première partie :

La privation de l'émolument par l'exhérédation

Si l'exhérédation est la privation de tout ou partie des droits des héritiers dans les biens existants, les techniques de privation ne sont pas uniformes. L'imagination humaine est en ce domaine quasi-absolue et les limites bien réduites. La privation des droits successoraux peut aussi bien être expresse que tacite, complète que partielle, sa forme importe peu ; seul le résultat, la privation des droits des successibles dans les biens existants, permet de la caractériser. A telle enseigne qu'il est parfois difficile de la distinguer de la libéralité qui en constitue parfois le support (Titre 1).

Mais il ne faut pas se méprendre : l'exhérédation est une manifestation de volonté autonome émanant du *de cuius*, dont les limites sont bien ténues.

Outre les règles d'ordre public de droit commun, seules la réserve héréditaire et la prohibition des pactes sur succession future, piliers du droit successoral, permettent de restreindre la volonté du disposant. Et au-delà de ces évidentes restrictions, l'intention du défunt paraît souveraine, absolue. Pourtant, le *de cuius* peut-il réellement disposer de la totalité de son patrimoine ? Si la libre disponibilité de l'actif patrimonial est un principe cardinal de notre droit, il peut paraître choquant de permettre à une personne de priver ses héritiers présomptifs de leurs droits successoraux. N'ont-ils pas la possibilité de limiter l'emprise du défunt ? Les liens familiaux ne sauraient-ils être plus forts que la libre volonté du disposant ? C'est de la confrontation entre liberté

individuelle et protection de la famille que naît l'interrogation fondamentale : existe-t-il un droit à l'héritage, opposable au *de cuius* et dont l'existence limiterait sa volonté propre ? (Titre 2)

Titre 1 – La privation de l'émolument, expression multiforme de la volonté du défunt

Si une succession ne saurait être, pour sauvegarder la liberté testamentaire, contractuelle⁷⁸, force est de constater que la technique contractuelle permet de moduler la physionomie de la succession. Pourtant, bien qu'un mouvement de contractualisation de transmission des droits à cause de mort se dessine indéniablement, la transmission successorale reste l'affaire du *de cuius*, qui dispose à ce titre de larges pouvoirs. Tel est singulièrement le cas de l'exhérédation : si la forme testamentaire paraît la plus évidente, elle n'est pour autant pas exclusive. Si l'exhérédation est la privation des droits de l'héritier dans les biens existants, le transfert de ces biens à un tiers peut prendre de multiples formes.

On songe bien évidemment en premier lieu à l'exhérédation par institution d'un tiers (Chap. 1^{er}). Les biens en cause sont transmis à un tiers et, par conséquent, l'héritier s'en trouve indéniablement privé. Un tel transfert peut aussi bien prendre la forme d'une libéralité consentie au gratifié qu'emprunter la voie plus détournée de l'acte à

⁷⁸ D. COIFFARD, « L'impossible succession contractuelle », JCP N 7 mai 2004 p. 1223. V. déjà M. VU VAN MAU, « La prohibition de la donation à cause de mort. Contribution à l'étude des successions contractuelles », RTD civ. 1953. 247. L'auteur estime pourtant qu'eu égard aux possibilités de plus en plus importantes de contractualisation des droits successoraux, la qualification de succession contractuelle n'est plus rédhitoire. Sur cette question, cf. infra n° 95

titre onéreux, voire de l'acte neutre. L'exhérédation sera alors indirecte, la privation n'étant que la conséquence du transfert de propriété opéré.

Mais l'exhérédation peut aussi prendre la forme, plus radicale et plus contestée mais plus efficace, d'une privation directe. Point n'est besoin d'instituer un tiers gratifié : la privation de l'émolument est directe et n'emprunte pas le biais de la libéralité consentie à un tiers (Chap. 2). L'héritier est directement exhéréde, soit que le défunt a entendu purement et simplement l'écarter de la succession, soit que le comportement jugé fautif du successible a entraîné la privation de tout ou partie de ses droits successoraux.

Chapitre 1 – L'exhérédation par l'institution d'un tiers

Le tiers devient un moyen, une technique permettant d'atteindre le but souhaité par le disposant : écarter un successible de tout ou partie de la dévolution successorale, en transférant tout ou partie de ses biens à un tiers, notamment par le biais de libéralités entre vifs ou à cause de mort. Mais les libéralités ne sont pas le seul support permettant de transférer des éléments qui auraient dû faire partie de la masse des biens existants : diverses techniques ne s'appuyant pas sur la distinction existant entre les actes gratuits et les actes à titre onéreux permettent de vider l'actif d'un patrimoine tout en échappant à la prise en compte liquidative des libéralités (Section 1).

Par ailleurs, sans vouloir priver un successible de tous ses droits dans la succession, le défunt peut vouloir substituer à ces droits souvent indivis soit une somme d'argent soit d'autres biens précisément déterminés. A ce titre, les techniques de rapport à succession ou d'avancement de part successorale permettent une exhérédation limitée : la privation par substitution des droits dans les biens existants (Section 2).

Section 1 – L'exhérédation par privation

Le disposant peut valablement, par des libéralités non rapportables, priver ses successibles de tout ou partie de leurs droits dans les biens existants. En transférant la propriété de ces biens à des tiers, le disposant vide par là-même sa succession. L'exhérédation est ici subtile et limitée à ce dont il a été disposé en faveur d'un tiers. Derrière une apparente libéralité se dissimule une privation qui n'est pas dite mais dont les effets sont indéniables.

Si la méthode la plus efficace consiste à consentir, entre vifs ou à cause de mort, des libéralités au profit de tiers (I), reste cependant toujours la limite marquée par le rapport et la réduction. Le disposant pourra dès lors rendre les choses un peu plus complexes : ajoutant une barrière supplémentaire, il aura subtilement recours à des actes qui ne sont pas des libéralités (II), afin de parvenir à l'exhérédation souhaitée. Avant de pouvoir solliciter le rapport et surtout la réduction des actes consentis, l'héritier sera dès lors tenu de prouver au préalable l'existence d'une libéralité.

I - Les actes à titre gratuit, source évidente d'exhérédation

9. La transmission par décès est une transmission de droits réels, en pleine propriété essentiellement, en démembrement parfois. L'exhérédation est la privation des droits successoraux, dont les héritiers sont totalement ou partiellement exclus. Le défunt peut, par différentes libéralités subtilement agencées, priver son successible non seulement des droits dans les biens existants, mais également de sa vocation successorale.

De manière plus insidieuse, l'exhérédation peut aussi limiter, et non supprimer, les droits des héritiers. Bien que cette limitation des droits successoraux ne consiste pas, à proprement parler, en une répartition différente des biens existants, il nous a paru indispensable d'évoquer, ne serait-ce que succinctement, cette restriction apportée par le défunt aux droits successoraux de ses héritiers *ab intestat*. Le Code civil, en autorisant ces limitations souhaitées par le défunt, incite à s'intéresser à ces restrictions de pouvoirs imposées à l'héritier.

*A - Une exhérédation parfaite : la privation des droits
successoraux*

Le défunt peut choisir de priver son héritier de tous droits dans les biens existants. Mais le hasard des décès, la caducité des libéralités ou le refus du gratifié sont autant d'éléments perturbateurs, rendant incertaine l'exécution des dernières volontés du disposant. Celui-ci, pour parer à toute éventualité et assurer la privation souhaitée, peut également priver son héritier non seulement des biens existants au sens strict mais également de ceux qui pourraient s'y adjoindre par la disparition des libéralités consenties.

1 - La privation immédiate de l'émolument par l'institution d'un tiers

10. L'institution d'un tiers légataire universel produit indéniablement, par un simple effet mécanique, l'exhérédation des héritiers légaux, tout du moins des héritiers non réservataires.

En ce qui concerne les réservataires, les effets de l'exhérédation par institution d'un légataire ont considérablement varié dans le temps. Ainsi que nous le verrons⁷⁹, l'évolution de la réduction, autrefois principalement en nature, aujourd'hui essentiellement en valeur, a considérablement changé la donne. Si, traditionnellement, la jurisprudence⁸⁰ retient qu'en présence d'héritiers réservataires et par application de l'article 912 du code civil, l'exhérédation ne produit effet que dans la mesure de la quotité disponible, les évolutions récentes de la réserve héréditaire permettent de tempérer cette affirmation.

La réduction s'effectuant essentiellement en valeur, l'héritier devient simplement créancier du gratifié : la libéralité produit totalement effet, mais son titulaire est tenu au paiement d'une éventuelle indemnité. La sanction n'est donc plus

⁷⁹ Cf. infra n° 78 et s.

⁸⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 19 janvier 1982, pourvoi 81-10.760, D. 1982, IR 190, JCP 1982. IV. 128, D. 1982, jurispr. p. 589 note J. PREVAULT

une nullité partielle ou totale de l'acte consentie, mais une validité moyennant le paiement d'une contrepartie financière.

11. S'agissant des non réservataires, la solution est bien plus ancienne et ne soulève aucune difficulté de principe. Ne disposant pas de droits d'ordre public, le défunt peut valablement les priver de leur émolument en instituant un tiers légataire universel. L'émolument successoral sera transmis, dès le jour du décès mais naturellement sous réserve de leur acceptation, aux institués. Seule l'intensité de l'exhérédation pourra varier en fonction de l'étendue des libéralités consenties : pour un bien, en présence d'une libéralité à titre particulier, legs ou donation, pour une fraction s'agissant d'une libéralité à titre universel ou pour le tout, s'agissant d'un legs universel⁸¹. La privation de l'émolument est automatique et immédiate, la transmission de la propriété des droits légués est directe, ainsi que la perte concomitante de l'émolument successoral.

Cette règle simple vaut aussi bien pour les successions ordinaires que pour les successions anormales dès lors qu'elles n'ont pas un caractère d'ordre public.

Tel est le cas notamment du droit de retour dit « des frères et sœurs » prévu par l'article 757-3 du Code civil. Aux termes de ce texte, résurgence de l'adage *Paterna paternis, materna maternis*, issu de la loi du 3 décembre 2001, en cas de prédécès des père et mère, les biens que le défunt avait reçus de ses ascendants par succession ou donation et qui se retrouvent en nature dans la succession sont, en l'absence de descendants, dévolus pour moitié aux frères et sœurs du défunt ou à leurs descendants et pour moitié au conjoint survivant. Ce droit de succession anormal est indéniablement écarté lorsque le bien en question a été transmis à un tiers entre vifs ou à cause de mort. Dans une réponse ministérielle en date du 11 juillet 2006⁸², unanimement contestée en doctrine, il avait été pourtant avancé que le droit de retour des frères et

⁸¹ Les libéralités universelles ou à titre universel sont principalement les legs, en raison de la prohibition des institutions contractuelles. Néanmoins, consenties au conjoint survivant ou par un tiers à des futurs époux, les donations de biens à venir, exceptionnellement autorisées et très fréquentes en pratique, peuvent également être universelles ou à titre universel (M. GRIMALDI, *La nature juridique de l'institution contractuelle*, thèse Paris II, 1977 ; C. RIEUBERNET, *Les donations entre époux, étude critique*, thèse Toulouse, 1997).

⁸² Question A.N. n° 85443, *Poignant*, JOAN 14 février 2006, p. 1469

sœurs était un droit d'ordre public ne pouvant être écarté par une manifestation contraire de volonté. Cette réponse a, depuis, été rectifiée par erratum publié au JO du 13 février 2007. La réponse est désormais ainsi rédigée : « *l'application de ce droit de retour peut être évitée par la renonciation des frères et sœurs auquel il bénéficie ou lorsque le défunt a disposé entre vifs ou à cause de mort des biens qui en font l'objet, de telle sorte que l'existence de dispositions testamentaires contraires, notamment un legs universel au profit du conjoint survivant, peut faire échec à son application* ». La première position avancée par le Garde des Sceaux était en effet infondée : dans la mesure où le droit du légataire (ou du donataire, dans le cadre d'une donation entre époux) est ouvert à l'instant même du décès, le bien ne se retrouve plus « en nature » dans la succession. Dès lors, le legs ou la donation entre époux, même antérieurs à 2001, consentis par le défunt font obstacle au droit de retour des frères et sœurs. La doctrine majoritaire se prononce actuellement en ce sens⁸³, ainsi que les cours d'appel⁸⁴.

Tel était déjà le cas de l'Ancien droit de retour des père et mère, prévu par l'article 747 du Code civil et supprimé par la loi 72-3 du 3 janvier 1972 et dont les dispositions du premier alinéa étaient pour l'essentiel semblables à celles de l'actuel article 757-3⁸⁵. La jurisprudence estimait de manière constante que le droit de retour ne pouvait jouer lorsque le donataire avait à son tour disposé à titre gratuit, entre vifs ou à cause de mort, des biens reçus par donation⁸⁶.

Le doute est probablement venu de la confusion parfois faite entre les droits de retour légaux et conventionnels. Si le droit de retour conventionnel⁸⁷ est lié à la notion de condition, il en va tout autrement des droits de retour légaux. Ces droits ont une

⁸³ G. GOUBEAUX, « Réforme des successions : l'inquiétant concours entre collatéraux privilégiés et conjoint survivant », Defrénois 2002, art. 37519, p. 427, spéc. n° 5

⁸⁴ CA Paris, 27 janvier 2010, Juris-Data 2010-000392

⁸⁵ Anc. art. 747 C. civ. : « les ascendants succèdent, à l'exclusion de tous les autres, aux choses par eux données à leurs enfants ou descendants décédés sans postérité, lorsque les objets donnés se retrouvent en nature dans la succession.

Si les objets ont été aliénés, les ascendants recueillent le pris qui peut en être dû. Ils succèdent aussi à l'action en reprise que pouvait avoir le donataire ».

⁸⁶ Cass. req. 20 novembre 1922, DP 1923.1.178 ; v. déjà CA Toulouse, 21 décembre 1891, DP 1892.2.369, obs. P. de LOYNES

⁸⁷ Art. 951 et 952 C. civ.

nature successorale anormale⁸⁸. Alors que la condition résolutoire anéantit rétroactivement les droits que les tiers ont pu recueillir sur le bien donné, le droit de retour légal n'anéantit nullement la transmission qui procédait de la donation, mais en réalise une nouvelle en sens inverse⁸⁹. Dès lors, le respect des droits des tiers exclut un quelconque anéantissement des libéralités consenties par le défunt.

12. Plus délicate est la situation du conjoint survivant : si le principe de son exclusion⁹⁰ par l'institution d'un tiers légataire, fût-il enfant du couple, est évidente⁹¹, le mécanisme utilisé pour parvenir à ce résultat ne laisse pas de surprendre. Cette hésitation se justifie par le mode très particulier de calcul des droits du conjoint : sa part successorale n'est pas qu'une simple fraction des biens existants, à l'instar des autres héritiers.

Les droits légaux *ab intestat* du conjoint survivant ont pendant longtemps été exclusivement calculés en deux temps : les droits théoriques tout d'abord, calculés sur une masse dite « de calcul », les droits effectifs ensuite, déterminés à partir d'une masse dite « d'exercice ». Cette dichotomie date de la loi du 9 mars 1891 et n'a pas été fondamentalement été remise en cause depuis, à l'exception notable des actuels droits légaux en usufruit, qui ne portent désormais plus que sur les « biens existants ».

Initialement, au jour de l'élaboration du Code civil, le conjoint ne recueillait dans la succession du prémourant qu'un gain de survie⁹², lointain héritage du douaire de

⁸⁸ V. not. J.-Cl. Civil Code, « Art. 734 à 755 », fasc. 10, 2007, par J.-B. de SAINT-AFFRIQUE

⁸⁹ M. GRIMALDI, *Les successions*, Litec, 2001, spéc. p. 252

⁹⁰ Tout du moins lorsque le conjoint survivant n'est pas réservataire, c'est-à-dire lorsqu'il hérite en présence de descendants du défunt : Cass. civ. 1^{ère}, 25 avril 1984, D. 1984.534 note Ph. MALAURIE (s'agissant d'une succession antérieure à l'entrée en vigueur de la loi de 2001)

⁹¹ Cass. civ. 1^{ère}, 25 juin 2008, pourvoi 07-13.438, Dr. fam. septembre 2009 comm.126, obs. B. BEIGNIER, RDLC septembre 2008 p. 48 obs. C. JEANNE ; Cass. civ. 1^{ère}, 26 janvier 2011, pourvoi 09-71.840, RDLC avril 2011 p. 52 obs. J. GALLOIS ; RJPF 2011-4/37 obs. S. VALORY ; Cass. civ. 1^{ère}, 23 mai 2012, pourvoi 10-21.510.

⁹² Sauf lorsqu'il n'existait aucun autre héritier au degré successible : le conjoint recueillait alors la totalité de la succession. Rappelons que ce cas n'était en pratique que très exceptionnel, les membres de la famille du défunt pouvant alors se prétendre héritiers jusqu'au douzième degré inclus (anc. art. 755 et 767 C. civ.).

l'Ancien droit. Volonté des rédacteurs du Code civil ou simple étourderie⁹³ ? Il fallut attendre 1891 pour que le conjoint survivant puisse revendiquer davantage qu'une simple maintenance alimentaire. L'augmentation des droits *ab intestat* du conjoint survivant, mais sans que ne lui soit conférée la qualité d'héritier, destinée à réparer la lacune involontaire des rédacteurs du Code civil lui a permis de revendiquer de véritables droits dans la succession et non une simple créance contre la succession.

Le vote de la loi de 1891 a ainsi introduit dans le Code civil le calcul en deux temps des droits du conjoint survivant. Ces deux masses ont été initialement élaborées afin d'éviter que les droits du conjoint survivant ne préjudicient aux droits successoraux jugés préférables, droits de retour et droits à réserve, ainsi qu'aux libéralités consenties par le *de cuius*. Cette méthode de calcul paraît complexe : les auteurs de la loi de 1891 auraient-ils pu se contenter de prévoir que les droits du conjoint survivant ne pouvaient s'exercer que sur les biens existants ? Dire que les droits du conjoint survivant s'exercent à concurrence d'un quart, autrefois en usufruit et aujourd'hui en pleine propriété, des biens existants n'est cependant pas exact. Le calcul sur une double masse est plus favorable au conjoint : il lui permet de bénéficier indirectement des libéralités consenties par le défunt, profitant ainsi d'autant de droits que ceux qui auraient été les siens si la succession avait été dévolue *ab intestat*⁹⁴. Le double calcul des masses impose de déterminer les droits du conjoint survivant en tenant compte non pas des seuls biens existants mais de tout le patrimoine du défunt, tel qu'il aurait été si celui-ci n'avait pas consenti de libéralités. Cette technique, à première vue assez sibylline, permet de concilier⁹⁵ les deux objectifs suivants : ne pas faire porter les droits du conjoint survivant

⁹³ Telle semble être l'opinion rapportée par certains auteurs : confondant droits du survivant des père et mère du défunt et droit du conjoint survivant, Treilhard aurait écarté toute amélioration des droits du conjoint survivant, l'estimant suffisamment protégé par l'usufruit des tiers des biens, alors réservé aux seuls ascendants (sur cette confusion, volontaire ou non, v. not. FENET, tome 12, p. 38 ; A. GHESQUIERES, *De l'usufruit du conjoint survivant*, thèse Paris, 1899, spéc. p. 29 et s.).

⁹⁴ Par exemple, un père a consenti trois donations de 100 à ses trois enfants et laisse 100 de biens existants. Le calcul par double masse lui est ici nettement favorable, sans pour autant porter atteinte à la réserve des enfants : le conjoint survivant pourra recueillir la totalité des biens existants, soit la masse d'exercice (qui correspond ici à la quotité disponible) et non 25, soit un quart des biens existants (exemple tiré de l'article de M. GRIMALDI, « Droits du conjoint survivant : brève analyse d'une loi transactionnelle », *AJ Famille* 2002 p. 48)

⁹⁵ Telle est, historiquement l'explication du double calcul : lors de l'élaboration de la loi du 9 mars 1891, deux conceptions s'affrontaient. Le sénat souhaitait calculer les droits du conjoint survivant uniquement sur les biens existants. La Chambre des Députés, quant à elle, préférait l'établissement d'une

sur les biens composant la réserve, sur les biens donnés ou légués ainsi que sur les biens objet du droit de retour, tout en tenant compte des libéralités consenties par le défunt, ce afin de ne pas léser le conjoint survivant.

Cette prise en compte spéciale des libéralités antérieurement consenties ne permet pas au conjoint successible de prétendre à des droits sur ces libéralités, elle limite simplement à son égard les effets exhérédants des libéralités.

Ainsi, si les libéralités n'ont eu pour but que d'allotir les autres héritiers, le conjoint ne doit pas pâtir de cette situation et pourra recueillir le maximum de droits légaux, sans naturellement porter atteinte aux droits de retour et droits à réserve. Mais si les libéralités ont eu pour seul effet d'avantager son bénéficiaire, héritier ou naturellement tiers, le conjoint survivant ne pourra revendiquer qu'un éventuel reliquat de droits légaux. Plus précisément, seules les libéralités en avancement de part successorale ne dépassant pas la quotité disponible sont indolores, pour ne pas dire favorables au conjoint puisque sans effet exhérédant, à l'inverse des libéralités préciputaires qui s'imputent sur la quotité disponible et diminuent d'autant les droits du conjoint survivant. Subtilité que n'aura sans doute pas toujours en tête le disposant...

Il n'en reste pas moins que cette faveur mathématique pour le conjoint survivant limite l'effet exhérédant des libéralités.

On peut dès lors s'interroger sur les modalités de calcul de l'actuel usufruit que peut revendiquer le conjoint en présence de descendants issus du couple. La loi du 3 décembre 2001 a en effet introduit une distinction : en présence d'enfants non issus du couple, le conjoint ne peut revendiquer de droits légaux qu'à hauteur d'un quart en toute propriété. Mais lorsque le défunt ne laisse que des enfants issus du couple⁹⁶, le

masse composée des biens existants ainsi que des libéralités rapportables, le conjoint bénéficiant alors indirectement du rapport. Jugé plus « ingénieux » (D.P. 1891.4.1, 1^{ère} colonne *in limine*) et surtout transactionnel, le système du double calcul fut finalement adopté. Sur cette transaction, voir le commentaire paru dans la revue Dalloz : DP 1891.4.17, ainsi que l'opuscule rédigé par E. FLOUCAUD-PENARDILLE, *Exposé théorique et pratique de la loi du 9 mars 1891 sur les droits de l'époux survivant dans la succession de son conjoint (art. 767 et 205 du Code civil)*, éd. Rousseau, 1894, spéc. n° 107 et s.

⁹⁶ Sur ces nouvelles dispositions, voir parmi une très abondante littérature : M. GRIMALDI, *art. préc.* ; N. LEVILLAIN, « Les nouveaux droits ab intestat du conjoint survivant », JCP N 2002, p. 353 ; B. BEIGNIER, « La loi du 3 décembre 2001, le conjoint héritier », Dr. famille 2002, chron. 10 ; F. AUMONT, « Réforme des droits du conjoint survivant : une loi attendue ! », JCP N 2001. 651 ; M. BEAUBRUN, « Droits

survivant peut opter soit pour un quart en pleine propriété, soit pour l'usufruit du tout. Cet usufruit ne se calcule pas, contrairement aux droits en toute propriété, grâce à une double masse mais simplement sur les « biens existants ».

Quelle est la raison d'une telle distinction ? Si la double masse permet indirectement de ne pas léser le conjoint survivant lorsque le défunt a consenti des libéralités, ceci signifie-t-il que le législateur a entendu encadrer strictement ses droits en usufruit ? Il n'en est rien. La raison de l'exclusion du calcul en double masse est à chercher dans l'étendue même des droits en usufruit. Les anciens droits démembrés du conjoint survivant sont, à l'instar des nouveaux droits en propriété, des droits de quotité. Au contraire, l'actuel usufruit porte sur tous les biens existants, non sur une seule fraction. Le calcul en double masse est donc inutile ; c'est une différence de degré, non de nature, qui justifie son exclusion.

Pourtant, l'instauration d'un usufruit portant sur la totalité des biens existants a soulevé une importante question en doctrine : que sont les biens existants, fondement des droits du conjoint survivant ? L'interrogation n'est pas nouvelle⁹⁷ : si l'exclusion de la masse des biens existants ceux dont le défunt a disposé entre vifs par donation, la doctrine est encore hésitante en ce qui concerne ceux qu'il a légués. Le trouble est venu de la rédaction de l'article 922 du Code civil, qui impose la réunion fictive des biens dont il a été disposé par donation, ce qui sous-entendrait que les biens légués feraient naturellement partie de la masse des biens existants et seraient ainsi grevés des droits en usufruit du conjoint survivant.

Cette analyse doit être rejetée. Retenir cette lecture créerait une quasi-réserve au profit du conjoint survivant : bien que non réservataire, celui-ci pourrait pourtant exercer ses droits légaux sur des biens définitivement sortis du patrimoine du défunt au

du conjoint survivant : une réforme pour le plaisir », Defrénois 2001, art. 37386 ; I. CORPART, « L'amélioration de la protection *post mortem* des conjoints par la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 », D. 2002. Chron. 2952 ; S. FERRÉ-ANDRÉ, « Des droits supplétifs et impératifs du conjoint survivant dans la loi du 3 décembre 2001 (analyse raisonnée de quelques difficultés) », Defrénois 2002, art. 37572 ; G. GRILLON, « Les nouveaux droits successoraux du conjoint, JCP 2002. I. 133 ; M. MATHIEU, La vocation légale du conjoint survivant en présence d'enfants ou de descendants », JCP N 2002. 1192 ; H. MAZERON-GABRIEL, « Le conjoint successible : un héritier comme les autres ? », JCP N 2003, 1215 ; C. PELLETIER, « Bref aperçu des droits du conjoint survivant après la loi du 3 décembre 2001 », D. 2002. Chron. 2280.

⁹⁷ M. DAGOT, « L'usufruit légal du conjoint survivant dans le projet de réforme du droit successoral », JCP N 1994, 100769

jour du décès. S'il est vrai que l'usufruit légal du défunt porte sur la réserve héréditaire, encore faut-il préciser que cet usufruit ne porte pas sur les biens donnés ou légués, fussent-ils appelés à composer la part réserve héréditaire revenant aux descendants, mais sur les seuls biens existants, composant indifféremment la quotité disponible ou la réserve⁹⁸. Faire porter l'usufruit du conjoint survivant sur les biens donnés ou légués reviendrait à remettre en cause la parole du défunt au profit d'un héritier non réservataire et créerait une discrimination injustifiée entre les conjoints héritant concurremment avec des enfants communs et ceux succédant en concours avec des enfants issus d'une autre union. Bien que le quart en pleine propriété et l'usufruit du tout ne sauraient être tenus pour des droits égaux, avantager l'un par rapport à l'autre en permettant que l'usufruit s'exerce sur des biens donnés ou légués paraît bien excessif. L'usufruit du conjoint survivant est plus qu'une simple maintenance, plus qu'un droit d'humanité⁹⁹, il constitue un véritable droit réel offrant au conjoint survivant des prérogatives importantes¹⁰⁰. Il est donc illogique de traiter différemment deux droits certes de nature différente mais à la finalité identique.

Il a cependant pu être avancé¹⁰¹ que l'usufruit du conjoint survivant pouvait s'exercer sur les biens objets de legs d'attribution. Ces legs en avancement de part successorale, destinés à allotir et non avantager, ont pour finalité la répartition des biens sans porter atteinte à l'égalité entre héritiers. Ici encore, cette analyse doit être rejetée. Pourquoi soumettre ces biens légués à l'usufruit légal du conjoint survivant ? Outre les redoutables questions d'interprétation de la volonté du disposant¹⁰², il n'est pas évident

⁹⁸ Qui n'est qu'une fraction de la succession : cf. infra n° 75

⁹⁹ A l'instar du droit temporaire au logement : cf. infra n° 66

¹⁰⁰ Citons, entre autres, la faculté de louer le bien et d'en percevoir les fruits, la faculté de vendre cet usufruit qui peut représenter une part très importante de la valeur en pleine propriété du bien cédé. Rappelons à ce titre que si aucun barème d'évaluation de l'usufruit n'est imposé en droit civil, il est fréquemment fait utilisation en pratique du barème fiscal prévu par l'article 669 du Code Général des Impôt. Ainsi, une veuve d'une soixantaine d'années pourra revendiquer, en cas de partage du prix de vente du bien démembré (art. 621 C. civ.), la moitié du prix de vente en application de ce barème.

¹⁰¹ J.-Cl. Civil Code, « Art. 757 à 767 », fasc. 10, 2007, par P. CATALA, spéc. n° 80 ; M. GRIMALDI, *op. cit.* ; F. GEMIGNANI et G. BONNET, « Usufruit légal du conjoint survivant : de quelques difficultés liquidatives », *Defrénois*, 30 mars 2010, art. 39088

¹⁰² Le rapport n'est pas nécessairement expressément mentionné : il appartient au juge, souverainement, de déterminer si un legs et ou non rapportable ; il faut mais il suffit qu'apparaisse clairement son intention d'allotir ses héritiers. Pour un exemple récent : Cass. civ. 1^{ère}, 26 octobre 2011, pourvoi 10-24.682.

que le conjoint survivant puisse être considéré comme un héritier « égal », au sens successoral du terme, aux autres héritiers. D'une part, tout du moins lorsqu'il hérite en usufruit, la jurisprudence considère que le conjoint ne peut être sanctionné sur le fondement du recel successoral¹⁰³. D'autre part, il n'est pas évident que le conjoint survivant profite et, corrélativement, soit tenu au rapport successoral, en particulier lorsqu'il hérite en usufruit¹⁰⁴. Rien ne justifie que les droits en usufruit du conjoint survivant s'exercent sur les legs, même rapportables¹⁰⁵.

Il nous semble plus juste d'affirmer qu'en présence de libéralités, qu'elles aient pour but d'allotir ou d'avantager, le conjoint survivant sera nécessairement privé de ses droits légaux à due concurrence. Celui-ci ne peut, quelles que soient la nature ou la quotité de droits offerts par la loi, prétendre recevoir que les biens dont le défunt n'aura pas disposé entre vifs ou à cause de mort.

13. Un héritier non réservataire, singulièrement le conjoint survivant¹⁰⁶, se trouve ainsi exhéredé par toute libéralité entre vifs ou à cause de mort, même consentie avant l'établissement du lien ouvrant droit à la vocation héréditaire, mariage ou filiation.

L'exemple le plus topique est celui d'une libéralité consentie à un précédent conjoint. Si l'article 265 du Code civil, dans sa rédaction issue de la loi du 23 juin 2006 dispose que « le divorce emporte révocation de plein droit des avantages matrimoniaux

¹⁰³ Recel qui est constitué lorsqu'un successible porte atteinte à l'égalité entre cohéritiers. La Cour de cassation a ainsi pu retenir, pour écarter le recel, « qu'ayant opté pour l'usufruit de la totalité de la succession, Mme X, réputée avoir, dès l'ouverture de celle-ci, la jouissance de tous les biens la composant, ne disposait pas de droits de même nature que ceux des autres héritiers, de sorte qu'il n'y avait pas lieu à partage entre elle et ces derniers et que la dissimulation des fonds ne pouvait être qualifiée de recel successoral » (Cass. civ. 1^{ère}, 29 juin 2011, pourvoi 10-13.807, LPA 7 septembre 2011, p. 14 note crit. V. ZALEWSKI)

¹⁰⁴ Lorsqu'il succède en pleine propriété il n'a pas droit au rapport des libéralités faites à ses cohéritiers, le calcul par double masse excluant *de facto* les libéralités rapportables.

¹⁰⁵ En ce sens, v. notamment B. BEIGNIER, *op. cit.*, S. FERRE-ANDRE, *op. cit.*, N. LEVILLAIN, *op. cit.*, B. VAREILLE, « Réflexions sur l'imputation en droit des successions », RTDCiv 2009 p. 1, spéc. N° 27. Telle était déjà l'analyse retenue par les parlementaires lors de l'élaboration de la loi du 3 décembre 2001 : la commission mixte paritaire a « tenu à préciser que l'expression "biens existants" figurant à l'article 757 recouvrait les biens non grevés de libéralités » (Rapp. AN 13 novembre 2001 n° 3382 et Sénat n° 67, par A. VIDALIES et J.-J. HYEST, spéc. p. 4).

¹⁰⁶ Bien évidemment, le conjoint survivant, réservataire, dispose de la même protection contre les atteintes à sa réserve que les descendants : cf. *infra*

qui ne prennent effet qu'à la dissolution du régime matrimonial ou au décès de l'un des époux et des dispositions à cause de mort, accordés par un époux envers son conjoint par contrat de mariage ou pendant l'union », tel n'a pas toujours été le cas auparavant. Jusqu'au 1^{er} janvier 2005, date d'entrée en vigueur de la loi du 25 mai 2004 réformant le divorce, le maintien ou non des libéralités consenties entre époux, et singulièrement des libéralités à cause de mort, dépendait des torts respectifs des époux. Le conjoint « innocent » conservait le bénéfice des libéralités à lui consenties, alors que l'époux fautif les perdait¹⁰⁷. En cas de divorce aux torts partagés, prononcé sur demande conjointe ou sur demande acceptée¹⁰⁸, les époux décidaient eux-mêmes du sort des libéralités consenties.

La jurisprudence admettait, pour les divorces antérieurs à la loi de 2004, que la donation maintenue conservait son caractère d'origine, révocable¹⁰⁹. Ceci signifie qu'en présence d'une donation entre époux consentie au précédent conjoint et non révoquée, le second conjoint perd *de facto* tout ou partie de ses droits légaux, dès lors bien entendu que le premier conjoint entend se prévaloir de la libéralité à lui consentie. L'hypothèse n'est pas rare en pratique : le changement de législation n'a atteint que les divorces prononcés à compter du 1^{er} janvier 2005 : un certain nombre de donations consenties à un ex-conjoint et non révoquées sont encore aujourd'hui potentiellement applicables. Il est vrai que la jurisprudence admet assez largement la révocation : celle-ci peut naturellement prendre la forme d'une disposition de dernières volontés incompatible¹¹⁰, mais elle a également admis la révocation tacite. Il a ainsi pu être jugé que la révocation tacite pouvait résulter de « tout fait ou acte du donateur révélant de manière non équivoque son intention de les révoquer »¹¹¹. De même, la mésestente

¹⁰⁷ Art. 267 et 269 C. civ. : en cas de divorce pour rupture de la vie commune, l'époux demandeur, (qui n'était pas nécessairement l'époux à l'initiative de la rupture de fait!), perdait les avantages reçus.

¹⁰⁸ Art. 267-1 et 268 anciens C. civ.

¹⁰⁹ CA Lyon, 15 juin 1989, D. 1989 IR 232 ; Cass. civ. 1^{ère}, 16 juin 1993, D. 1994 J. 165, note MASSIP ; Cass. civ. 1^{ère}, 6 février 2008, Dr. fam. mars 2008, comm. 41 par Virginie LARRIBAU-TERNEYRE

¹¹⁰ Par exemple, en léguant la totalité de tous ses biens à un tiers ou en consentant une donation à cause de mort à son second conjoint, le défunt a nécessairement révoqué la donation entre époux antérieurement consentie

¹¹¹ Cass. civ. 1^{ère}, 14 décembre 1960, Bull. Civ. n° 547 : la défunte avait, en l'espèce, adressé à son notaire un courrier pour lui demander des renseignements, dont les termes laissaient supposer qu'elle voulait priver son ex-conjoint de tous droits dans sa succession

entre des époux divorcés a parfois pu être considérée par la jurisprudence comme ayant entraîné une révocation tacite d'une donation entre époux, le mari ayant, en l'espèce, « déclaré postérieurement au prononcé [du] divorce qu'il était résolu à ne plus donner un seul centime à son ex-épouse et à jouir seul de ses biens »¹¹².

Reste le point de savoir sur quelle quotité disponible imputer la libéralité consentie à l'ex conjoint. La question est d'importance : si la libéralité peut bénéficier des trois quotités disponibles spéciales – et singulièrement de la quotité mixte un quart en pleine propriété et trois quart en usufruit puisque privant *de facto* le conjoint de tous ses droits tant en pleine propriété qu'en usufruit – le second conjoint se trouve nécessairement et automatiquement exhéredé par la libéralité antérieurement consentie et préexistant au second mariage. Force est de constater que la question est encore aujourd'hui largement débattue en doctrine et la jurisprudence particulièrement rare. Certains auteurs font valoir que la donation entre époux s'exécutant comme un legs, le conjoint divorcé ne peut prétendre qu'à la quotité disponible ordinaire, puisque n'ayant pas, au jour de l'ouverture de la succession, la qualité de conjoint survivant¹¹³.

D'autres¹¹⁴ considèrent que la donation entre époux se formant comme une donation, les conditions sont définitivement remplies dès le jour de la signature de l'acte et que la quotité pouvant être invoquée par le conjoint divorcé est la quotité disponible spéciale.

Enfin, certains auteurs¹¹⁵ distinguent au sein des donations de biens à venir, les donations révocables et les donations irrévocables. La seconde catégorie est certes rare, mais pas impossible : il s'agit des donations soit consenties par contrat de mariage (pour les divorces antérieurs à 2004), soit des donations expressément maintenues par les époux dans la convention de divorce¹¹⁶. Pour ces auteurs, seules les donations de biens

¹¹² Cass. civ. 1^{ère}, 23 mai 1995, pourvoi n° 93-13.121

¹¹³ A. DEPONDT, « Le sort des libéralités maintenues après le divorce », DEFRENOIS 1986, art. 33778, p. 907 ; J. CASEY, « Maintien d'une institution contractuelle entre époux dans une convention de divorce : prudence ! », JCP N 9 mai 2008, 1199, spéc. n° 18 ; M-P. MURAT-SEMPIETRO et V. TRAMBOUZE, « Le divorce après la loi du 26 mai 2004 », Litec, 2006, spéc. p 219 et les références citées

¹¹⁴ J-Cl. Not. Form., « Quotité disponible et réserve », fasc. 80, 1998, par J. PATARIN, spéc. n° 102

¹¹⁵ F. SAUVAGE, « Des conséquences du divorce sur les libéralités entre époux et les avantages matrimoniaux », Defrénois 2004, p. 1425, n° 289

¹¹⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 6 février 2008, *préc.*

à venir irrévocables peuvent s'imputer sur la quotité disponible spéciale, les donations de biens à venir révocables étant cantonnées à la quotité disponible ordinaire.

La jurisprudence rendue en la matière est particulièrement peu abondante¹¹⁷. En 1923, la Cour de cassation a pu estimer que la donation de biens à venir consentie à un précédent conjoint s'imputait sur la quotité disponible spéciale, et non sur la quotité disponible ordinaire¹¹⁸. Toutefois, en l'espèce, la donation entre époux avait été consentie par contrat de mariage. Il est donc difficile de tirer un enseignement de cet arrêt : la solution aurait-elle été la même en présence d'une donation entre époux consentie hors contrat de mariage ? A notre sens, la troisième solution doit être retenue : la donation entre époux révocable est maintenue, mais à hauteur de la quotité disponible ordinaire. Telle semble être également la solution retenue, mais dans une hypothèse bien particulière, par la Cour de cassation dans un arrêt en date du 26 octobre 2011¹¹⁹ : une personne a légué l'usufruit de deux immeubles à celle qui était à l'époque sa compagne et qu'il a ensuite épousée. La Cour de cassation a pu retenir que le legs consenti devait bénéficier des quotités disponibles spéciales et non s'imputer exclusivement sur la quotité disponible ordinaire, la qualité de conjoint s'appréciant au jour du décès. *A contrario*, la perte de la qualité de conjoint antérieurement au décès du disposant devrait entraîner la perte du bénéfice des quotités disponibles spéciales.

Bien que limitée puisque enfermée dans la quotité disponible ordinaire, le maintien d'une ancienne donation entre époux n'en reste pas moins efficace : les héritiers légaux – et singulièrement le conjoint survivant – sont indirectement mais indéniablement privés de tout ou partie de leurs droits successoraux. Cette solution, bien que pouvant paraître choquante, se justifie totalement : l'étendue des biens existants devant revenir aux héritiers légaux étant fixée au jour du décès, tout transfert de propriété antérieur à cette date ou concomitant prive le successible de ses droits successoraux. Et la solution serait la même s'agissant non du conjoint survivant mais des

¹¹⁷ Par tempérament, l'Administration fiscale retient que les libéralités consenties par donation à cause de mort durant le mariage et non révoquées sont taxées au tarif entre époux (DB. 7 G 2432 n° 3, 20 décembre 1996).

¹¹⁸ Cass. civ., 27 mars 1923, DP 1923.1.161, note H. CAPITANT

¹¹⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 26 octobre 2011, pourvoi 10-20.217, Dr. Fam. 2011, comm. 181 par B. BEIGNIER ; JCP N, 24 février 2012, 1114 note F. SAUVAGE, RTDCiv. 2011, p. 793, obs. M. GRIMALDI

héritiers par le sang¹²⁰. Ainsi, un neveu né après l'établissement d'un testament contenant l'institution d'un légataire universel se trouverait privé de ses droits légaux par l'exécution de ce legs. Les droits légaux n'étant concrétisés qu'au jour du décès, l'enchaînement antérieur des événements n'a aucune incidence. L'exhérédation est ainsi pleinement efficace, bien qu'antérieure à l'établissement du lien d'alliance ou de parenté fondant la vocation successorale.

Il n'existe qu'une seule hypothèse pour laquelle un événement postérieur à une libéralité remet celle-ci en cause : le disposant peut révoquer une donation consentie à une époque où il n'avait pas de descendants¹²¹, pour survenance d'enfant. Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 23 juin 2006, cette révocation n'est cependant plus automatique¹²² : la faculté doit avoir été insérée dans la donation elle-même, afin de préserver la sécurité des transactions.

Mis à part cette exception bien précise, l'évolution de la composition familiale antérieure au décès n'a aucune incidence sur les libéralités antérieurement consenties : la qualité d'héritier et la composition du patrimoine successoral étant figées au jour du décès, une exhérédation antérieurement consentie ne peut être modifiée par la survenance d'un héritier.

2 - La privation de la vocation successorale par l'institution d'un tiers

14. Plutôt que de viser la privation immédiate de l'émolument successoral, le disposant peut souhaiter priver son héritier de la faculté de revendiquer tout émolument futur. Outre la transmission des biens existants au jour du décès, l'aptitude à recueillir l'hérédité tout entière, en ce compris les biens qui auraient déjà été transmis

¹²⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 25 novembre 1986, Bull. civ. I, n° 281, Defrénois 1987 p. 565. obs. G. CHAMPENOIS ; CA Paris, 12 décembre 1980, D. 1982, IR 20, 1^{ère} esp., obs. D. MARTIN : la survenance d'enfant n'est pas une cause de révocation des legs.

¹²¹ Art. 960 et s. C. civ. Sur ce texte : L. MAUGER-VIELPEAU, « La révocation pour cause de survenance d'enfant », JCP N 6 Avril 2007, 1146

¹²² Avant la réforme apportée par la loi de 2006, la révocation était opérée de plein droit, parfois même à l'insu de donateur.

entre vifs ou à cause de mort, dépend également de la volonté du défunt. Celui-ci peut permettre aux héritiers *ab intestat* de recueillir les droits que les donataires et légataires n'ont pu ou voulu recevoir, ou au contraire les priver de cette faculté. Le *de cuius* peut ainsi disposer non seulement des biens dépendant de sa succession, mais également de ceux qui pourraient s'y accroître après la disparition d'une libéralité antérieurement consentie.

Deux techniques peuvent à cette fin être utilisées : soit instituer un tiers légataire universel, sa vocation au tout lui permettant de recueillir par préférence aux héritiers *ab intestat* les droits refusés par les autres institués ; soit prévoir une dévolution subsidiaire spéciale dans l'hypothèse où le gratifié ne pourrait ou ne voudrait recevoir le legs. Pratiquement, cette seconde technique ne se retrouve qu'en matière de legs.

15. L'étendue de la privation est en effet différente selon qu'elle procède d'une donation, d'un legs universel, à titre universel ou particulier. On pourrait certes objecter que la donation ou, plus fréquemment, le legs par le *de cuius* de la totalité de ses biens à titre universel ou particulier produit le même effet qu'un legs universel¹²³ : dans tous les cas, la totalité de l'émolument disparaît. En réalité, il n'en est rien. Tant en ce qui concerne la répartition du passif que les formalités à accomplir¹²⁴, les effets des libéralités diffèrent considérablement. Et surtout le sort du bien dans le cas où le gratifié ne pourrait ou ne voudrait recevoir ce qui lui a été promis permet de distinguer nettement privation par institution d'un légataire universel et privation par institution de tout autre gratifié. Là est toute l'efficacité du legs universel : outre la privation immédiate de l'émolument de l'héritier légal, il a en outre pour avantage la captation des legs particuliers ou à titre universel qui auraient été refusés¹²⁵ par leurs titulaires : ce qui caractérise le légataire universel n'est pas seulement l'émolument effectivement

¹²³ Ou, dans une moindre mesure, d'un legs à titre universel : les legs particuliers qui ne pourraient être délivrés bénéficient concurremment au légataire à titre universel et à l'héritier, excepté l'hypothèse d'une pluralité de legs à titre universel absorbant tout l'actif : ces derniers évincent totalement l'héritier *ab intestat*.

¹²⁴ Sur ces points, cf. *infra* Seconde partie, titre 2

¹²⁵ Volontairement ou non : qu'il s'agisse d'une renonciation au legs ou d'une incapacité de recevoir.

reçu, mais surtout sa vocation à recevoir éventuellement la totalité des biens¹²⁶. Le légataire universel prime toujours l'héritier légal, soit par l'émolument effectivement reçu et qui lui est définitivement acquis dès le jour du décès, soit par sa vocation à recueillir ce qui accroîtra la masse successorale par la disparition des autres éventuelles libéralités¹²⁷.

La vocation successorale se distingue en cela du titre d'héritier : intangible, le titre permet à son titulaire d'exercer tous les droits et actions nécessaires à la sauvegarde tant de la police successorale que de ses droits résiduels. La vocation successorale, quant à elle, n'est que la faculté de recueillir les biens existants, qu'il s'agisse des biens laissés au décès ou ceux dont d'autres ne voudront pas. Contingente, la vocation dépend à la fois de faits extérieurs¹²⁸, de la volonté des autres gratifiés de recevoir ou non leur libéralité, ainsi que de la volonté du disposant, apte à déterminer qui de ses héritiers légaux ou testamentaires a la capacité de recueillir ce que les autres ne pourront ou ne voudront recevoir.

L'émolument tant actuel qu'éventuel de l'héritier légal lui échappe par l'instauration d'un legs universel.

S'agissant des libéralités à titre particulier, donation entre vif ou legs particulier, l'atteinte est bien moins importante : la perte de ces dispositions, quelle qu'en soit la cause, permet à l'héritier légal, en l'absence de légataire universel, de revendiquer les biens précédemment objets du legs non revendiqué. La privation de l'émolument n'est donc certaine et définitive pour l'héritier *ab intestat* qu'en cas d'acceptation par le bénéficiaire de la libéralité.

¹²⁶ Cass. civ., 5 juillet 1886, DP 1886.1.465 ; Cass. req., 22 janvier 1894, DP 1894.1.232 ; Cass. req., 7 janvier 1902, DP 1903.1.302 ; Cass. req., 17 octobre 1906, DP 1907.1.497, note L. GUENEE ; Cass. req., 9 mars 1907, DP 1908.1.295 ; Cass. req., 9 mai 1938, DP 1939.1.65, note E. P. ; S. 1939.1.129, note H. ROUSSEAU ; Cass. civ. 1^{ère}, 25 mars 1981, pourvoi 79-16986 ; JCP G 1982 II 19787, note P. REMY ; RTDCiv. 1982, p. 647, obs. J. PATARIN

¹²⁷ La nullité et la caducité d'un legs particulier ou d'un legs à titre universel profite également au légataire universel et non aux héritiers (Cass. req., 3 mars 1857, DP 1857.1.198 ; Cass. req., 10 juillet 1883, DP 1884, 1, p. 159 ; Cass. civ. 1^{ère}, 25 mars 1981, *préc.*).

¹²⁸ Notamment la survie des autres gratifiés (art. 1039 C. civ.) ou leur capacité de recevoir à titre gratuit.

16. Le défunt peut également prévoir une dévolution spéciale en cas de disparition fortuite ou volontaire de la première libéralité.

Par principe, le prédécès du légataire rend le legs consenti caduc et la représentation n'est pas applicable en matière testamentaire. Toutefois, une jurisprudence constante et non contestée admet que ce principe puisse être écarté par le défunt, soit dans le testament en lui-même, soit au travers d'éléments extrinsèques. Le disposant peut librement instaurer la représentation en matière testamentaire, appelée « substitution vulgaire »¹²⁹. La jurisprudence semble de manière générale assez souple en la matière et admet depuis longtemps la volonté implicite du testateur de faire jouer la représentation testamentaire, lorsque cette intention « résulte clairement soit des termes de la disposition, soit de l'ensemble des clauses du testament »¹³⁰. Ainsi, quelques décisions ont permis aux juges d'estimer que le legs fait aux « enfants » visait également les petits-enfants nés d'un enfant prédécédé¹³¹ et ce même si ces descendants n'étaient pas conçus au jour de la rédaction du testament. En pratique, deux éléments principaux sont souvent retenus par la jurisprudence, pour interpréter une telle volonté. D'une part, lorsqu'un des légataires décède plusieurs années avant le testateur, la Cour de cassation estime que le legs est caduc si le testateur avait la possibilité de le refaire¹³². D'autre part, les juges du fond analysent l'ensemble des dispositions testamentaires et la volonté exprimée ou non du défunt d'instituer des personnes précises en raison d'un lien de parenté ou d'un lien d'affection particulier¹³³.

¹²⁹ Art. 898 C. civ. : est qualifiée de substitution vulgaire la clause d'une libéralité en vertu de laquelle le disposant désigne subsidiairement une seconde personne qui recueillera la libéralité pour le cas où le donataire ou le légataire appelé en première ligne ne pourrait ou ne voudrait le recueillir. Alors que la représentation joue de plein droit en matière successorale, en cas de décès, de renonciation ou d'indignité, la substitution vulgaire doit être prévue.

¹³⁰ Cass. req., 8 novembre 1921, D. 1922.1.183

¹³¹ CA Poitiers, 10 août 1858, D. 1859.2.108 ; CA Riom, 24 mai 1861, DP 18 61, 2, p. 133 ; CA Metz, 6 avril 1870, DP 1871.2.106 ; Cas. Req. 18 octobre 1933, D. 1933, 1, 187 ; Cass. civ. 1^{ère}, 11 février 2009, pourvoi 07-10.276

¹³² CA Nouméa, 1^{er} juillet 1999, Juris-Data 1999-044536

¹³³ TGI de LAVAL, 6 mars 1989, Juris-Data 1989-042862. En l'espèce, il a été admis que malgré le prédécès d'un légataire, le testateur avait toujours souhaité un partage par souche de ses biens entre sa famille et celle de son mari ; le tribunal a donc écarté la caducité du legs au profit de la représentation.

Bien que l'utilisation de ce vocable de « vocation »¹³⁴ successorale soit contesté en doctrine puisque peu précis, elle permet tout de même non seulement à son titulaire de revendiquer les biens existants non transmis entre vifs ou à cause de mort, mais également de recueillir ce que d'autres n'auront pas, parce qu'ils ne peuvent ou ne veulent recevoir la libéralité consentie. L'octroi de cette vocation successorale, comme la dévolution des biens existants, dépend exclusivement de la volonté du défunt : celui-ci peut valablement priver ses héritiers par le sang de tous les biens existants, mais également de tout ce qui pourrait le devenir par la disparition des libéralités consenties.

B - Une exhérédation imparfaite : la privation des prérogatives successorales

Le défunt peut également souhaiter ne pas priver l'héritier présomptif de ses droits successoraux, mais en limiter la portée par des charges¹³⁵ grevant les biens reçus. Deux grandes catégories de clauses peuvent être ainsi imposées au successible : les obligations de faire et de ne pas faire.

Naturellement, la réserve devant être transmise en toute propriété et libre de toute charge¹³⁶, elle constituera le plus souvent le principal écueil. L'héritier réservataire pourra ainsi solliciter la nullité de la charge imposée et qui grèverait sa part de réserve.

Par ailleurs, réservataire ou non, l'héritier à qui une telle charge serait imposée dispose toujours de la faculté d'en solliciter la levée judiciaire. La demande en révision des charges, prévue par l'article 900-2 du Code civil permet d'en demander soit la levée soit l'aménagement lorsque l'exécution de celle-ci devient particulièrement dommageable ; aux termes de ce texte, l'action en révision est ouverte si « par suite d'un changement de circonstances », l'exécution de la libéralité est devenue pour le gratifié « soit extrêmement difficile, soit sérieusement dommageable ». L'exercice de la

¹³⁴ Ch. ATIAS, « Des vocations à la propriété », in *Le Droit privé français à la fin du XXe siècle, Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p.597

¹³⁵ J. HÉRAIL, « Charges et conditions dans les legs », JCP N 2007, 1102

¹³⁶ Art. 912 C. civ. ; cf. infra n° 79

demande en révision exige le respect d'un certain nombre de conditions – notamment procédurales – détaillées aux articles 900-3 et suivants du Code civil. En particulier, aux termes de l'article 900-5 du Code civil, « la demande n'est recevable que dix années après la mort du disposant ou, en cas de demandes successives, dix années après le jugement qui a ordonné la précédente révision. La personne gratifiée doit justifier des diligences qu'elle a faites, dans l'intervalle, pour exécuter ses obligations ».

17. S'agissant des obligations de faire, une liste exhaustive serait impossible à établir, tant est fertile l'imagination humaine. Citons toutefois les principales clauses rencontrées en pratique. Le défunt peut ainsi imposer à ses héritiers de prendre en charge un passif qui ne leur incomberait pas naturellement. La charge de faire dire des messes, d'entretenir une tombe ou de construire un monument funéraire peut ainsi être imposée à un héritier ; ces dettes ne faisant pas partie des frais funéraires¹³⁷, c'est le paiement d'un passif supplémentaire qui est enjoint aux successibles. Il est possible pareillement pour un défunt d'imposer à sa succession la prise en charge des frais et droits dus par un légataire. Cette prise en charge est tantôt vue comme un legs supplémentaire accordé au légataire¹³⁸, tantôt comme une charge de la succession imposée par le défunt à ses héritiers légaux¹³⁹. Cette dernière lecture étant semble-t-il majoritaire en doctrine¹⁴⁰, dans la mesure où aucune délivrance ou paiement de legs n'est envisageable. Le légataire dispose simplement d'une action récursoire contre les

¹³⁷ La jurisprudence civile, sans exclure par principe une catégorie de frais, exige simplement que ces dettes ne soient pas somptuaires. En particulier, sans exclure les monuments funéraires de la liste des frais funéraires, la jurisprudence se montre particulièrement restrictive (T. civ. Seine, 6 mai 1873, DP 1875.3. 8 ; T. civ. Seine, 21 avril 1903, Gaz. Pal. 1903, 2, p. 438 ; T. corr. Lille, 28 mars 1962, D. 1962, jurispr. p. 431 note M. LE ROY ; CA Metz, 11 décembre 2008, n° 03/00563, Juris-Data n° 2008-007998) administration fiscale, quant à elle, exclut explicitement les frais d'érection d'un monument funéraire de la catégorie des frais funéraires (DB 7 G 2321, n° 6). Sur cette question, voir également WEKA, *Guide des opérations et des services funéraires*, Chap. 3/2, décembre 2010, spéc. p. 4

¹³⁸ CA Paris, 23 février 1982, JCP N 1982 II 200, obs. Ph. REMY

¹³⁹ Cass. civ., 10 décembre 1941, JCP 1942 II 1965, note P. VOIRIN ; CA Nancy, 24 juin 1954, JCP N 1955 I 8467, note P. VOIRIN

¹⁴⁰ J-Cl. Not. Form. « Testament », fasc. 140, 1998, par D. MONToux, spéc. n° 84

héritiers, une fois les frais et droits réglés au créancier, celui-ci n'ayant qu'un seul débiteur en la personne du légataire¹⁴¹.

De même, le disposant peut valablement imposer à ses héritiers de procurer à un tiers la pleine propriété d'un bien dont le *de cuius* n'est que partiellement propriétaire : ainsi, le legs de l'intégralité d'un bien dont le testateur ne possède qu'une fraction indivise a pour objet un droit pouvant porter sur la totalité du bien en cause, de sorte qu'il ne constitue pas un legs de la chose d'autrui au sens de l'article 1021 du Code civil. Plus précisément, la Cour de cassation retient que le testateur peut imposer à ses héritiers ou légataires la charge de procurer à un autre légataire la propriété entière du bien légué (ou un la totalité d'un droit indivis démembré), lorsque le testateur n'a sur ce bien qu'un droit indivis¹⁴².

De cette jurisprudence découle la question suivante : un disposant peut-il imposer à ses héritiers de consentir à un tiers des droits portant sur les biens composant *ab intestat* leur part successorale ? S'agissant d'une constitution de droits réels, la réponse est indéniablement positive : il s'agit alors du simple legs du droit en cause, par exemple le legs de l'usufruit d'un des biens composant la succession. Mais le défunt peut-il imposer la constitution de droits personnels ? Par exemple, peut-il imposer la constitution d'un bail à un tiers ? Force est donc de constater que la jurisprudence est particulièrement rare en la matière. Dans une décision de 1950, la Cour de cassation a considéré que la clause d'un bail rural conférant au bailleur le droit de choisir parmi les enfants et petits-enfants du preneur décédé le continuateur du bail portait atteinte à la prohibition des pactes sur succession future¹⁴³. Mais en l'espèce, on peut se demander si

¹⁴¹ Question A.N. n° 3747, *Cazalet*, JOAN 2 février 1981 p. 461. Le légataire est d'ailleurs seul tenu au paiement des éventuelles pénalités de retard en cas de dépôt tardif de la déclaration de succession : Cass. civ., 4 juin 1924, Defrénois 1924, art. 20760.

¹⁴² Cass. civ., 6 mai 1913, Journ. Not. 1913, art. 3075 ; Cass. civ. 1^{ère}, 20 février 1957, Bull. Civ. I, n° 91, Gaz. Pal. 1957.1.423, rejetant le pourvoi contre CA Poitiers, 5 mai 1954, JCP 1955 II 8742, note P. VOIRIN ; Cass. civ. 1^{ère}, 28 mars 2006, n° 04-10.596, Bull. Civ. I, n° 186, Defrénois 2006. 1586, note C. FARGE, RDLC août 2008, p. 58 note C. LAREE.

La solution était déjà admise avant 1985, à une époque où seul l'époux pouvait léguer un effet de communauté : Cass. civ., 6 juin 1883, DP 1884.1.33 ; Cass. civ. 1^{ère}, 28 mai 1968, JCP 1969 II 15174, note M. DAGOT. Désormais, l'article 1423 du Code civil a bilatéralisé la règle et le legs de bien commun est par principe permis mais son exécution dépend des résultats du partage.

¹⁴³ Cass. civ., 2 août 1950, JCP 1951 II 6059, note P. GUIHOT

la Cour de cassation a voulu sanctionner la continuation du bail à des conditions particulières, ou le fait que cette continuation pesait uniquement sur certains héritiers. Si ce second type de stipulation est classiquement sanctionné¹⁴⁴, le premier type de clause n'a jamais fait l'objet d'une quelconque jurisprudence.

Pourtant, il semble que la charge imposée à un héritier de constituer un bail au profit d'un tiers ou la transmission d'un contrat à des conditions particulières¹⁴⁵ est licite : dès lors que le défunt peut priver un successible de tout ou partie de ses droits dans la succession, il peut en limiter les pouvoirs. Le défunt peut valablement imposer des charges à ses héritiers légaux, bien évidemment dès lors que ces charges respectent la réserve héréditaire. Le « legs » consenti par le défunt est indéniablement valable.

Une telle stipulation constitue-t-elle pour autant un véritable legs ? Si l'intention libérale peut éventuellement être prouvée, il n'existe pas pour autant de transfert de patrimoine, signe d'une libéralité. Le défunt n'a pas diminué l'actif successoral au profit d'un légataire. Ces clauses ne peuvent être vues comme des legs mais des charges imposées à la succession.

18. Quant aux interdictions de faire, deux grandes catégories peuvent être relevées : les interdictions de disposer et les interdictions de transmettre, l'une étant plus générale et l'autre plus particulière, La transmission, entre vifs ou à cause de mort, étant un mode de disposition des droits.

La clause d'inaliénabilité est sans doute l'une des restrictions les plus souvent apportées par le disposant à ses ayants droit et son étendue peut varier : interdiction totale de céder, interdiction de vendre à telle personne ou à telles conditions, etc.

De telles clauses sont valables et même légales : prévue par l'article 900-1 du Code civil, la clause d'inaliénabilité – qui, textuellement, ne vise que le bien « donné ou légué » – est applicable à toute transmission de propriété, entre vifs ou à cause de mort. La loi exige simplement que la clause d'inaliénabilité ait un caractère temporaire et

¹⁴⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 4 octobre 2005, Dr. Fam. 2005, comm. 252, note B. BEIGNIER ; RDC 2006 p. 441 note C. GRARE-DIDIER

¹⁴⁵ Le défunt s'était par exemple engagé à ne réclamer qu'un loyer modique et entend maintenir ces conditions après son décès.

réponde à un intérêt sérieux et légitime. Rajoutons l'interdiction toute naturelle des clauses contraires à la morale et aux bonnes mœurs¹⁴⁶.

A supposer la clause valable, l'héritier ayant reçu un bien grevé d'une telle clause d'inaliénabilité a toujours la faculté d'en demander la levée sur le fondement, soit de l'article 900-2 précité, soit de l'article 900-1 du Code civil. La doctrine¹⁴⁷ distingue en effet fort logiquement les clauses d'inaliénabilité stipulées à titre principal pour lesquelles seule la levée sur le fondement de l'article 900-1 est possible et les clauses d'inaliénabilité stipulées à titre accessoire, dont le seul but est de garantir l'exécution d'une autre charge. Le recours soit aux dispositions de l'article 900-1 soit à celles de l'article 900-2 est alors possible.

Parmi les interdictions de faire, se trouvent également les clauses par lesquelles le disposant interdit au gratifié de transmettre entre vifs ou à cause de mort, en prévoyant une dévolution spéciale des biens, indépendante de la volonté du premier gratifié.

Les substitutions fidéicommissaires, issues du droit romain, sont réglementées depuis 1804 par le Code civil¹⁴⁸ : elles permettent au disposant d'imposer au gratifié la charge de conserver et de transmettre. Autrefois sévèrement encadrées, elles ont connu depuis la loi du 23 juin 2006¹⁴⁹, sous le vocable « libéralités graduelles »¹⁵⁰, un regain certain et une extension du champ d'application. Malgré le maintien de l'article 896 du

¹⁴⁶ Par exemple l'interdiction, discriminatoire, de vendre à une personne de telle religion ou de telle origine.

¹⁴⁷ M GRIMALDI, « Les successions », *préc.*, spéc. n° 1414 ; J-Cl. Civil Code, « Art. 900-2 à 900-8 », fasc. unique, 2004, par B. ANCEL, spéc. n° 43

¹⁴⁸ Art. 896 et s. anc. C. civ. ; Rép. Civ. Dalloz, « Substitution », 2005, par J. HERAIL

¹⁴⁹ V. not. M. GRIMALDI, « Les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles », JCP N 2006. 1387 ; Ph. MALAURIE, « Les libéralités graduelles et résiduelles », *Defrénois* 2006 art. 38493 ; M. NICOD « Le réveil des libéralités substitutives : les libéralités graduelles et résiduelles du Code civil », *Dr. fam.* 2006. Ét.45 ; I. OMARJEE et J. LAPIERRE, « La libéralisation des libéralités avec charge de transmettre : les libéralités graduelles et résiduelles », *LPA* 5 février 2007 p. 6 ; N. PETERKA, « Les libéralités graduelles et résiduelles, entre rupture et continuité », *D.* 2006 p. 2580 ; J-F. SAGAUT, « Les donations graduelles et résiduelles », *JCP N* 2006. 1388 ; J-M. MATHIEU, « Focus sur quelques difficultés et pistes pour une meilleure utilisation des libéralités substitutives », *JCP N*, 27 Avril 2012, 1201

¹⁵⁰ Art. 1048 C. civ. : « Une libéralité peut être grevée d'une charge comportant l'obligation pour le donataire ou le légataire de conserver les biens ou droits qui en sont l'objet et de les transmettre, à son décès, à un second gratifié, désigné dans l'acte ».

Code civil, posant le principe de nullité des substitutions, les articles 1048 et suivants du Code civil permettent l'insertion, dans une donation ou un legs, de la charge de conserver et de rendre l'objet de la libéralité. Cette clause permet la transmission sur deux générations d'un même bien, par l'interdiction au premier gratifié d'en disposer entre vifs ou à cause de mort.

Moins contraignante et construction prétorienne, le legs *de residuo* est la disposition par laquelle une personne lègue ses biens à une personne en précisant qu'à la mort de celle-ci ce qui restera des biens légués sera attribué à une autre personne. Ce legs contient donc deux libéralités simultanées consenties au profit de deux bénéficiaires successifs, le second gratifié tenant son droit directement du testateur et non du premier légataire. Pour la Cour de cassation¹⁵¹, le legs *de residuo* est soumis à la double condition suspensive qu'au décès du premier légataire institué, la chose léguée subsiste et que le second légataire survive. Le premier gratifié n'est pas tenu de conserver les biens : il peut en disposer à titre onéreux, mais non à titre gratuit. Aujourd'hui dénommée charge résiduelle, la clause désormais prévue par les articles 1059 et suivants du Code civil peut indistinctement être insérée dans une donation ou un legs.

19. Leur validité de principe admise, reste la question de leur compatibilité avec la réserve héréditaire : le premier gratifié peut-il opposer ses droits à réserve pour se dispenser de la charge imposée ?

S'agissant de la charge résiduelle, les droits à réserve du premier gratifié ne font nullement obstacles à la mise en œuvre du legs ou de la donation *de residuo*. Dans la mesure où n'est imposée au réservataire que l'obligation de rendre et non l'obligation de conserver, la charge peut valablement grever la part de réserve du gratifié¹⁵². Toutefois, le troisième alinéa de l'article 1059 du Code civil apporte un tempérament :

¹⁵¹ Cass. civ. 1^{ère}, 17 novembre 1971, RTDCiv 1972 p. 625 obs. R. SAVATIER

¹⁵² Cass. civ. 1^{ère}, 31 janvier 1995, Defrénois 1995 art. 36160, obs. M. GRIMALDI ; RTDCiv. 1995, p. 418, obs. J. PATARIN ; *Contra*, v. antérieurement Cass. civ. 1^{ère}, 17 décembre 1968 : D. 1969, jurispr. p. 149, note A. B.

l'interdiction de transmettre à titre gratuit (don ou legs) ne peut porter sur la part de réserve, cette part étant considérée comme exempte de charge.

Reste toutefois une question en suspens : quel sort devra être réservé à la libéralité assortie d'une charge résiduelle portant sur la part de réserve, après le décès du premier gratifié ? Pour les biens composant la quotité disponible, la solution est simple : s'ils n'ont été transmis à titre onéreux par le grevé, ils seront transférés à l'appelé. La solution est sans doute plus délicate pour les biens composant sa part de réserve. A concurrence de cette part, le premier gratifié, réservataire, a la libre disposition de ces biens. Il peut donc valablement les vendre, les léguer ou les donner. Mais s'ils se retrouvent en nature dans la succession de cette dernière, à qui doivent-ils être transmis ? Aux appelés ou aux héritiers *ab intestat* du grevé ? La première solution respecte à la lettre les dispositions de l'article 1059 du Code civil : la réserve est simplement exempte de l'interdiction de donner ou léguer, mais la désignation des bénéficiaires de second rang subsiste. Il ne s'agirait pas à proprement parler d'une charge grevant la réserve du grevé, mais d'un simple souhait, exprimé par le disposant et qui peut valablement être anéanti par la volonté du premier gratifié. Le fait que tout ou partie des biens se retrouvent en nature dans la succession du conjoint survivant pourrait être interprété comme une confirmation par le grevé du souhait exprimé par le disposant initial¹⁵³.

La seconde lecture est plus radicale : la charge associée au legs *de residuo* est invalidée à concurrence de la part réservataire, le legs devenant alors un legs simple. Cette portion, appartenant en pleine propriété et sans condition au grevé, doit faire partie de sa succession et être transmise à ses propres héritiers.

La première solution a notre préférence, au détriment de la seconde. La réserve n'est nullement atteinte par la charge : le grevé est pleinement propriétaire, sans charge, des biens composant sa part de réserve. Transmettre aux héritiers du disposant le reliquat ne heurte ici aucune règle d'ordre public. Surtout, ce n'est pas parce que le grevé retrouve, sur cette fraction réservataire, sa liberté de donner ou léguer que le caractère résiduel de la libéralité doit tomber en son entier. La désignation d'un

¹⁵³ V. déjà en ce sens, M. GRIMALDI, *loc. cit.*

légataire subsidiaire persiste, sous réserve de la volonté contraire de l'héritier réservataire.

Quant à la libéralité graduelle, l'interdiction de disposer tant à titre gratuit qu'à titre onéreux en font un redoutable instrument de blocage des droits réservataires. Afin d'éviter cela, l'article 1054 du Code civil précise que si le grevé est héritier réservataire du disposant, la charge ne peut être imposée que sur la quotité disponible. Le grevé peut toutefois accepter que, dans une donation¹⁵⁴, la charge grève tout ou partie de sa réserve ou, dans un legs, que sa part de réserve soit, en tout ou partie, libérée de la charge. La charge portant sur la part de réserve du grevé, avec son consentement, bénéficie de plein droit à l'ensemble de ses enfants nés et à naître : la charge présente alors un intérêt familial indéniable. Cette dernière disposition est un des derniers avatars du principe de conservation des biens dans la famille qui, autrefois, sous-tendait la plupart des règles successorales¹⁵⁵.

20. Quelle que soit la nature et l'étendue de celle-ci, l'héritier peut-il renoncer au legs consenti pour en supprimer la charge ? La technique de la charge s'appuie souvent sur une libéralité, recouvrant les droits légaux, grevée de cette charge qui empêche son titulaire de gérer tout ou partie des biens légués. Une question s'est tout naturellement posée en pratique : en renonçant à la libéralité, singulièrement une libéralité à cause de mort, la charge disparaît-elle également ? Pour la doctrine¹⁵⁶ et la jurisprudence¹⁵⁷, tout dépend de la qualification de la charge. En présence d'une charge réelle, celle-ci suit le sort du bien. S'il s'agit d'un legs assorti d'une charge personnelle, consentie *intuitu personae*, la renonciation au legs emporte extinction de la charge. La

¹⁵⁴ Dans l'acte de donation ou dans un acte établi dans les formes de la RAAR (cf. infra) ou, en présence d'un legs, dans le délai d'un an à compter du jour où il a eu connaissance du testament.

¹⁵⁵ Cf. supra Introduction

¹⁵⁶ BEUDANT et LEREBOURS-PIGEONNIERE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. VIII, 1934, n° 342

¹⁵⁷ T. civ. Seine, 1^{er} février 1927, DP 1928.2.121 ; CA Douai, 29 novembre 1893, DP 1894.2.599 ; Cass. civ. 1^{ère}, 13 octobre 1982, inédit ; Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} juillet 2003, pourvoi 01-00.373, Bull. Civ. 2003, I, n° 156 ; D. 2003, p. 2031, note B. BEIGNIER ; JCP G 2004 II 10161, note J-G. MAHINGA ; Gaz. Pal. 2003, p. 3798, concl. J. SAINTE-ROSE ; Cass. civ. 1^{ère}, 23 juin 2010, pourvoi 08-11.357.

succession redevient alors *ab intestat* et l'héritier a vocation à recueillir les biens successoraux, cette fois-ci en tant qu'héritier, et non en tant que légataire. Encore faut-il bien évidemment qu'il s'agisse d'une véritable charge, obligation de faire ou de ne pas faire, et non de la « charge » de délivrer un legs particulier : dans l'hypothèse où l'héritier légal ou le légataire universel ne pourraient ou ne voudraient recevoir la succession, la « charge » de délivrer le legs passe toujours aux colégataires ou cohéritiers. A l'inverse, si la charge grève un bien particulier, la renonciation au legs n'empêche pas disparition de la charge.

21. Ces clauses constituent-elles une véritable exhérédation ? Il est permis d'en douter, dans la mesure où l'émolument reçu ne varie ni en quantité, ni en qualité. Ce sont soit les biens personnels des héritiers qui seront transmis selon la volonté du défunt, soit la valeur de l'actif net qui sera modifiée suite à l'augmentation du passif. Si la volonté du disposant aura pour effet de modeler le règlement de sa succession, l'insertion d'une charge ne nous semble pas constituer une exhérédation, la répartition des biens existants entre les héritiers n'étant pas altérée. On retrouve ici la distinction traditionnelle en droit patrimonial de la famille entre propriété et pouvoir.

En effet, ces clauses ont une influence non négligeable sur les pouvoirs conférés aux héritiers, les réduisant parfois à de simples « gestionnaires », bien que propriétaires sur le papier. Il en va ainsi des legs assortis de l'obligation de conserver et de rendre. Bien que propriétaire, et alors que l'appelé n'a, *pendante conditione*, qu'un droit éventuel¹⁵⁸, ses pouvoirs sont à ce point limités qu'il ne peut effectuer que des actes d'administration, sans porter atteinte à la substance même du droit. « Cadeau empoisonné », le legs avec charge consenti à un héritier ne lui ouvre pas d'autre alternative que de renoncer au legs et à la succession, au risque de voir la charge, initialement attachée au legs, se reporter sur ses droits *ab intestat*.

¹⁵⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 6 mai 1997, Bull. Civ. I, n° 149; D. 1997. 483, rapp. J. THIERRY ; RTDCiv. 1998. 171, obs. J. PATARIN

II - Les actes neutres, source exceptionnelle d'exhérédation

22. Outre le recours aux libéralités, le disposant peut vider tout ou partie de sa succession par le biais d'actes à titre onéreux, tout en évitant le régime des libéralités, notamment le rapport et la réduction. Pourtant, le recours aux actes onéreux ne garantit pas une exhérédation efficace : l'existence d'une contrepartie fait entrer dans le patrimoine du disposant une contre-valeur, miroir du bien cédé. Ainsi, la vente d'un bien appartenant au *de cuius* lui permettra d'en recueillir le prix de vente. Sauf à être particulièrement dépensier, il est fort probable qu'au jour du décès du *de cuius* un reliquat du prix de vente sera transmis à ses héritiers. Subtil équilibre à trouver que de dépenser suffisamment pour vider sa succession, tout en conservant assez de biens pour satisfaire ses propres besoins !

Pour éviter à la fois la prise en compte liquidative des libéralités par le rapport et la réduction ainsi que l'existence d'une contrepartie, marque caractéristique des actes à titre onéreux, la pratique a parfois recours à des actes ni gratuits, ni onéreux, que l'on pourrait qualifier d'« actes neutres ».

Un point commun unit ces actes : ils se trouvent à la frontière de la gratuité et de l'onérosité. On peine souvent à y trouver une contrepartie, tandis que l'on sent poindre l'intention libérale. De ces actes mixtes, pas tout à fait des libéralités mais plus des contrats équilibrés et synallagmatiques, la pratique en a tiré une source commode d'exhérédation qui ne dit pas son nom.

Les actes neutres¹⁵⁹ se distinguent par leur essence même des donations déguisées : il n'est pas ici question de dissimuler une libéralité sous couvert d'un acte à titre onéreux, mais de réaliser un acte dont la cause n'est *a priori* pas révélée. Les actes neutres peuvent indifféremment revêtir un caractère onéreux ou gratuit. Ils se

¹⁵⁹ Sur cette notion, I. NAJJAR, « Le mandat *post mortem* et les libéralités par dons manuels et comptes bancaires. Recherches sur un acte neutre », in *Mélanges P. Raynaud*, 1985, Dalloz, p. 499

distinguent également des actes dits « abstraits »¹⁶⁰, actes non causés. Créée par la doctrine en matière commerciale essentiellement¹⁶¹, la théorie des actes abstraits contredit la règle posée par l'article 1131 du Code civil, selon laquelle les obligations sans cause ne peuvent avoir aucun effet. Les actes neutres ne sont quant à eux pas sans cause : ces actes ne sont simplement ni gratuits, ni onéreux.

Cette neutralité négative des actes dits « neutres » peut étonner le civiliste habitué à la dichotomie des actes gratuits et onéreux, mais elle ne surprend pas le fiscaliste. Depuis longtemps, l'Administration fiscale a développé la « théorie de la mutation de la propriété apparente »¹⁶² : elle se réserve le droit de taxer toute modification de la qualité de propriétaire, même s'il est établi que ce changement ne correspond pas, au regard des parties, à une véritable transmission. Si la cause de la mutation est connue, l'acte sera taxé selon les cas aux droits de mutation à titre gratuit ou onéreux¹⁶³. A défaut, l'Administration est en droit de revendiquer, selon la nature du bien, le paiement de droits correspondant à une mutation qui n'est ni gratuite, ni onéreuse¹⁶⁴.

23. Pour ce qui a trait à l'exhérédation, le concept d'acte abstrait ne présente aucune utilité particulière. Retenir la notion d'acte neutre nous semble préférable. Sans entrer plus en détail dans les controverses portant à la fois sur la validité des actes abstraits et sur leur distinction avec les actes neutres, d'un point de vue étymologique, la neutralité révèle davantage le statut intermédiaire de ces actes : ni gratuits, ni

¹⁶⁰ *Contra*, X. LAGARDE, « Réflexions sur le fondement de l'article 931 du Code civil », RTDCiv. 1997 p. 25, spéc. n° 9. L'auteur semble assimiler acte neutre et acte abstrait, la première expression étant « doctrinalement moins engagée ».

¹⁶¹ DIKOFF, « Les actes juridiques abstraits et le code civil français », RTDCiv. 1932. 327 ; M. VIVANT, « Le fondement juridique des obligations abstraites », D. 1978, chron. 39

¹⁶² F. DURAND, *L'apparence en droit fiscal*, préf. T. SCHMITT, LGDJ, Bibl. dr. privé, tome 507, 2009, spéc. n° 219, 220 et 223 ; S. LAMIAUX, « La publicité foncière confrontée à la communauté conjugale : un champ d'interférences », Mémoire DSN Lille, 2012, spéc. pp. 24 et 94 ; M. MARTEAU-PETIT, « Incertitudes sur la notion de "droit de mutation" », JCP N 7 Janvier 1994, 100033

¹⁶³ DB 7 A 231 n° 8 ; v. également MAGUERO, *Traité alphabétique de l'enregistrement*, 2e éd., v° Transaction, nos 74 s. - V. not. Cass., ch. réun., 12 décembre 1865, DP 1865. 1. 457 ; S. 1866.1.74, concl. DELANGLE ; Cass. req. 25 novembre 1907, DP 1909.1.493 (à propos de transactions en matière successorale)

¹⁶⁴ Par exemple, pour les immeubles, la taxe fixée est à un taux de 0,715 % de la valeur du bien ayant subi la mutation.

onéreux, ils ne sont pourtant pas sans cause. Ce sont précisément ces actes qui, par leur statut intermédiaire, réalisent au mieux une exhérédation que l'on pourrait qualifier de rampante, souterraine. N'étant pas des actes à titre gratuit, ils échappent au traitement successoral ordinairement attaché aux libéralités. Mais n'étant pas non plus des actes à titre onéreux, ils opèrent sans contrepartie transfert de propriété au profit d'un tiers, modifiant en cela la composition des biens existants. Ces actes sont ainsi par principe exclus de la liquidation successorale.

Toutefois, un trouble subsiste : ces actes ne constituent pas des libéralités au sens juridique du terme – et ne sont donc pas soumis au rapport et à la réduction –, alors que l'enrichissement du tiers bénéficiaire est souvent patent. Loi et jurisprudence admettent ainsi dans une certaine mesure la requalification de ces actes en libéralités, afin qu'il en soit tenu compte lors du règlement de la succession et que les effets de l'exhérédation qu'ils renferment soient atténués.

Deux grandes catégories d'actes neutres peuvent être relevées. Le hasard, l'aléa d'une part et l'apport sans contrepartie d'autre part, permettent de réaliser une exhérédation efficace.

A - L'exclusion par l'aléa

24. L'utilisation de l'aléa présente un intérêt non négligeable pour celui qui entendrait transmettre des biens en dehors de la dévolution légale. Souvent employées dans un but fiscal, les techniques basées sur l'aléa permettent d'éviter la fiscalité successorale en lui préférant la fiscalité des actes à titre onéreux¹⁶⁵ ou une fiscalité spécifique¹⁶⁶.

Mais ces techniques peuvent également être utilisées pour contourner la dévolution civile des droits, spécifiquement des droits réservataires. En évitant l'écueil

¹⁶⁵ S'agissant notamment de la tontine : cf. infra n° 26 note 174

¹⁶⁶ Tel est le cas de l'assurance-vie dont le dénouement entraîne le paiement de droits qui, même s'ils se rapprochent de la fiscalité successorale, disposent de régimes propres (art. 990-I et 757-B CGI).

de la libéralité, qui pourrait entraîner l'exercice d'une action en réduction, l'aléa transcende la distinction entre les actes à titre gratuit ou onéreux. Le hasard fait que les biens en cause sont transmis au bénéficiaire sans que celui-ci ne puisse être considéré comme donataire ou légataire.

Le contrat aléatoire est celui qui met à la charge des parties des prestations dont le principe ou l'étendue dépendent d'un événement futur et incertain et qui peuvent ne pas être équivalents. Chacune des parties accepte de courir une chance en principe égale de gain et un risque de perte¹⁶⁷. Notre étude laissera de côté le jeu et le pari : bien que pouvant réaliser une exhérédation par dilapidation du patrimoine du joueur, l'absence de volonté de priver le successible de ses droits légaux ne peut qu'inciter à écarter ces techniques.

Deux grandes catégories d'aléas tendant à l'exhérédation peuvent être retenues : l'aléa dans l'ordre des décès : par la tontine, le disposant se soumet à l'aléa de l'existence de la transmission. Le disposant peut également choisir l'aléa dans la prestation assurée : vente en viager et assurance-vie ont en commun un aléa tenant au montant de la prestation promise.

1 - L'utilisation de la tontine

25. La clause de tontine¹⁶⁸ est la stipulation selon laquelle chaque acquéreur d'un bien est titulaire¹⁶⁹ de sa part sous condition résolutoire de son prédécès et de tout l'immeuble sous condition suspensive de sa survie.

¹⁶⁷ Art. 1104 et 1964 C. civ. ; A. BENABENT, *La chance et le droit*, préf. J. CARBONNIER, LGDJ, Bibl. dr. privé, tome 128, 1973 ; J.-L. MOURALIS, *La notion d'aléa et les actes juridiques aléatoires*, thèse Grenoble, 1968

¹⁶⁸ M. NAST, « De l'acquisition conjointe d'un immeuble avec clause d'accroissement au profit du survivant », *Defrénois* 1928 art. 21759 ; J.-H. BAUCHY, « De Tonti aux tontines », *JCP N* 1994 I 369 ; M. COZIAN, « La clause tontinière », *Dr. et patr.*, oct. 1994. 22 ; Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE, « Variations sur le pacte tontinier », *Dr. et patr.*, janvier 1998, p. 52 ; J.-Cl. Civil Code, « app., art. 1964 », 2006, fasc. unique, par B.-H. DUMORTIER ; *adde* du même auteur, « Recherche d'un nouveau fondement de la validité de la clause d'accroissement eu égard à la prohibition des pactes sur succession future », *RTDCiv* 1987, p. 653 ; F. VOUIN, *La prohibition du pacte sur succession future en droit civil français*, thèse, Bordeaux, 1967, p. 396 ; J. G. RAFFRAY et J.-P. SENECHAL, « Quel avenir pour la réserve ? », *JCP N* 1986 I 249 ;

Bien que parfois dénommée clause d'accroissement, les deux clauses sont cependant bien distinctes et l'assimilation des deux vocables est souvent contestée en doctrine¹⁷⁰. Certains auteurs réservent l'appellation « clause d'accroissement » à la clause permettant au survivant de revendiquer sans contrepartie les droits indivis et la dénomination « tontine » à la clause considérant le survivant comme ayant toujours été seul propriétaire. Par souci de commodité, la plupart des auteurs¹⁷¹, bien que soulignant les différences de nature existant entre les deux clauses, les tiennent souvent pour synonymes. La jurisprudence¹⁷², quant à elle, ne manifeste pas de préférence pour l'une ou l'autre appellation, qu'elle estime équivalentes : c'est le montage en tant que tel qui est analysé, la dénomination retenue par les parties important peu.

26. Échappant à la prohibition des pactes sur succession future, la validité de la clause de tontine ne fait plus aujourd'hui aucun doute. Et, malgré des critiques aujourd'hui dépassées¹⁷³, la tontine conserve une certaine actualité, notamment pour des raisons fiscales¹⁷⁴.

C. GRIMALDI, « Mystérieuse tontine », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois*, Defrénois, 2012, p. 417

¹⁶⁹ Nous utilisons à dessein ce terme, la nature précise des droits des tontiniers sur le bien acquis étant source de controverses : cf. *infra*.

¹⁷⁰ H. GRAMONT, *Étude analytique et critique de la prohibition des pactes sur succession future*, Bordeaux, 1990, spéc. p. 116 ; Rép. Civ. Dalloz, « Pacte sur succession future », 2007, par I. NAJJAR, spéc. n° 45

¹⁷¹ V. not. H. GRAMONT, *op. cit.* ; B-H. DUMORTIER, « Recherche d'un nouveau fondement de la validité de la clause d'accroissement eu égard à la prohibition des pactes sur succession future », *préc.*, spéc. n° 1

¹⁷² Lorsqu'elle n'évoque pas simplement la tontine, la Cour de cassation considère que les deux expressions sont équivalentes : V. par ex., Cass. civ. 1^{ère}, 9 novembre 2011, pourvoi 10-21.710, Cass. civ. 1^{ère}, 9 juin 2011, pourvoi 10-20.511 à propos d'une « d'une clause d'accroissement, dite de tontine ».

¹⁷³ M. HENRY, « Une pratique critiquable : la clause d'accroissement en fraude du régime matrimonial », JCP 1987 I 3281

¹⁷⁴ Fiscalement, dans un souci d'éviter les habiles montages destinés à transmettre à moindre coût les biens en cause à un tiers, en particulier au concubin habituellement taxé au titre des droits de mutation à titre gratuit à un taux de 60 %, le législateur a créé un régime spécifique au montage tontinier. Les biens transmis en vertu d'une clause de tontine sont, au point de vue fiscal, réputés transmis à titre gratuit à chacun des bénéficiaires de l'accroissement. Par exception, cette disposition ne s'applique pas à l'habitation principale commune à deux acquéreurs lorsque celle-ci a une valeur globale inférieure à 76.000 euros, sauf si le bénéficiaire opte pour l'application des droits de mutation par décès (art. 754 A CGI).

Tel n'a cependant pas toujours été le cas : estimant que la clause portait atteinte aux droits des héritiers d'acquérir les droits du prémourant, la Cour de cassation a déclaré nul le montage opéré par les parties sur le fondement de la prohibition des pactes sur succession future¹⁷⁵. La sanction était pourtant évidente : malgré les apparences, ce n'est pas la clause de tontine elle-même qui a été sanctionnée, mais la maladresse rédactionnelle des auteurs de la clause. Le contrat prévoyait une acquisition indivise par deux personnes, avec stipulation selon laquelle les parts du prémourant reviendraient au survivant. Il ne s'agissait pas là d'une tontine, basée sur une condition de perte résolutoire des droits du prémourant et d'acquisition corrélative des mêmes droits par le survivant, mais d'une clause d'accroissement au sens strict. Cette absence de rétroactivité, marque de la tontine, manquait en l'espèce : l'opération dissimulait en réalité, sous couvert d'une clause tontinière mal rédigée, une donation à cause de mort prohibée¹⁷⁶.

Par la suite, la Cour de cassation¹⁷⁷ a fermement admis la validité des clauses de tontine, en raison de la rétroactivité inhérente à cette clause¹⁷⁸. Les contractants ne disposent pas d'une succession non ouverte, dans la mesure où le prémourant est réputé n'avoir jamais été titulaire des droits en question. Le mécanisme de double condition – résolutoire pour le prédécédé et suspensive pour le survivant – permet à la Cour de cassation de valider le montage proposé¹⁷⁹.

¹⁷⁵ Cass. req., 24 janvier 1928, DP 1928.1.157, rapp. CELICE ; S. 1929.1.157, note H. VIALLETON ; RTDCiv. 1928, p. 458, obs. SAVATIER ; Rev. crit. légis. et jurispr. 1929, p. 459, obs. A. TRASBOT ; Defrénois 1928, art. 21686

¹⁷⁶ La clause prévoyant la continuation de la société entre les seuls survivants qui peuvent alors racheter dans les conditions prévues au contrat les parts sociales du prédécédé est, quant à elle, valable car ne constituant pas une donation : Cass. civ. 1^{ère}, 28 avril 1961, D. 1961, jurispr. p. 697, note BESSON ; JCP G 1961 II 12135, note D. BASTIAN

¹⁷⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 3 février 1959, Bull. Civ. I n° 66, D. 1960. 592, note E.S. DE LA MARNIERRE, JCP 1960 II 11823 note P. VOIRIN ; Cass. ch. mixte, 27 novembre 1970, Bull. Civ. ch. mixte n° 3, D 1971 p. 81 Concl. R. LINDON ; Defrénois 1971 art. 29786 note G. MORIN ; JCP 1971 II 16823 note H. BLIN : « loin de constituer, comme le soutient le pourvoi, une clause attribuant au survivant un droit privatif sur une partie de la succession du prémourant, le contrat litigieux, tel qu'il est analysé par l'arrêt attaqué, conférait à chacun des acquéreurs la propriété de l'immeuble tout entier à partir du jour de son acquisition, sous condition du prédécès de son cocontractant ; dès lors, une telle convention ne pouvait tomber sous la prohibition des pactes sur succession future ».

¹⁷⁸ V. déjà l'analyse de SAVATIER, in RTDCiv. 1928, p. 458, *préc.*

¹⁷⁹ V. les formules proposées par NAST, art. *préc.*, spéc. p. 425 *in fine*

Un certain malaise est toutefois perceptible : la rétroactivité paraît bien factice et n'être utilisée que dans l'espoir de sauver la clause de tontine de la prohibition des pactes sur succession future. En effet, la perte rétroactive des droits du prémourant n'efface pas totalement la période intermédiaire de cotitularité ayant pu exister entre les tontiniers. Or, la jurisprudence considère que la clause de tontine exclut l'indivision « sauf en ce qui concerne le droit de jouissance »¹⁸⁰. Rejetant ainsi l'indivision, la jurisprudence exclut par là-même les règles du partage et en particulier l'effet déclaratif – semi rétroactif¹⁸¹ – du partage. La Cour de cassation refuse aux tontiniers la qualité de propriétaires, admettant simplement une co-jouissance, destinée à régler les rapports entre tontiniers¹⁸². *Pendant conditione*, les tontiniers sont considérés comme étant indivisaires en jouissance. Mais le reste du bien n'a pas d'attributaire déterminé : le survivant sera certes réputé propriétaire par le jeu de la condition suspensive, cependant la fiction de la rétroactivité ne permet pas de déterminer le propriétaire du bien pendant la période intermédiaire. Tant que la condition n'est pas intervenue, l'apparence de propriété en fait n'a aucune corrélation en droit.

27. Bien que la clause de tontine ait *in fine* pour résultat de priver les héritiers réservataires de leurs prérogatives, elle ne constitue pas pour autant une libéralité dont il convient de tenir compte dans le cadre des opérations de liquidation. Par le seul effet du décès, le survivant est propriétaire du bien en son entier et est réputé l'avoir toujours été. Le caractère neutre reconnu à la tontine exclut donc le rapport et la réduction. Ce

¹⁸⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 27 mai 1986, Bull. Civ. I, n° 140 ; JCP N 1988 II 20763, note M. DAGOT ; D 1987 p. 137 note MORIN ; JCP N 1987 II 166 note J. G. RAFFRAY et J-P. SENECHAL, Defrénois 1987 art. 33888 note MORIN ; Cass. civ. 1^{ère}, 9 février 1994, pourvoi 92-11.111, Bull. Civ. n° 60, D 1994 p. 417 rapp. THIERRY ; D 1995 somm. p. 51 obs. M. GRIMALDI ; RTDCiv. 1995 p. 151 obs. F. ZENATI

¹⁸¹ Le lien entre effet déclaratif et rétroactivité a suscité de nombreux débats en doctrine : s'agissant, en particulier, des indivisions, tant le sort des fruits et revenus (qui accroissent à l'indivision et non à l'indivisaire attributaire : art. 815-10 al. 2 C. civ.) que le sort des actes passés pendant la période indivise, il est aujourd'hui acquis que la déclarativité d'un acte n'entraîne pas nécessairement rétroactivité de la situation ainsi créée.

¹⁸² Par une simple application de l'article 815-9 du Code civil, le tontinier jouissant privative ment du bien acquis en commun doit verser à son coïndivisaire en jouissance une indemnité d'occupation : Cass. civ. 1^{ère}, 9 février 1994, *préc.*

principe est régulièrement réaffirmé par la Cour de cassation : « l'acquisition d'un bien avec clause d'accroissement constitue un contrat aléatoire et non une libéralité »¹⁸³.

Toutefois, la validité d'une clause de tontine – et donc l'application des règles susvisées – suppose l'existence d'un aléa qui résulte de l'ordre des décès des indivisaires¹⁸⁴. L'absence d'aléa est suffisante mais nécessaire pour permettre la requalification de la tontine en libéralité : l'intention libérale se déduit du transfert anormal de l'intégralité des droits acquis au profit du survivant. La jurisprudence semble parfois ajouter à la question de l'ordre aléatoire ou non des décès celle du financement du bien : si la Cour de cassation n'impose pas que chacun des acheteurs ait participé au financement du bien acquis, de façon égalitaire¹⁸⁵, en l'absence d'aléa quant à l'ordre des décès un financement disproportionné caractérisera davantage la libéralité. Ceci signifie *a contrario* qu'un bien acquis par deux tontiniers dont les espérances de vie respectives sont quasi-identiques, mais financé de manière inégale, échappe aux héritiers du prémourant. Le transfert patrimonial ne fait aucun doute, pourtant l'impossibilité de rapporter la preuve de l'existence d'une libéralité empêche la requalification en libéralité.

Comment expliquer ce régime dérogoire ? Le double mécanisme conditionnel a certes pour effet d'échapper à la nullité pour atteinte à la prohibition des pactes sur succession future, mais elle ne permet pas d'expliquer la complexité de la clause tontinière. Cette impossibilité de prévoir un accroissement au profit du survivant, sans

¹⁸³ Cass. civ. 1^{ère}, 14 décembre 2004, pourvoi 02-11.088, Bull. Civ. n° 313 ; AJF 2005, p. 109, obs. F. CHENEDE ; D. 2005, p. 2122, obs. M. NICOD, et p. 2263, note C. LE GALLOU ; Dr. Fam. mars 2005, comm. 61 note A-S. BRUN ; Defrénois 2005, art. 38142, obs. R. LIBCHABER ; RLDC 2005, p. 693, obs. A. BENABENT

¹⁸⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 10 mai 2007, n° 05-21.011, Bull. Civ. I n° 173 ; D. 2007, p. 1510, obs. Delaporte-Carré ; D. 2007, p. 2134, obs. M. NICOD ; JCP N 2007, p. 1215, note GARCON ; AJF 2007, p. 316, obs. F. BICHERON. Mais la seule question de l'espérance de vie moyenne des hommes et des femmes n'est pas un élément permettant de déterminer l'existence ou non de l'aléa : CA Poitiers, 23 novembre 2011, n° 10/03265.

¹⁸⁵ Certaines décisions utilisent toutefois ce critère qui, associé à l'absence d'aléa quant à la survie, permet de caractériser l'existence d'une libéralité. V. not : CA Aix-en-Provence, 13 décembre 1988, Defrénois 1990 p. 110, note G. MORIN ; CA Pau, 7 janvier 2008, n° 06/02284, 06/01540 ; Cass. civ. 1^{ère}, 10 mai 2007, pourvoi 05-21.011, RJP 2007, 9/31, note S. VALORY : en l'espèce, deux concubins avaient constitué une SCI avec mise en tontine du capital social et des droits qui y seraient attachés. Or un seul des concubins avait financé seul le capital initial et son augmentation. En retenant à la fois son état de santé à l'époque de la constitution de la société ainsi que de la différence d'âge qui existait entre les associés, les juges ont pu estimer probable le décès de cet associé avant sa compagne. La cour a ainsi décidé que l'opération litigieuse, qui ne présentait aucun aléa, constituait une libéralité.

qu'aucun compte ne soit rendu aux héritiers du prémourant, est une redoutable technique d'exhérédation, pour peu que les tontiniers aient le même âge et une bonne santé. Mais pourrait-il en être autrement ? Ne pourrait-on se satisfaire du transfert de propriété ainsi que de la preuve de l'intention libérale pour permettre la prise en compte de la tontine dans le cadre de la succession du prémourant ?

Un auteur¹⁸⁶ a tenté d'assimiler l'aléa inhérent au pacte tontinier aux aléas du legs, s'interrogeant sur la nécessité de rajouter au critère de l'intention libérale celui de l'absence d'aléa, afin de pouvoir prouver l'existence d'une « tontine libéralité »¹⁸⁷. La réponse à ce questionnement est à la fois positive et négative. S'il est vrai que l'aléa n'est pas la marque de la gratuité ou de l'onérosité, ce n'est pas ce caractère qui permet à la tontine d'échapper au régime des libéralités, mais la perte rétroactive de la propriété du prémourant. L'aléa n'est ici que pour déterminer le caractère sincère ou non de la clause d'accroissement. Même en l'absence d'aléa, le montage demeure : le survivant est réputé seul propriétaire du bien en cause. Tout au plus, la succession du prémourant pourra-t-elle revendiquer la prise en compte de la libéralité au titre du rapport ou de la réduction dans le cadre des opérations de liquidation successorale.

De plus, l'assimilation de l'aléa inhérent aux legs est ici hors de propos : s'il est évident, tant en raison de la variabilité du patrimoine du testateur jusqu'au jour du décès qu'en raison de la libre révocabilité du legs consenti, que l'existence de la libéralité ne sera pas certaine avant le décès, l'aléa dont il est ici question ne saurait se confondre avec l'aléa fondement de la tontine. S'agissant des legs, l'aléa est exclusivement lié à la volonté du défunt – exprimée¹⁸⁸ ou déduite des circonstances¹⁸⁹ – et non au hasard des décès. S'agissant de la tontine, l'ordre aléatoire des décès permet de déterminer lequel des acquéreurs sera réputé avoir toujours été seul propriétaire. L'absence d'aléa ne sert pas à déterminer si le transfert aura ou non lieu au profit du

¹⁸⁶ I. NAJJAR, Rép. Civ. Dalloz, « Donation », 2008, spéc. n° 121 : « le caractère aléatoire ou non d'une situation juridique n'est ni caractéristique des actes à titres onéreux, ni exclusive de la qualification de l'acte à titre gratuit. La vocation d'un légataire n'est-elle pas aléatoire et, par définition, une expectative ? Devrait-on ajouter aux critères distinctifs des libéralités ? »

¹⁸⁷ *Ibid.*

¹⁸⁸ Par exemple par une révocation expresse du legs consenti : art. 1036 C. civ.

¹⁸⁹ Par le transfert du bien à un tiers, par exemple dans un testament postérieur ou par la vente des biens légués (art. 1036 précité et 1038 C. civ.).

bénéficiaire, mais si ce transfert constitue ou non une libéralité devant être prise en compte dans le cadre du règlement de la succession. A la différence des testaments où l'intention libérale ne pose généralement pas de difficultés¹⁹⁰ et où l'aléa permet de déterminer l'existence même du testament, c'est l'absence d'aléa qui permet de prouver l'existence d'une libéralité.

Dans les deux cas, l'héritier légal du testateur ou du prémourant se trouve privé de tous droits dans le bien transféré par le testament ou par le jeu de la clause de tontine. Mais dans le cas de la tontine, l'héritier doit en outre prouver l'absence d'aléa, afin de pouvoir solliciter une intégration des droits transférés au survivant à la liquidation successorale.

2 - La limitation dans le temps des biens existants

Le *de cuius* peut « également souhaiter maintenir dans son patrimoine le bien qu'il souhaite ôter à son héritier, non plus en pleine propriété mais sous forme de droits temporaires, devant disparaître du seul fait de son décès. Les biens existants vont *de facto* disparaître, laissant une succession quasi-vide. Alors que la propriété est illimitée dans le temps, la transformation de cette propriété en droits viagers permet d'en assurer l'extinction au décès.

Ces techniques liées au viager sont souvent utilisées dans le but d'assurer un minimum vital régulier et constant au disposant, en lui assurant un toit ou des revenus. Mais elles constituent de redoutables procédés permettant de vider la succession sans pour autant frustrer le disposant, qui peut continuer à jouir de son cadre de vie.

28. L'exemple le plus topique¹⁹¹ est celui de la vente en viager. Le titulaire de droits réels, souvent immobiliers, cède ceux-ci à un tiers contre non pas le versement d'un prix immédiatement versé en capital, mais le versement d'une rente viagère. A la

¹⁹⁰ Ce n'est que lorsque le legs est consenti en paiement de services antérieurement rendus (legs rémunérateur) ou lorsque les charges imposées au légataire dépassent la valeur du legs que l'intention libérale peut faire défaut.

¹⁹¹ Et connu du grand public : cf. le film « Le viager », de P. Tchernia, sorti 1972.

vente contre paiement d'une rente viagère peut être assimilé le bail à nourriture, contrat par lequel une personne abandonne à une autre tout ou partie de ses biens, à la charge par celle-ci de la loger et de la nourrir pendant la durée de sa vie.

Des garde-fous ont été prévus non pas pour protéger les successibles éventuels mais pour s'assurer de la validité du consentement du disposant.

Les héritiers ont seulement la faculté de solliciter la requalification du contrat en donation¹⁹², afin de la rapporter ou la réduire. Ici encore, la preuve de l'intention libérale sera particulièrement difficile à rapporter. Dès lors que la rente ou l'obligation de soins étaient correctement évaluées en fonction de la durée de vie prévisible du crédientier, la vente ne saurait constituer une libéralité. A l'inverse, à l'instar de la tontine, les héritiers peuvent contester l'absence d'aléa pour obtenir la résolution de la vente, la nullité pour absence de cause. Il en va ainsi lorsque l'aléa est inexistant du fait du décès imminent du vendeur lors de la conclusion du bail à nourriture¹⁹³.

La Cour de cassation¹⁹⁴, dans une hypothèse bien particulière, a ainsi rejeté la nullité de deux ventes aléatoires, malgré le caractère excessif de la stipulation de bail à nourriture. En l'espèce, les deux ventes avaient été consenties par la même personne à des acquéreurs différents, les deux contre un prix converti aussitôt en bail à nourriture, et à un second acquéreur un autre bien pour un prix également converti en bail à nourriture. La Cour de cassation a estimé que l'obligation souscrite par chacun des acquéreurs ne pouvait être tenue pour dépourvue de cause, dès lors que la venderesse demeurait en droit d'exiger de l'un ou de l'autre des acheteurs l'exécution de son entière obligation.

¹⁹² V. par ex. CA Paris, 15 novembre 2007, décision 06/12433, Juris-Data 2007-353743 : a pu être requalifiée en libéralité à la demande des héritiers réservataires une vente en viager. En l'espèce, l'avantage fiscal considérable retiré par les parties (« les frais d'acquisition d'un bien immobilier étant incommensurablement inférieurs aux droits de succession qu'elle aurait dû acquitter (en l'espèce, d'après le calcul opéré par le notaire qui a reçu l'acte authentique translatif de propriété 6,75 % au lieu de 60 %) »), l'absence de bouquet dans l'acte notarié, l'absence de stipulation d'intérêts de retard en cas d'arrérages impayés, l'absence de toute trace de paiement des arrérages et la jouissance intégrale de l'immeuble au bénéfice de la défunte jusqu'à son décès permis d'en déduire l'intention libérale de la défunte au profit de l'acquéreur, par ailleurs désigné légataire universel.

¹⁹³ Cass. civ. 3^e, 8 janvier 1970, n° 67-14.671, Juris-Data n° 1970-098028 ; Bull. civ. 1970, III, n° 28 ; CA Douai, 13 novembre 2004, Juris-Data n° 2004-266917

¹⁹⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 26 avril 1988, n° 86-12.481, Bull. civ. 1988, I, n° 121

Seule une véritable absence d'aléa permet d'obtenir soit la nullité de la vente pour défaut de cause, soit la requalification en libéralité lorsque le déséquilibre entre la prestation promise et la réalité du transfert laissent supposer l'existence d'une transmission à titre gratuit.

De la même manière, le disposant peut céder la nue-propriété de son bien à un tiers, contre paiement d'un prix. Dès lors que ce prix n'est pas dérisoire et est régulièrement payé, la vente de la nue-propriété ne constitue qu'une cession à titre onéreux. Le vendeur conserve l'usufruit, qui lui permet d'assurer un logement jusqu'à son décès et, en cas de cession de la pleine propriété, l'assurance de pouvoir revendiquer une fraction du prix correspondant à la valeur de son usufruit. L'aléa, bien que présent, n'est pas l'élément essentiel : sauf à envisager une cession *in articulo mortis*, alors que l'espérance de vie réelle, et non estimée, du cédant n'est que très faible, ces cessions de droits démembrés ne peuvent être remises en cause sur le fondement de l'aléa. Le prix de la cession correspond toujours à la valeur de la nue-propriété, calculée en fonction de l'espérance de vie.

29. Malgré une apparence d'onérosité incontestable, la loi, afin de pallier les effets néfastes pour les héritiers de telles cessions, a prévu une protection bien particulière des successibles. Aux termes de l'article 918 du Code civil¹⁹⁵, « la valeur en pleine propriété des biens aliénés, soit à charge de rente viagère, soit à fonds perdus, ou avec réserve d'usufruit à l'un des successibles en ligne directe, est imputée sur la quotité disponible. L'éventuel excédent est sujet à réduction. Cette imputation et cette réduction ne peuvent être demandées que par ceux des autres successibles en ligne directe qui n'ont pas consenti à ces aliénations ».

En présence de ventes avec réserve d'usufruit ou à charge de rente viagères, ventes qui à première vue ne lèsent pas le disposant en raison du prix convenablement payé, la loi répute libéralités ces actes pourtant onéreux. Cette présomption de libéralité

¹⁹⁵ NAST, « Conditions d'application et conséquences pratiques de la présomption établie par l'article 918 du Code civil », *Defrénois* 1930, art. 22550 ; M. MATHIEU, « Le champ d'application de l'article 918 du Code civil », *JCP N* 1984 I 344

fait du titre d'héritier une qualité qui, loin de leur profiter¹⁹⁶, se révèle pour eux particulièrement défavorable. Seules les cessions consenties à des tiers échappent à cette présomption et imposent aux successibles de prouver soit l'absence d'aléa, soit l'absence de prix régulièrement payé. Irréfragable¹⁹⁷, la présomption peut néanmoins être écartée par un pacte de famille¹⁹⁸ : le texte prévoyant que seuls les autres successibles peuvent solliciter cette requalification, la jurisprudence admet que les autres héritiers présomptifs renoncent, avant¹⁹⁹ ou après²⁰⁰ l'ouverture de la succession, à demander l'inclusion de la cession dans la liquidation successorale.

Outres les inconvénients fiscaux liés à de telles cessions consenties à des héritiers présomptifs²⁰¹, la vente à charge de rente viagère ou avec réserve d'usufruit ne constituent pas, en raison de la présomption posée par l'article 918 du Code civil, une technique réellement efficace d'exhérédation. Seules les cessions consenties à des tiers, à condition que l'aléa ne soit pas biaisé, sont efficientes.

3 - Le recours à l'assurance-vie

30. L'assurance-vie est sans doute la technique contractuelle qui a fait le plus couler d'encre ces dernières années. Une des illustrations les plus typiques de la

¹⁹⁶ Cf. infra

¹⁹⁷ Cass. req., 24 août 1874, DP 1875.1.129 ; Cass. req., 26 juillet 1899, S. 1900.1.177 ; DP 1902.1.433, note WAHL ; Cass. civ., 28 décembre 1937, DP 1940.1.41, note HOLLEAUX ; Cass. civ., 13 mai 1952, JCP G 1952 II 7173, note BECQUE ; D. 1952, jurispr. p. 505, note Ph. LALOU ; Cass. 1re civ., 15 mai 2008, pourvoi 07-12.197

Malgré les critiques récurrentes de la pratique (v. les propositions aux 77e et 102e Congrès des notaires de France : Defrénois 1981, Act. not., p. 153 et Defrénois 2006, Act. not., p. 119) et de la doctrine (F. GISSEROT, « Pour une nouvelle lecture de l'article 918 du Code civil », Defrénois 1979, art. 32126)

¹⁹⁸ Sur cette notion, cf. infra n° 92 et s.

¹⁹⁹ V. not. Cass. req., 30 novembre 1841, DP 1841.1.31 ; Cass. req., 19 août 1847, DP 1848.1.202 ; CA Nîmes, 8 juin 1964, D. 1964, jurispr. p. 670, note M. DONNIER

²⁰⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 28 avril 1965, Bull. civ. 1965, I, n° 270

²⁰¹ En application de l'article 751 du CGI, est réputé, au point de vue fiscal, faire partie, jusqu'à preuve contraire, de la succession de l'usufruitier, tout bien appartenant, pour l'usufruit, au défunt et, pour la nue-propiété, à l'un de ses présomptifs héritiers ou descendants d'eux, même exclu par testament ou à ses donataires ou légataires institués, ou à des personnes interposées, à moins qu'il y ait eu donation régulière et que cette donation, si elle n'est pas constatée dans un contrat de mariage, ait été consentie plus de trois mois avant le décès ou qu'il y ait eu démembrement de propriété effectué à titre gratuit, réalisé plus de trois mois avant le décès, constaté par acte authentique et pour lequel la valeur de la nue-propiété a été déterminée selon le barème prévu à l'article 669.

stipulation pour autrui, l'assurance-vie est le « contrat par lequel, en échange d'une prime, l'assureur s'engage à verser, au souscripteur ou au tiers par lui désigné, une somme déterminée (capital ou rente) en cas de mort de la personne assurée ou de sa survie à une époque déterminée »²⁰².

Les assurances-vie ne sont pas par nature des libéralités mais des actes à titre onéreux, des stipulations pour autrui. De par sa nature, l'assurance-vie aurait dû prendre place parmi cette catégorie d'acte, sans discussion possible. Pourtant, la proximité de plus en plus manifeste avec les libéralités incite à les ranger dans la catégorie des actes neutres pour ne pas dire à titre gratuit.

31. Le bénéficiaire du capital assuré peut indifféremment recueillir celui-ci à titre gratuit ou onéreux, avec ou sans contrepartie de sa part : les deux stipulations sont valables et traditionnellement admises. La désignation d'un bénéficiaire à titre onéreux se rencontre fréquemment dans deux hypothèses : la garantie d'un prêt²⁰³ et l'organisation des obsèques. Dans le premier cas, l'établissement prêteur est désigné bénéficiaire à hauteur des sommes restant dues au jour du décès de l'emprunteur. Un bénéficiaire en second, récipiendaire du surplus, est en général²⁰⁴ désigné à titre gratuit. La désignation à titre onéreux peut également profiter à l'entreprise chargée de l'organisation des obsèques²⁰⁵, à hauteur des frais dus. Ici encore, un bénéficiaire pour l'éventuel surplus peut être désigné. La désignation à titre onéreux du bénéficiaire d'un contrat d'assurance-vie ne constitue pas une exhérédation, mais le simple paiement d'une dette due par le défunt de son vivant ou d'une dette née en raison de son décès.

²⁰² M. PICARD et A. BESSON, *Les assurances terrestres*, tome premier, « Le contrat d'assurance », 5^e édition, LGDJ, 1982, spéc. n° 449

²⁰³ Souvent couplé avec le nantissement du contrat : art. L. 132-10 C. ass.

²⁰⁴ Et ceci est d'ailleurs vivement conseillé : à défaut, l'éventuel surplus sera réputé constituer un actif successoral (art. L. 132-11 C. ass.) et taxé aux droits de mutation par décès, sans bénéficier de la fiscalité favorable de l'assurance-vie.

²⁰⁵ Notons que la qualification « contrat obsèques » est sans incidence sur la qualité du bénéficiaire : seule une rédaction précise de la clause permet de déterminer ou non l'affectation des sommes placées au paiement des frais funéraires. Sur cette question, D. DUTRIEUX, « De l'appellation "convention d'obsèques" et de son absence de conséquence ! », Petites affiches, 23 juin 2010 p. 18

Doivent également être exclus de la législation particulière des assurances-vie les contrats de capitalisation. Selon une jurisprudence désormais célèbre²⁰⁶, bien que très contestée²⁰⁷, « les dispositions des articles L. 132-12 et L. 132-13 du code des assurances ne s'appliquent pas aux contrats de capitalisation ». Et la Haute juridiction a eu l'occasion de préciser que ne devaient être considérés comme contrats d'assurance-vie que les contrats d'assurance dont les effets dépendent de la durée de la vie humaine et comportent donc un aléa²⁰⁸. Les dispositions spécifiques aux assurances-vie ne sont applicables qu'à condition qu'il s'agisse réellement de contrat d'assurance-vie et non de contrats de capitalisation, qui sont des opérations quasiment de pure épargne. Pour la Chambre mixte de la Cour de cassation, la distinction entre les deux types de contrats d'assurance est basée sur la notion d'aléa : « le contrat d'assurance dont les effets *dépendent de la durée de la vie humaine* comporte un aléa au sens des articles 1964 du Code civil, L 310-1, 1°, et R 321-1, 2° du Code des assurances et constitue un contrat d'assurance sur la vie ». Un contrat d'assurance-vie qui ne comporte en réalité aucun aléa ne peut valablement bénéficier des dispositions spécifiques du code des assurances. Tel est notamment le cas des contrats souscrits *in articulo mortis*, alors que le décès du souscripteur est prévisible à court terme. A titre d'exemple, dans un arrêt en date du 23 octobre 2008, la Cour de cassation a pu estimer qu'un contrat d'assurance-vie souscrit par un défunt trois jours avant son décès au profit d'une personne non

²⁰⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 18 juillet 2000, *Leroux*, Bull. Civ. I n° 213, D. 2001 somm. 1607, obs. J. REVEL, JCP 2000 II 10434, Gaz. Pal. 2001.2.1450, note F.-J. PANSIER, *Deffrénois* 2001. 3 note M. GRIMALDI ; v. également F. SAUVAGE et D. FAUCHER, « L'assurance-vie est-elle toujours hors succession ? », JCP N 2000 p. 1683 ; Cass. civ. 1^{ère}, 29 janvier 2002, n° 00-12.967, Bull. Civ. I n° 29, JCP 2002. I. 178, no 11, obs. R. LE GUIDEDEC ; M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 671, et les réf. citées ; J. MAURY, *op. cit.*, no 313

²⁰⁷ L'aléa dépendant de la vie humaine est souvent considéré comme un critère factice, tendant à protéger les règles juridiques particulières des contrats d'assurance-vie. L'existence du contrat et sa transmission au bénéficiaire ne sont que rarement dépendants de la vie humaine, seul le montant de la prestation varie : J. GHESTIN, « La cour de cassation s'est prononcée contre la requalification des contrats d'assurance-vie en contrats de capitalisation », JCP G 2005 I 111, spéc. n° 6 ; L. AYNES, « Des arrêts politiques », *Dr. et pat.* 2005 p. 11 ; F. LEDUC et P. PIERRE, « "Assurance-placement" : une qualification déplacée », *Resp. civ. et ass.*, février 2005, étude 3, notamment en ce qui concerne les contrats d'assurance-vie avec contre-assurance : M. GRIMALDI, « Réflexions sur l'assurance-vie et le droit patrimonial de la famille », *Deffrénois* 1994, art. 35 841 ; J. AULAGNIER, « L'assurance-vie est-elle un contrat d'assurance ? », *Dr. et patr.* 1996, p. 43 ; G. COURTIEU, « De l'utilité de la souscription d'une assurance-vie », *Resp. civ. et assur.* 1997, chron. 25

²⁰⁸ Cass. ch. mixte, 23 novembre 2004, D. 2004, IR 3191, *Resp. civ. et assur.* 2005, comm. 31. Cette position a été ultérieurement confirmée par la deuxième chambre civile de la Cour de cassation (Cass. civ. 2^e, 17 mars 2005, pourvoi 03-19.408, 12 mai 2005, pourvoi 03-19.157 et 8 septembre 2005, pourvoi 03-11.019).

héritière, ne contenait pas d'aléa et « correspondait de fait à une donation de la prime versée »²⁰⁹. Les contrats de capitalisation suivent la dévolution *ab intestat* et peuvent faire l'objet de libéralités ordinaires.

32. En présence de « véritables » contrats d'assurance-vie, le capital versé au bénéficiaire étant réputé par la loi hors succession, ces sommes ne sont soumises ni au rapport, ni à la réduction. L'article L. 132-12 du Code des assurances dispose en effet que « le capital ou la rente stipulés payables lors du décès de l'assuré à un bénéficiaire déterminé ou à ses héritiers ne font pas partie de la succession de l'assuré ». Réciproquement, le bénéficiaire d'un contrat d'assurance-vie par ailleurs héritier peut valablement accepter le capital assuré nonobstant sa renonciation à succession²¹⁰ et inversement.

L'ignorance réciproque de l'assurance-vie et du droit des successions en fait un instrument idéal d'exhérédation²¹¹ : elle permet de transmettre à un tiers, qui plus est à un coût fiscal très intéressant²¹², des capitaux hors succession. L'aléa inhérent à l'assurance-vie, doublé de la rétroactivité de l'attribution du capital assuré²¹³ permet d'exclure à coup sûr ce capital de la succession du souscripteur. Pourtant – et en raison du traitement successoral particulier de l'assurance-vie – celle-ci concentre depuis quelques années les plus vives critiques de la doctrine²¹⁴.

²⁰⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 23 octobre 2008, pourvoi 07-19.550, D. 2008 p. 1314 note F. DOUET. Cette faculté de solliciter la requalification appartient également à l'Administration fiscale : l'état de santé du souscripteur assuré, la proximité entre la souscription et le décès, l'absence d'aléa au moment de la souscription du contrat, rendant illusoire la faculté de rachat offerte au souscripteur assuré et caractérisant le dépouillement actuel et irrévocable au profit du donataire, autorisent la requalification en donation (Cass. com., 26 octobre 2010, pourvoi 09-70.927, RJF 2/11 n° 245)

²¹⁰ Art. L. 132-8 C. ass.

²¹¹ H. LECUYER, « Assurance vie et droit des successions : dyarchie ou symbiose ? » AJ Famille 2007 p. 414

²¹² Surtout entre non parents : la fiscalité de l'assurance-vie est une autre raison du succès de ce placement. : art. 990 I et 757 B CGI

²¹³ Art. L. 132-12 C. ass.

²¹⁴ V. not. A DEPONDT, « Assurance-vie : les incohérences du droit positif », JCP N, 9 Avril 2010, 1167 et JCP N, 16 Avril 2010, 1173, L. AYNES, « Des arrêts politiques », *op. cit.*, et les références cités.

33. Par exception et pour lutter contre les effets néfastes de l'assurance-vie, l'article 132-13 du Code des assurances, issu de la loi du 13 juillet 1930, permet de requalifier en libéralité pour les soumettre aux règles du rapport et de la réduction les primes manifestement exagérées.

La jurisprudence n'ayant jamais fixé de seuil précis à partir duquel une prime est considérée comme manifestement exagérée, l'appréciation de ces divers critères posés par la jurisprudence depuis de nombreuses années s'apprécie au cas par cas, et les juges du fond disposent ici d'une appréciation souveraine²¹⁵. Néanmoins, malgré la finalité successorale de ce texte, la jurisprudence, afin de déterminer si tout ou partie des primes versées sont ou non manifestement exagérées, rappelle de manière constante que le simple fait que ces primes représentent une part importante de la succession, voire dépassent la quotité disponible, n'est pas suffisant pour retenir cette qualification. La Cour de cassation a progressivement établi une liste – indicative et non exhaustive – des éléments nécessaires pour déterminer si les primes versées sont ou non manifestement exagérées. Des indices tels que l'âge du souscripteur au moment du versement des primes²¹⁶ et sa situation patrimoniale à cette époque, l'utilité du contrat pour le souscripteur²¹⁷, le montant et l'importance des primes, voire leur origine²¹⁸, permettent aux juges de caractériser ou non l'exagération.

Pour déterminer si les primes sont ou non manifestement exagérées, l'article L.132-13 du Code des assurances n'imposant aucune procédure judiciaire (même si celle-ci est fréquente en pratique), ce caractère exagéré peut être retenu soit par le juge éventuellement saisi, soit par un accord amiable entre les héritiers et les bénéficiaires,

²¹⁵ Voir sur ce thème, parmi une très abondante littérature : G. COURTIEU, « Que sont les primes manifestement exagérées ? », *Resp. civ. et assur.* 2003, chron. 2 ; S. PRIGENT, « Le traitement des primes manifestement exagérées », *JCP N* 2006, p.1177

²¹⁶ Et non au jour du décès : voir spécialement, parmi une jurisprudence particulièrement abondante : Cass. civ. 2^e, 10 juillet 2008, pourvoi 07-14.098, *RJPF* 2008-11/31 obs. F-J. PANSIER, 17 juin 2009, pourvoi 08-17.040, 17 septembre 2009, pourvoi 08-17.040, *RGDA* 2009 p. 1227 obs. L. MAYAUX ; Cass. civ. 1^{ère}, 4 juin 2009, pourvoi 08-15.050, *RGDA* 2009 p. 1227 note L. MAYAUX.

²¹⁷ Selon qu'il existe ou non une faculté de rachat.

²¹⁸ Le simple fait de verser, sur un contrat d'assurance-vie, une somme provenant de la vente d'un bien n'est pas suffisant, à lui seul, pour constituer une prime manifestement exagérée (Cass. civ. 2^e, 4 juillet 2007, pourvoi 06.14.048, *Dr. Fam.* septembre 2007 comm. 176 note V. NICOLAS). Néanmoins, le emploi d'une somme importante par rapport au reste du patrimoine est un indice très important.

par exemple, par une transaction entre les héritiers visant à éteindre le contentieux naissant.

Dans les deux cas, à supposer le caractère manifestement exagéré des primes caractérisé, il convient de traiter ces primes comme des libéralités consenties par le défunt, éventuellement rapportables ou réductibles. A ce titre, la tendance majoritaire²¹⁹ est de considérer que les primes excessives doivent être considérées comme des donations indirectes et, s'agissant du rapport et de la réduction²²⁰, soumise au régime juridique propre à ce type de libéralités. En effet, même si le capital ne peut être versé aux bénéficiaires qu'après le décès du souscripteur, le dessaisissement de la défunte s'est opéré bien avant, au moment du versement des primes²²¹.

En présence d'un contrat d'assurance-vie, les héritiers disposent de deux voies de droit leur permettant de revendiquer une protection de leurs droits héréditaires. Soit ils prouvent que la proximité du décès, surtout si celui-ci était prévisible à très court terme, équivaut à l'absence d'aléa : c'est alors tout le contrat qui constituera une donation soumise à la réduction des libéralités ordinaires. Il appartient alors aux héritiers de prouver l'existence de l'intention libérale, mais celle-ci se déduira le plus souvent des circonstances de l'espèce. Soit le contrat contient bien un aléa et il faudra alors aux héritiers prouver que les primes sont manifestement exagérées eu égard aux critères ci-dessus énoncés pour parvenir à requalifier les primes en donations indirectes, également réductibles comme toute libéralité ordinaire. La Cour de cassation n'exige pas la preuve de l'intention libérale, même si l'exagération elle-même laisse penser que le souscripteur avait la volonté d'avantager le bénéficiaire.

²¹⁹ 108^e Congrès des Notaires, *La transmission*, Montpellier, 2012, spéc. n° 1200

²²⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 3 novembre 2011, pourvoi 10.21-760 : en l'espèce, a été censurée une cour d'appel qui avait imposé au bénéficiaire le versement d'une somme correspondant à une prime manifestement exagérée au regard des facultés du souscripteur, sans rechercher si la libéralité ainsi consentie avait porté atteinte à la réserve héréditaire de l'héritier.

²²¹ Question A.N. n° 49208, *Marcus*, JOAN 06 juillet 1992, p. 3050

B - L'exclusion par la mutation

La mutation permet le transfert à un tiers de droits sans contrepartie et sans que l'acte ne constitue, par nature une libéralité. Terme traditionnellement utilisé en droit d'enregistrement, il permet de qualifier ces transferts de droits réels à mi-chemin entre la gratuité et l'onérosité. En abandonnant certains biens, le disposant tente d'échapper au régime des libéralités, sans pour autant prétendre recevoir de contrepartie financière.

1 - La renonciation

34. Ne sont pas en principe des donations les renonciations, actes purement abdicatifs²²². Le défunt peut « vider » son patrimoine en renonçant à des droits qu'il possède avec ou contre un tiers. L'absence de « cible » déterminée par la volonté du renonçant en fait un instrument purement abdicatif et non translatif. La renonciation peut être motivée par des motifs propres au renonçant²²³, notamment lorsque le droit abandonné générerait de lourdes charges que le renonçant estimait ne plus pouvoir assumer. Toutefois, il est toujours possible de prouver par tous moyens, l'existence d'une intention libérale guidant le disposant ; la renonciation sera alors considérée comme une donation²²⁴.

Telle est le cas notamment de la remise de dette, renonciation à un droit de créance, pouvant être requalifiée en donation déguisée²²⁵. Autre exemple, en cas de renonciation par un héritier à sa vocation légale ou à une libéralité à cause de mort, c'est

²²² Y. SEILLAN, « L'acte abdicatif », RTDCiv. 1966. 686 ; Cass. civ. 1^{ère}, 16 mars 1999, pourvoi 97-1349, Dr. fam. 1999, comm. 71, note B. BEIGNIER : « la renonciation à un droit faite sans intention de gratifier celui qui en bénéficie ne constitue donc pas une donation ».

²²³ 108^e Congrès des Notaires, *La transmission*, Montpellier, 2012, spéc. n° 1216

²²⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 22 décembre 1959, Bull. Civ. 1959, I, n° 554 ; Cass. civ. 1^{ère}, 24 février 1976, Bull. Civ. 1976, I, n° 80

²²⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 30 mai 1973, pourvoi 72-11.746, Bull. Civ. I n° 188, Defrénois 1974, art. 30499, note A. BRETON

la dévolution légale qui retrouve toute son emprise²²⁶. Néanmoins, lorsque la renonciation est faite avec l'intention de gratifier un tiers ou même l'héritier de rang subséquent, elle constitue une libéralité²²⁷. La renonciation translatrice, qui constitue en réalité une acceptation suivie d'une donation²²⁸, est d'autant plus marquée qu'elle ne profite qu'à certains héritiers de rang subséquent ou à des tiers. Elle pourrait également viser la totalité des héritiers, mais la cause de la renonciation, intention libérale ou simple abandon de droits, n'en sera que plus difficile à prouver.

Enfin, la renonciation à usufruit permet l'extinction de celui-ci au profit du nu-propriétaire. Cette extinction, qui met fin au droit viager, n'entraîne aucun déplacement de propriété au profit du nu-propriétaire, qui reconstitue simplement sur sa tête la propriété pleine et entière, en application de l'article 617 du Code civil. Pourtant, tant civilement que fiscalement²²⁹, il est possible de voir dans cette renonciation une donation, par accroissement anticipée des droits du nu-propriétaire.

2 - L'apport à association

35. Contrairement à l'apport à société qui donne vocation à recevoir un certain nombre de parts en contrepartie, l'apport à association²³⁰ n'offre à l'apporteur aucune équivalence patrimoniale, tout au plus la qualité de membre de l'association bénéficiaire. Pour la jurisprudence, « l'apporteur reçoit un avantage moral et une considération sociale du milieu dans lequel il aime à vivre, qui compense pour lui l'abandon provisoire du bien apporté [...] l'apport effectué donne à l'apporteur un poids

²²⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} juillet 2003, pourvoi 01-00.373, Bull. Civ. I, no 156, JCP N 2004 p. 1079, note J.-G. MAHINGA

²²⁷ Art. 783 C. civ.

²²⁸ Donc une double mutation taxable...

²²⁹ La renonciation pouvant constituer une mutation taxable : A. CHAPPERT, « Enregistrement : importance de la preuve de l'intention libérale pour la taxation de la renonciation à usufruit », Defrénois, 15 septembre 2002, art. 37590 ; T. TARROUX, « La renonciation à usufruit : aspects fiscaux », Droit fiscal, 17 Juillet 2008, 412 ; Cass. com., 21 juin 2011, pourvoi 10-20.461, RFN, Janvier 2012, comm. 5

²³⁰ F. SAUVAGE, « De quelques modalités destinées à faciliter les transferts de propriété d'immeubles entre associations », JCP N Juin 1990, p. 1425

particulier dans l'association et le droit moral de faire prévaloir son point de vue dans l'accomplissement des fins que celle-ci se propose »²³¹.

Malgré les critiques de la doctrine²³² qui, à juste titre, peine à distinguer intention libérale et intérêt moral guidant l'apport à association, elle reste une technique certes rare en pratique mais efficace d'exhérédation. Il appartiendra en effet aux héritiers de prouver qu'au-delà de l'intérêt moral que suppose l'apport à association, celui-ci dissimule en réalité une véritable libéralité : lourde tâche que celle qui revient à distinguer les deux notions !

L'apport à association ne saurait se confondre avec la fiducie²³³, qui est un apport provisoire à un tiers, réalisant essentiellement un transfert de pouvoirs à un tiers : introduite dans le Code civil par la loi du 19 février 2007, elle est définie comme « l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires »²³⁴. Bien qu'ayant l'apparence d'un transfert de propriété, la fiducie constitue en réalité un patrimoine d'affectation, dans l'intérêt du bénéficiaire, qui n'en devient pas propriétaire. Elle ne peut être utilisée à fin de libéralité, l'article 2013 du Code civil disposant que « le contrat de fiducie est nul s'il procède d'une intention libérale au profit du bénéficiaire »²³⁵. L'apport à association, quant à lui, réalise un véritable transfert de propriété, à titre gratuit, onéreux ou neutre.

²³¹ CA Lyon, 8 juin 1971 ; D 1971, p. 555, note CHAVRIER ; Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} mars 1988 : JCP G 1989 II 241, note BEHAR-TOUCHAIS

²³² 108^e Congrès des Notaires, *La transmission*, Montpellier, 2012, spéc. n° 1115

²³³ V. not, parmi une très abondante littérature : C. WITZ, « La fiducie en droit privé français », *Economica*, 1981 ; M. Grimaldi, « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », *Defrénois* 1991, art. 35085 et 35094 ; R. LIBCHABER, « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », *Defrénois* 2007, art. 38631 et 38639 ; Ph. DUPICHOT, « Opération fiducie sur le sol français », *JCP G* 2007.I.121 ; E BARRIERE, « La fiducie. Commentaire de la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 », *Bull. Joly* 2007, p. 440 et p. 555 ; M. GRIMALDI et R. DAMMANN, « La fiducie sur ordonnances », *D.* 2009 p.670

²³⁴ Art. 2011 et s. C. civ.

²³⁵ Cette prohibition est en outre sanctionnée fiscalement : articles 792 bis et 1792 CGI

36. L'adoption du régime matrimonial ou sa modification par les époux peuvent-ils entraîner privation pour leurs héritiers de leurs droits successoraux ? La réponse est indéniablement positive : une répartition différente du patrimoine des époux modifie par ricochet la consistance de leur succession. Pourtant, force est de constater que les restrictions en la matière sont particulièrement ténues. Le choix du régime matrimonial et des clauses accessoires est par principe libre. Les modèles proposés par le Code civil sont par nature licites et réputés ne pas porter atteinte aux droits des époux ou des tiers. Si le couple a la faculté de s'écarter des standards proposés par le législateur, les restrictions apportées à leur liberté de choix sont bien minimales. Il est vrai que les articles 1387 et 1388 du Code civil prohibent les stipulations contraires aux bonnes mœurs et aux obligations découlant du mariage, mais il ne s'agit ici que de l'application des principes généraux du droit.

Ainsi, la restriction voire l'annihilation de leur propre faculté de transmettre à titre gratuit sont prohibées : les époux ne peuvent s'interdire de disposer, entre vifs ou à cause de mort²³⁶. Ils ne peuvent également modifier l'ordre légal des successions par contrat de mariage²³⁷. Cette règle n'est ni exceptionnelles ni dérogoire : elle est une application particulière du principe de prohibition des pactes sur succession future. Le *de cuius*, marié ou non, ne peut disposer de sa succession comme il l'entend et en particulier ne peut s'interdire de transmettre de manière irrévocable.

Ils peuvent cependant valablement procéder à des partages inégaux de communauté, afin de favoriser l'un d'entre eux. A ce titre, la technique la plus fréquente en pratique est celle de l'adoption de la communauté universelle avec attribution intégrale au survivant. En apportant à la communauté tous les biens propres des époux et en attribuant celle-ci, à titre de partage inégalitaire, au survivant d'eux, les époux

²³⁶ Cass. req., 31 juillet 1809, S. 1809, 1, p. 408

²³⁷ Art. 1389 C. civ. ; v. par ex. CA Bordeaux, 18 août 1864, *Delignac*, S. 1865.2.15 : le contrat de mariage prévoyait l'attribution des acquêts de communauté uniquement aux enfants à naître du mariage. La clause a été censurée comme constituant une donation à cause de mort prohibée.

réalisent à la fois une habile²³⁸ transmission au conjoint survivant mais, également, par ricochet, une privation des droits des héritiers du prémourant.

37. Toutefois, ces principes connaissent la limite notable que constitue la théorie des avantages matrimoniaux. Notion controversée, dont la nature juridique est source de grandes discussions doctrinales²³⁹, les avantages matrimoniaux permettent de transmettre au survivant tout ou partie des éléments patrimoniaux du couple. Pratiquement, la notion ne se conçoit que pour la communauté conventionnelle, par application de l'article 1527 alinéa 2 du Code civil, voire pour la participation aux acquêts²⁴⁰.

En tant que telles, les dérogations licites aux régimes proposés par le Code civil ne constituent pas des libéralités, et ne sont pas sources directes d'exhérédation. De même, le simple fonctionnement du régime matrimonial, et en particulier du régime légal, ne permet pas intrinsèquement d'y voir une quelconque volonté à finalité successorale. L'adoption et le fonctionnement du régime choisi par les époux ou imposé par la loi sont des actes non causés, hors de la classification des actes à titre gratuit ou onéreux. Pourtant on sent poindre l'exhérédation, par le choix du régime initial mais aussi et surtout par le changement.

²³⁸ Ne constituant pas une libéralité, la transmission de la communauté universelle au survivant est exempte de droits de mutation à titre gratuit, technique particulièrement intéressante tant que le conjoint survivant n'était pas exonéré.

²³⁹ V. notamment, parmi une abondante littérature : F. LUCET, *Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux*, Thèse Paris-II, 1987, spéc. p. 752 ; A. TISSERAND-MARTIN, « Réflexions autour de la notion d'avantage matrimonial », in *Études offertes à Jacques Béguin, Droit et actualité*, Litec, 2005, p. 753 ; B. BEIGNIER, « Qu'est-ce qu'un avantage matrimonial ? », in *Études à la mémoire du Professeur Bruno Oppetit*, Litec, 2009, p. 33 ; J-Cl. Civil Code, « Art. 1527 », fasc. unique, 2003, par M. STORCK ; M. GRIMALDI, « L'avantage matrimonial : remarques d'ordre pratique sur la communauté universelle », JCP N 1999, p. 1083 ; C. SAUJOT, « Les avantages matrimoniaux (Notion, Nature juridique) », RTDCiv. 1979 p. 699 ; E. ROUSSEAU, « De l'existence du critère fondamental de l'avantage matrimonial », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois*, Defrénois, 2012, p. 711 ; J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux*, Armand Colin, 2003, n° 728

²⁴⁰ G. CORNU, *Régimes matrimoniaux*, PUF, 1997, p. 851 ; M. STORCK, « Avantages matrimoniaux et régime de participation aux acquêts », JCP N 1981 I 355 ; Ph. SIMLER, « Participation aux acquêts et avantages matrimoniaux », JCP N 1989 I prat. 1 ; J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *Les régimes matrimoniaux, op cit.*, n° 718 ; J-Cl. Civil Code, « Art. 1527 », *ibid.*

La question est plus controversée s'agissant du régime de séparation de biens : J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *ibid.*, et les références citées.

Le déplacement de propriété ou de jouissance des biens résultant de l'adoption d'une convention de mariage ou sa modification entraîne le transfert du patrimoine d'un époux vers celui de son conjoint, sans contrepartie financière, caractérisant par là-même deux des trois éléments fondamentaux des libéralités, appauvrissement et enrichissement sans contrepartie.

38. La nécessité de passer par un changement organisé, afin de protéger à la fois les créanciers mais également et surtout la famille des époux, a été imposé par la loi n°65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux, loi qui a établi la mutabilité – contrôlée – du régime matrimonial²⁴¹. Jusqu'au 1^{er} janvier 2007, date d'entrée en vigueur de la loi du 23 juin 2006, les époux ne pouvaient, sans contrôle judiciaire, utiliser leur régime matrimonial pour avantager le conjoint par rapport aux héritiers. Le changement de qualification des biens du couple – de propre à commun, ou inversement – était prohibé comme portant atteinte à l'immutabilité du régime matrimonial²⁴².

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 23 juin 2006, le changement de régime matrimonial n'est plus systématiquement soumis à un contrôle judiciaire ; il ne l'est que par exception lorsque, dûment avertis²⁴³, les descendants de l'un ou l'autre conjoint ou les créanciers des époux s'opposent à l'adoption du régime modifié ou en présence d'enfants mineurs. Le contrôle par le juge retrouve alors toute son emprise et, à l'instar de la faculté qui lui été autrefois ouverte, peut refuser d'homologuer le changement.

Les recours offerts aux héritiers présomptifs contre le changement opéré sont relativement restreints. Antérieurement à la réforme de 2006, la voie de la tierce opposition, ouverte aux créanciers des époux par les articles 1397 alinéa 6 du Code civil et 1298 du Code de procédure civile dans leur rédaction alors en vigueur, était

²⁴¹ N. PÉTRONI-MAUDIÈRE, *Le déclin du principe de l'immutabilité des régimes matrimoniaux*, préf. B. VAREILLE, PULIM, 2004

²⁴² Art. 1396 al. 3 C. civ.

²⁴³ Notons que l'homologation est obligatoire lorsque l'un ou l'autre époux a des enfants mineurs : art. 1397 al. 5 C. civ.

considérée comme fermée aux héritiers, légaux ou testamentaires²⁴⁴. La solution devrait être la même aujourd'hui et ce d'autant que la tierce opposition semble à son tour fermée aux héritiers²⁴⁵. Cette restriction n'en reste pas moins contestable. Si les enfants des époux ont la faculté de s'opposer au changement, tel n'est pas le cas des autres héritiers présomptifs, en particulier des père et mère des époux. Or, ceux-ci peuvent avoir intérêt à s'opposer à une modification portant atteinte à leurs droits d'ordre public²⁴⁶.

Afin d'assurer la préservation des droits des héritiers, la Cour de cassation leur a cependant ouvert l'action en nullité de la convention de changement de régime matrimonial homologuée pour cause de fraude²⁴⁷. La Cour de cassation admet en effet que la convention modificative demeure un contrat malgré l'homologation : le contrôle judiciaire ne purge pas le contrat de tous ses vices, contrairement aux règles gouvernant habituellement les conventions homologuées²⁴⁸. L'ancien adage « voies de nullité n'ont lieu contre les jugements », repris par l'article 460 du Code de procédure civile, prohibe par principe toute sanction d'un jugement exercée par une voie autre que les voies de recours prévues par la loi. L'ouverture de la voie de nullité est donc une exception notable, justifiée, pour la Cour de cassation, par le caractère essentiellement contractuel du changement de régime matrimonial. De manière plus pragmatique, c'est sans doute l'impossibilité – alors en vigueur – pour les enfants naturels de recourir à l'action en

²⁴⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 9 juillet 1991, Bull. Civ. I, n° 238, D. 1991 IR 210, Defrénois 1991, art. 35151, n° 123, obs. G. CHAMPENOIS ; Cass. civ. 1^{ère}, 22 octobre 1991, Bull. Civ. I, n° 279 ; Defrénois 1991, art. 35151, n° 124, obs. CHAMPENOIS

²⁴⁵ La doctrine considère en effet que les créanciers opposants au changement ne peuvent prétendre en sus à la tierce opposition. Seuls les créanciers non opposants disposent en outre de l'action paulienne (art. 1397 al. 9 C. civ.) : B. BEIGNIER, J. COMBRET et É. FRÉMONT, « Le changement de régime matrimonial depuis le 1er janvier 2007 – Questions diverses. Éléments de réponse », JCP N, 27 Avril 2007, p. 1163

²⁴⁶ Cf. *infra* n° 78

²⁴⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 14 janvier 1997, Bull. Civ. I n° 20, Gaz. Pal. 1998.2.794, note E. DU RUSQUEC, D. 1997 J 273, Rapp. X. SAVATIER, JCP 1997 II 22912, note E. PAILLET, Defrénois, 1997. 420, note G. CHAMPENOIS ; JCP 1997 I n° 4047, n° 12, obs. G. WIEDERKEHR, RTDCiv. 1997, p. 985, obs. B. VAREILLE, Dr. et patrimoine, mars 1997, p. 63, obs. A. BÉNABENT

²⁴⁸ Pour un jugement de divorce : « après son homologation par le jugement prononçant le divorce, la convention définitive revêt la même force exécutoire qu'une décision de justice et ne peut être attaquée que par les voies de recours ouvertes par la loi dans lesquelles n'entre pas l'action paulienne de l'art. 1167 c. civ. » (Cass. civ. 2e, 25 novembre 1999, pourvoi 97-16.488, RTDCiv. 2000. 89, obs. J. HAUSER. V. également Cass. civ. 1^{ère}, 23 novembre 2011, pourvoi 10-26.802, Defrénois, 15 avril 2012, p. 358 note Y. OULD AKLOUCHE, à propos d'une convention de divorce homologuée.

retranchement et la restriction de la tierce opposition aux seuls créanciers qui a fondé cette solution.

S'agissant de l'exhérédation par changement de régime matrimonial, cette jurisprudence désormais bien assise permet une affirmation : un héritier n'est pas un créancier. Il ne s'agit nullement d'une surprise : tant que la succession n'est pas ouverte, l'héritier présomptif, fût-il réservataire, n'est rien. Il ne détient aucun droit de créance contre son auteur²⁴⁹. Tout au plus pourra-t-il prétendre, une fois la succession ouverte, exercer les droits et actions offerts²⁵⁰ par la loi au *de cuius*, à condition naturellement que la prescription ne soit pas acquise. Pourtant, les héritiers les plus proches restent des personnes à protéger spécialement : ce hiatus entre le peu d'actions offertes par la loi aux héritiers et besoin de protection contre les changements de régime matrimonial intempestifs qui incite à la réflexion.

Si l'intérêt de la famille doit guider les époux dans le choix de leur régime matrimonial ou des clauses particulières qui s'y rapportent, celui-ci ne se confond pas nécessairement avec celui des membres de la famille des époux, héritiers potentiels. L'intérêt de la famille, notion-cadre par excellence, doit guider les époux dans leurs choix et leur servir d'étalon. Il est également l'intérêt qui s'oppose à celui, individuel, du couple. Depuis 1976²⁵¹, une lente libéralisation de l'intérêt de la famille semble se profiler : si l'intérêt de la famille ne se résume pas à l'intérêt des seuls époux²⁵², l'intérêt individuel des membres de la famille n'est que faiblement pris en compte.

Le juge n'est d'ailleurs pas requis de solliciter l'accord des enfants, ceux-ci ne disposant pas par ailleurs de la tierce opposition, pourtant ouverte aux tiers²⁵³.

²⁴⁹ Cf. *infra*

²⁵⁰ Pour une demande en révision du jugement : Cass. civ. 1^{ère}, 5 janvier 1999, pourvoi 96-22914, D. 1999. 242, note J. THIERRY, RTDCiv. 2000 p. 151 note B. VAREILLE. Un des époux étant décédé peu de temps après l'homologation de la convention, les enfants du couple ont sollicité la révision du jugement pour fraude, l'époux ayant caché l'existence d'un enfant naturel.

²⁵¹ Cass. civ. 1^{ère}, 6 janvier 1976, *Alessandri*, GAJC n° 90, Defrénois 1976, art. 31122, p. 787, note A. PONSARD ; JCP 1976 II 18461 note J. PATARIN ; RTDCiv 1976 p. 537 obs. NERSON ; Journ. Not., 1976 p. 118 note J. VIATTE, D 1976 p. 253 note A. PONSARD

²⁵² *Contra* M. HENRY, « L'intérêt de la famille réduit à l'intérêt des époux », D 1979 Chr. 79

²⁵³ Cass. civ. 1^{ère}, 24 novembre 1993, Bull. Civ. I 342, D. 1994. 342, rapp. THIERRY, RTDCiv. 1995. 674, obs. B. VAREILLE

Le seul fait qu'un membre de la famille ait été lésé ou que la modification soit préjudiciable sur le plan successoral pour l'héritier réservataire ne suffit pas à justifier le refus de l'homologation. En particulier, le simple retard dans l'octroi de la réserve²⁵⁴, dans le droit de l'héritier réservataire à la réalisation de sa vocation successorale, n'est pas suffisant pour constituer l'intérêt supérieur permettant de s'opposer au changement de régime matrimonial. En revanche, lorsque la modification envisagée est de nature à supprimer ou réduire toute vocation successorale et ainsi léser les droits d'ordre public d'un héritier réservataire, l'intérêt de cet héritier lui permet de s'opposer au changement envisagé.

L'ensemble de ces règles jurisprudentielles amène deux remarques. D'une part, les héritiers non réservataires ne sont pas protégés. N'ayant pas de droit d'ordre public à faire valoir, leur intérêt semble bien ignoré. Un bémol cependant : depuis l'entrée en vigueur de la loi du 23 juin 2006, les ascendants ont perdu leur droit à réserve mais disposent en contrepartie d'un droit de retour légal, prévu par l'article 738-2 du Code civil, sur les biens antérieurement donnés au *de cuius*. Ce droit est jugé par la doctrine majoritaire²⁵⁵ comme d'ordre public, le texte prévoyant par ailleurs un retour en valeur dans l'hypothèse où celui-ci ne se retrouverait pas en nature dans la succession. Or, les ascendants ne disposent pas de l'action en retranchement : ne pourraient-ils invoquer la fraude pour s'opposer au changement de régime de l'enfant donateur ?²⁵⁶

D'autre part, la fraude suppose la privation effective et non potentielle des droits successoraux : la faculté laissée aux héritiers réservataires de solliciter le retranchement est jugé suffisant pour protéger les droits des héritiers concernés. La récente extension de l'action à tous leurs descendants, issus ou non des époux et bénéficiant ou non d'une filiation légitime, limitera grandement les risques de nullité de la convention pour fraude

²⁵⁴ Dont le calcul et le paiement peuvent par exemple être repoussés au décès du conjoint survivant

²⁵⁵ Se basant à la fois sur la lettre (le droit de retour jouant « dans tous les cas ») et sur l'esprit du texte (conçu comme un substitut à la réserve des ascendants) ; CATALA, J.-Cl. Civil, Art. 756 à 767, fasc. 10, spéc. n° 81

²⁵⁶ Cf. infra n° 105

aux droits des héritiers : le retranchement sera une voie plus, sûre, même si plus limitée²⁵⁷. La protection des descendants cède le pas devant l'impératif de sécurité juridique.

Les facultés d'exhérédation des enfants, spécifiquement des enfants d'une première union, se multiplient ainsi : il faut mais il suffit que le descendant dispose de la faculté d'exercer l'action en retranchement pour que l'opération soit valide. Les juges étaient ainsi autrefois fort logiquement plus sévères pour apprécier l'intérêt de la famille en présence d'enfants non issus des deux époux²⁵⁸. Rappelons à ce titre que les enfants naturels simples et adultérins n'ont pu bénéficier de l'action en retranchement qu'en 2001²⁵⁹. L'action est désormais ouverte, depuis l'entrée en vigueur de la loi du décembre 2001 et rétroactivement²⁶⁰ pour les successions antérieurement ouvertes qui n'auraient pas été liquidées et partagées, aux enfants qui ne sont pas issus des deux époux.

L'automatisme de l'action en retranchement remplace désormais l'aléa de l'appréciation souveraine des juges chargés de l'homologation du changement de régime : dès lors qu'un héritier se prétend réservataire et n'est pas issu des deux époux, l'action en retranchement lui est ouverte et ses droits à réserve préservés. A une

²⁵⁷ Alors que la nullité permet d'anéantir totalement, après saisine du juge, l'acte en cause, le retranchement, qui ne nécessite pas forcément d'intervention judiciaire, permet aux héritiers de reconstituer uniquement leur part de réserve.

²⁵⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 8 juin 1982, D. 1983, p. 19, note M. BEAUBRUN ; JCP G 1983 II 20018, note HENRY ; Defrénois 1982, art. 32944 obs. G. CHAMPENOIS ; Cass. civ. 1^{ère}, 9 mars 1983, Bull. Civ. 1983 I n° 94D. 1984, p. 273, note E. PRIEUR. Dans les deux espèces, les juges ont refusé d'homologuer le changement de régime matrimonial : les enfants naturels ne disposant pas de l'action en retranchement, leurs droits héréditaires ne pouvaient être efficacement garantis.

²⁵⁹ Plus précisément, la loi du 3 décembre 2001 a accompagné une évolution doctrinale et jurisprudentielle qui a progressivement étendu la catégorie des enfants admis à demander l'exercice de l'action en retranchement. Aux enfants issus d'un premier mariage légitime ont progressivement été assimilés les enfants naturels simples (Cass. civ. 1^{ère}, 29 janvier 2002, pourvoi 99-21.134, 99-21.135, Bull. Civ. 2002 I n° 32 ; D. 2002, p. 1938, note DEVERS ; Dr. famille 2002, comm. 45, obs. B. BEIGNIER ; RJPF 2002-5/24, note J. CASEY ; RTDCiv. 2002, p. 278, obs. J. HAUSER ; ibid. 347, obs. B. VAREILLE ; ibid. 865, obs. J.-P. MARGUÉNAUD) et les enfants naturels adultérins (sous l'influence de l'arrêt *Mazurek*, rendu par la Cour Européenne des Droits de l'Homme le 1^{er} février 2001. V. sur cet arrêt, parmi une très abondante littérature : GAJC, n° 99 ; RTDCiv. 2000, p. 429, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; D. 2000 p. 332, note J. THIERRY ; JCP 2000 II 10286 note A. GOUTTENOIRE-CORNUT et F. SUDRE ; Defrénois 2000 p. 654 obs. J. MASSIP ; Dr. fam. 2000, no 33, note P. de LAMY)

²⁶⁰ Art. 25 II L. 2001-1135 du 3 décembre 2001. Sur les difficultés soulevées par applications de ce texte, v. P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « Réforme des successions. Examen d'une difficulté de droit transitoire : l'action en retranchement », Defrénois 2002, p. 153

époque où l'action en retranchement était fermée aux enfants naturels, ceux-ci ne pouvaient compter que sur l'appréciation souveraine, par les juges, de l'intérêt de la famille devant les guider dans l'homologation ou non du changement de régime.

S'agissant des enfants nés des deux membres du couple²⁶¹, le retranchement leur est par principe interdit. Ces héritiers doivent attendre le décès du conjoint survivant pour non pas réclamer leur part de réserve dans la succession du prémourant, souvent vidée par l'avantage matrimonial, mais se partager la succession du survivant, en ce compris les biens reçus par celui-ci au titre de l'avantage matrimonial et qu'il aurait conservés. Une jurisprudence ancienne²⁶² semble pourtant admettre qu'en présence d'enfants d'un premier lit, les enfants communs puissent profiter du retranchement initié par ces derniers. Très protectrice des enfants communs, cette jurisprudence n'en est pas moins contestable. Est instaurée une différence injustifiable entre les enfants communs, selon qu'ils sont ou non en présence d'enfants non issus des deux époux. Par ailleurs, une confusion est opérée entre liquidation de la succession et exercice du retranchement : s'il est naturel que la succession soit liquidée en fonction du nombre total de descendants, quelle que soit leur filiation, seuls les enfants non issus du couple peuvent exercer l'action leur permettant de revendiquer le paiement de leur part de réserve. L'inégalité instaurée par l'article 1527 du Code civil entre enfants issus ou non du couple est fondée sur leur inégalité successorale de fait : n'étant pas héritiers du conjoint survivant, les enfants d'un premier lit du prémourant doivent disposer d'une action leur permettant de revendiquer leur réserve successorale dès le premier décès. Les enfants communs subissent certes les aléas de la gestion de son patrimoine par le conjoint survivant, ne recueillant au mieux que les miettes de ce que celui-ci n'a pas dépensé, mais telle est la nature des avantages matrimoniaux. L'action en retranchement n'étant qu'une exception au principe selon lequel les stipulations d'un contrat de mariage ne constituent pas des libéralités, étendre ces exceptions outre

²⁶¹ Enfants biologiques ou adoptés, dès lors qu'un lien de filiation est établi avec les deux membres du couple, l'enfant est considéré comme commun : Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 2006, pourvoi 03-14.884, Bull. Civ. 2006 I n° 295 ; JCP G 2007 I 142 n° 25, obs. A. TISSERAND-MARTIN ; Dr. famille 2007 comm. 44, P. MURAT ; Defrénois 2006, p. 1578, note B. VAREILLE et p. 1614, obs. G. CHAMPENOIS ; RTDCiv. 2006, p. 749, obs. J. HAUSER ; Cass. civ. 1^{ère}, 11 février 2009, n° 07-21.421 ; Dr. famille 2009, comm. 44, note J.-D. BASCUGNANA.

²⁶² CA Bourges, 28 décembre 1891, DP 1893.2.169

mesure contredirait la finalité même du texte. S'il est vrai que les enfants communs se trouvent dans une situation finalement moins favorable que les enfants non issus des époux, ils disposent au moins de l'espérance de recueillir tout ou partie de la succession du conjoint survivant, contrairement aux enfants du premier lit dont les droits sont définitivement figés au premier décès.

Au surplus, les règles propres au calcul du retranchement limitent considérablement l'efficacité de l'action. Le retranchement est en effet globalement apprécié : ce n'est pas chaque stipulation du contrat de mariage qui constitue un avantage matrimonial retranchable, mais le résultat final de la liquidation. Plus précisément, c'est la comparaison entre ce que reçoit effectivement le conjoint survivant grâce au régime choisi par les époux et ce qu'il aurait reçu en application du régime légal de la communauté réduite aux acquêts qui permet de déterminer l'enrichissement du conjoint survivant et donc l'avantage requalifié en libéralité soumis au retranchement²⁶³. Deux enseignements en résultent : d'une part, l'avantage matrimonial est donc pour le conjoint survivant un enrichissement en valeur et non en nature. Est ainsi indirectement réglée la question autrefois débattue de la nature de la sanction d'un dépassement de la quotité disponible spéciale : le retranchement ne peut être sanctionné qu'en valeur²⁶⁴.

D'autre part et surtout, le montage est imparable : un changement de régime matrimonial pour adopter la séparation de biens, suivi d'un partage attribuant des biens

²⁶³ Sur cette double liquidation, v. notamment M. GRIMALDI, « L'avantage matrimonial : remarques d'ordre pratique sur la communauté universelle », JCP N 1999 p. 1083 ; J. FLOUR et G. CHAMPENOIS, *op. cit.*, n° 724 ; C. BRENNER, « Notion et évaluation des avantages matrimoniaux », Actes pratiques et stratégie patrimoniale, avril juin 2008, p. 51, n° 31

²⁶⁴ L'action en retranchement étant une variété d'action en réduction, la question est aujourd'hui réglée avec certitude par les articles 924 et 924-1 du Code civil, dans leur rédaction issue de la loi du 23 juin 2006. Avant l'entrée en vigueur de cette loi, la question de savoir si le retranchement s'effectuait en valeur ou en nature ne semblait pas tranché en jurisprudence, et fait l'objet d'un débat en doctrine, s'agissant en particulier de la communauté universelle avec clause d'attribution intégrale au survivant. La communauté universelle constitue un avantage matrimonial « de biens présents » qui serait dès lors a priori retranchable en valeur. Cependant, on peut estimer que la menace d'un retranchement en nature ne peut être exclue dans la mesure où l'attribution au survivant se rapproche d'une libéralité de biens à venir à exécuter au décès et devant être réduite comme un legs (sur cette controverse voir notamment M. GRIMALDI, « L'avantage matrimonial : Remarques d'ordre pratique sur la communauté universelle », *préc.* ; *adde* du même auteur : *Successions*, Litec, 6^e éd., 2001, spéc. n° 794).

consomptibles, notamment les liquidités, à l'époux souhaitant priver ses enfants de tous droits dans sans succession privera sans nul doute ces derniers de tous droits dans la succession. Gageons que si les liquidités attribuées au conjoint servent aux besoins réguliers du ménage, sa succession se retrouvera rapidement vidée de toute substance, et les héritiers du premier lit indirectement exhérédés. Telle était l'espèce analysée par la Cour de cassation dans un arrêt du 17 février 2010²⁶⁵. Des époux, mariés en 1938 sous le régime de la communauté de meubles et acquêts ont, en 1979, adopté le régime de la séparation de biens. Après le décès du couple, la fille naturelle de Monsieur, estimant que son père avait dissimulé son existence lors de la procédure de changement de régime matrimonial, a assigné les enfants issus de l'union des époux en nullité de la convention de changement de régime matrimonial sur le fondement de la fraude. La Cour de cassation, approuvant en cela la Cour d'appel, a rejeté cette demande, après avoir relevé que l'adoption d'un régime de séparation de biens n'induit aucun avantage pour l'un ou l'autre des époux mais que l'existence de la fille de Monsieur avait conduit les époux à adopter le régime de la séparation de biens afin d'identifier et séparer leurs patrimoines respectifs et de délimiter les masses successorales futures. La Cour d'appel ayant souverainement estimé qu'il n'était pas établi que le partage auquel le couple avait procédé n'était qu'une apparence et dissimulait des attributions déséquilibrées au profit de l'épouse en vue d'amoindrir le patrimoine du mari, ce dont il résultait qu'aucune atteinte n'avait été portée aux droits successoraux futurs de la fille de Monsieur. Quels enseignements tirer de cette décision ?

Y avait-il en l'espèce volonté d'exclure l'enfant du premier lit de Monsieur ? La réponse est probablement positive. Pourtant, la technique employée était imparable : le passage d'une communauté vers une séparation de biens n'entraîne, *ipso facto*, aucun déplacement de propriété, en particulier si ce changement n'est pas accompagné du paiement d'éventuelles récompenses. Seul un partage ultérieur, auquel ne sera naturellement pas appelé l'enfant de Monsieur²⁶⁶, réalisera l'exhérédation projetée.

²⁶⁵ Cass. civ. 1ère, 17 février 2010, pourvoi 08-14.441, Juris-Data 2010-051608, JCP N 11 juin 2010 p. 1220 note J. VASSAUX-BAREGE ; RDC 2010/3 p. 941 note C. GOLDIE-GENICON ; RJPF juillet-août 2010, p. 16 note F. VAUVILLE

²⁶⁶ Et auquel cet enfant ne pourrait s'inviter : n'étant qu'un héritier présomptif, l'enfant ne peut revendiquer la qualité de créancier, qui lui aurait permis soit de provoquer le partage (art. 815-17 C. civ.),

L'adoption d'un régime matrimonial spécifique constitue ainsi une des techniques les plus sûres d'exhérédation, malgré l'existence de l'action en retranchement.

Section 2 – L'exhérédation par allotissement

Le disposant peut également souhaiter non pas de supprimer les droits légaux de son héritier présomptif, mais les cantonner, de remplir la part légale de cet héritier au moyen de biens déterminés. L'allotissement permet, par la technique de l'avancement d'hoirie, d'imputer les libéralités reçues par l'héritier sur ses droits successoraux, lui interdisant de revendiquer davantage de biens existants.

L'imputation est à la fois une technique juridique de substitution²⁶⁷ et une technique comptable de déduction. En droit successoral l'imputation permet de mettre en compte, d'affecter un droit à un héritier. Elle tend à soustraire de ses droits théoriques d'autres droits antérieurement ou parallèlement reçus.

Quatre variétés d'imputation peuvent être retenues. La plus ancienne est l'imputation des libéralités reçues en avancement de part successorale sur les droits réservataires du gratifié (I). Les lois du 3 décembre 1930 et du 23 juin 2006 ont respectivement créé et rétabli l'imputation des libéralités reçues par le conjoint survivant sur ses droits légaux (II).

Parallèlement, la loi du 3 décembre 2001 a imposé l'imputation du droit viager au logement sur les droits légaux du conjoint survivant et la loi du 23 juin 2006 l'imputation du droit de retour légal des ascendants sur leur part successorale. Ces deux dernières imputations ne font pas l'objet de notre étude. Elles consacrent l'imputation d'un droit successoral anomal sur un droit successoral légal et aucunement l'imputation

soit de s'y opposer (art. 882 C. civ., l'opposition à partage n'ayant pas pour but, comme son nom ne l'indique pas, d'interdire le partage mais au contraire d'en être averti). Tant que la succession n'est pas ouverte, l'héritier présomptif ne peut attaquer le partage réalisé.

²⁶⁷ J. COUPERET, *Essai sur l'imputation*, thèse Toulouse, 1967

d'une libéralité sur des droits légaux. La volonté du défunt n'a aucune prise sur ces imputations imposées par les textes. La privation des droits *ab intestat* corrélative à l'exercice d'un droit successoral anormal n'est pas le fait du disposant mais de la loi elle-même ; il ne s'agit donc pas d'une exhérédation.

I - L'imputation des libéralités consenties à un réservataire

Avancement d'hoirie ou de part successorale, le vocabulaire employé qualifie parfaitement la technique employée : le gratifié est rempli de ses droits par la libéralité consentie, qui ne s'y ajoute pas mais s'y substitue. L'imputation des libéralités consenties à un réservataire est-elle pour autant une exhérédation ? La réponse n'est pas forcément positive, le rôle joué ou non par le défunt est ici déterminant.

A - Le principe de l'imputation

39. « Imputation substitution », ²⁶⁸ l'avancement d'hoirie ²⁶⁹ – ou de part successorale – impose le rapport des libéralités concernées et leur imputation principale sur la part de réserve du gratifié. Rempli en tout ou partie de ses droits successoraux au moyen de la libéralité en cause, l'héritier ne peut plus prendre part, ou dans une mesure limitée, au partage des biens existants.

Destinée ²⁷⁰ à assurer à la fois, par le rapport, l'égalité entre héritiers et, par l'imputation, le respect de la réserve, l'avancement de part successorale permet également une exhérédation par limitation. Pouvant conserver la libéralité par le biais

²⁶⁸ J. COUPERET, *op. cit.*, spéc. p. 160

²⁶⁹ Art. 919 à 919-2 C. civ. C'est la loi du 23 juin 2006 qui a modifié la terminologie employée. L'ancien « avancement d'hoirie » est désormais dénommé « avancement de part successorale ».

²⁷⁰ B. VAREILLE, *Volonté, rapport et réduction*, préf. P. SPITÉRI, PULIM, 1988, spéc. p. 23 et s. : « Ces deux institutions sont, dans la législation contemporaine, plus distinctes que jamais ; presque tout, pourtant, les rapproche. Toutes deux sont de nature principalement successorale et ont une fonction en commun : l'égalité des copartageants » (p. 47).

soit du rapport en moins-prenant ou en valeur, soit par la réduction en valeur de la libéralité en cause, le gratifié par ailleurs héritier ne peut revendiquer davantage de droits dans les biens existants. En prévoyant un avancement d'hoirie, le disposant compose par là-même la part successorale de ce successible.

L'avancement de part successorale est-elle nécessairement négative ? Outre le respect de l'égalité entre cohéritiers, il présente l'indéniable avantage non pas de donner moins, mais de donner mieux, en adaptant la libéralité aux stricts besoins du gratifié et en l'excluant des biens existants, dont la gestion pourrait se révéler coûteuse, conflictuelle ou peu intéressante pour un héritier ayant des besoins bien particuliers. On songe notamment à l'héritier handicapé : l'allotir au moyen de biens productifs de revenus ou destinés à assurer sa résidence principale permet notamment d'assurer un bon niveau de vie à cet enfant, afin de compenser une éventuelle perte d'aides sociales.

40. L'imputation constitue-t-elle réellement une exhérédation ? Si, eu égard au partage des biens existants dont le gratifié sera en tout ou partie exclu, la réponse doit indéniablement être positive ; en ce qui concerne l'aspect volontaire de l'exhérédation, elle doit être, selon les libéralités en cause, tantôt positive, tantôt négative. S'agissant des legs, par principe hors part successorale et imputables par priorité sur la quotité disponible²⁷¹, la loi²⁷² autorise la stipulation contraire, réalisant ainsi une véritable exhérédation par allotissement.

Mais, s'agissant des donations, la réponse est nécessairement négative, l'imputation étant le principe posé par les textes²⁷³, le préciput l'exception. L'allotissement n'est pas le fait du défunt, mais la volonté de la loi, volonté au demeurant supplétive. Le défunt ne peut que donner plus, pas moins.

Au surplus, dans un cas précis, le défunt peut lui-même imposer à son héritier l'imputation de libéralités reçues par un tiers. Selon un principe non remis en cause depuis 1804, l'héritier renonçant ne doit pas le rapport ; il conserve le bien donné dans

²⁷¹ Art. 919-2 C. civ.

²⁷² Art. 843 C. civ.

²⁷³ Même texte, *adde* art. 919-1 C. civ.

la limite de la quotité disponible²⁷⁴ et ce même s'il se trouve représenté. Par exception, le disposant peut « expressément [exiger] le rapport en cas de renonciation »²⁷⁵. Or, aux termes de l'article 754 alinéa 3 du Code civil, issu de la loi du 23 juin 2006, la donation rapportable faite à un héritier renonçant mais représenté s'impute « sur la part de réserve qui aurait dû lui revenir s'il n'avait pas renoncé ». Le représentant du renonçant voit donc sa part successorale diminuée d'une libéralité reçue par un tiers²⁷⁶.

B - Le rôle de la volonté

41. Le défunt peut-il imposer l'imputation sur les droits légaux d'un acte qui n'est pas principe pas rapportable ? S'agissant des legs, la réponse est indéniablement positive, le défunt pouvant toujours, expressément²⁷⁷ ou tacitement²⁷⁸, écarter la présomption de dispense de rapport de l'article 843 du Code civil, créant ce que l'on appelle un « legs d'attribution ».

Mais peut-il imposer l'allotissement par des actes qui ne sont par nature pas des libéralités ? La question s'est posée à propos des assurances-vie : est-il possible pour un *de cujus* d'imposer la réintégration à une succession du capital assuré, indépendamment de toute exagération des primes ? La réponse semble à première vue négative. D'une part, les règles concernant la réserve sont d'ordre public : une volonté individuelle – qui plus est, unilatérale – ne saurait contourner librement les prescriptions du Code civil en ce domaine²⁷⁹. Comment, au surplus, le défunt pourrait-il unilatéralement décider d'inclure dans son actif successoral un bien réputé n'avoir jamais fait partie de son

²⁷⁴ Art. 845 C. civ. Sur ce texte, M. GRIMALDI, « La représentation de l'héritier renonçant », Defrénois, 2008 art. 38698.

²⁷⁵ Art. 845, al. 1^{er}, *in fine* C. civ.

²⁷⁶ Toutefois, le rapport n'est dû que dans la limite où le renonçant peut s'en acquitter en moins prenant. La donation faite à son auteur peut anéantir ses droits dans les biens existants, mais elle ne peut jamais l'obliger à « restituer » sur ses biens personnels : art. 854 al. 2 C. civ.

²⁷⁷ Cass. civ., 29 avril 1918, DP 1922.1.23

²⁷⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 26 octobre 2011, pourvoi 10-24.682

patrimoine²⁷⁹ ? Mais si tel était le cas, le même sort pourrait-il être appliqué à la tontine ?

D'autre part, dans la mesure où l'assurance-vie est basée sur la notion de stipulation pour autrui, elle ne devrait, en principe, pas être considérée comme une libéralité. Surtout, ceci priverait les bénéficiaires d'une fiscalité qui leur est pourtant favorable. La jurisprudence retient à ce titre que le capital-décès provenant d'une assurance vie ne fait pas partie de la succession de l'assuré, et dès lors n'entre pas dans la masse de calcul de la réserve et de la quotité disponible. En conséquence, le legs universel avec charge ayant pour objet ce capital-décès ne peut faire l'objet d'une réduction du capital garanti à hauteur de la quotité disponible²⁸⁰.

Pourtant, un arrêt en date du 8 juillet 2010²⁸¹ a pu semer le trouble. En l'espèce, un souscripteur avait, par testament, précisé que dans le lot d'un des héritiers devrait figurer « l'intégralité des contrats d'assurance-vie ». Modification testamentaire de la clause bénéficiaire ou dérogation à la dispense de rapport des contrats d'assurance-vie ? La Cour de cassation, dans un arrêt rendu au visa de l'article 455 du code de procédure civile, a retenu que « sans répondre aux conclusions de M. X qui faisait valoir que le défunt avait, dans son testament, exprimé la volonté que le capital d'assurance-vie soit pris en considération pour le calcul de la réserve et de la quotité disponible en précisant que ce capital devrait être inclus dans le lot de sa fille, légataire de la quotité disponible, la cour d'appel n'a pas satisfait aux exigences du texte susvisé ». Arrêt disciplinaire à n'en point douter, sanctionnant l'absence de réponse aux arguments soulevés par l'une des parties, cette décision a cependant fait couler beaucoup d'encre, certains auteurs estimant qu'elle consacre la faculté pour le *de cuius* d'écarter les dispositions de l'article

²⁷⁹ Art. L. 132-12 C. ass. : « Le capital ou la rente stipulés payables lors du décès de l'assuré à un bénéficiaire déterminé ou à ses héritiers ne font pas partie de la succession de l'assuré. Le bénéficiaire, quelles que soient la forme et la date de sa désignation, est *réputé y avoir eu seul droit à partir du jour du contrat* (nous soulignons), même si son acceptation est postérieure à la mort de l'assuré ».

²⁸⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 20 mai 2009, pourvoi 08-11.355, Defrénois 2009 art. 38979, note CHEVALIER ; JCP N 2009, 1256, note S HOVASSE

²⁸¹ Cass. civ. 1^{ère}, 8 juillet 2010, pourvoi 09-12.491, Juris-Data n° 2010-011144, JCP N, 3 décembre 2010, 1371, comm. S. HOVASSE, Dr. banc. et fin., novembre 2010, comm. 221 par F. SAUVAGE ; Dr. et pat. 2011, p. 90, note Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE ; RTDCiv 2011, p. 167 note M. GRIMALDI

L. 132-13 du code des assurances²⁸², d'autres n'y voyant qu'une simple sanction d'un défaut de réponse à une demande expressément formulée par un plaideur²⁸³. S'il est difficile de tirer argument d'un arrêt rendu au visa d'un article du Code de procédure civile, notons toutefois que, sur renvoi, la Cour d'appel²⁸⁴ a simplement décidé qu' « il s'ensuit que les dispositions de l'article L 132-13 du code des assurances doivent s'appliquer au contrat d'assurance vie litigieux dont Madame X est seule bénéficiaire, et que c'est donc à juste titre que le premier juge a débouté Monsieur X de sa demande de rapport ». Une gêne persiste cependant. Si la modification d'une qualification juridique ne saurait être le fait du disposant seul, en particulier s'agissant d'un droit qui, rétroactivement, n'a jamais fait partie de son patrimoine, les fantastiques facultés d'exhérédation offertes par l'assurance-vie au détriment des héritiers réservataires incitent à s'interroger sur l'avenir de son régime dérogatoire.

Si une refonte des règles propres au traitement successoral de l'assurance-vie est sans aucun doute nécessaire, une réforme testamentaire, « par la petite porte », ne saurait être envisagée. Il n'appartient pas au disposant de remettre unilatéralement en cause un statut particulier, fût-il défavorable à certains héritiers, déjouant ainsi les prévisions des parties à cet ensemble contractuel bien particulier qu'est l'assurance-vie.

42. Parallèlement, l'héritier peut-il écarter l'imputation imposée par le défunt et choisir les droits qui composeront ses droits successoraux ? La réponse devrait être négative : l'héritier n'a pas le pouvoir de composer sa part successorale. Pourtant, s'il n'existe pas d'héritier nécessaire et si un successible peut toujours, après l'ouverture de la succession cela va sans dire, renoncer à celle-ci, la question se présente avec davantage d'acuité s'agissant de l'exhérédation par imputation. Le souhait du disposant étant de composer la part successorale de l'héritier au moyen de biens et droits

²⁸² S. HOVASSE, *op. cit.*, reprenant une opinion plus ancienne qui semblerait, au vu de la jurisprudence citée, assimiler assurance-vie et présents d'usage, le disposant ayant, dans les deux cas, la faculté de réintégrer ces deux transferts de biens à l'actif successoral (M. PICARD et A. BESSON, *préc.*, spéc. n° 85). Notons toutefois que, s'agissant des présents d'usage, un texte spécifique, l'article 852 du Code civil, autorise la stipulation expresse de rapport.

²⁸³ F. SAUVAGE, *préc.*

²⁸⁴ CA Reims, 23 septembre 2011, décision 10/02158. Un pourvoi devant l'Assemblée plénière de la Cour de cassation serait actuellement pendante.

spécifiques, il est tentant pour un successible de renoncer à la libéralité offerte pour revenir à la dévolution *ab intestat* et espérer, dans le cadre d'un partage subséquent, recueillir d'autres biens que ceux affectés initialement par le disposant.

L'exhérédation par imputation de libéralités entre vifs ne pose pas de difficultés : acceptée par le donataire, la libéralité est en principe définitive. Le récipiendaire ne saurait y renoncer afin de pouvoir revendiquer d'autres droits sur les biens existants.

La question se pose avec davantage d'acuité s'agissant des libéralités à cause de mort. Le gratifié, disposant de deux options distinctes, peut valablement renoncer à la libéralité mais accepter la succession *ab intestat*, contournant ainsi les prévisions du testateur. Si l'option successorale est indivisible²⁸⁵, l'héritier qui cumule plusieurs qualités peut valablement opter distinctement et différemment pour l'une ou l'autre disposition.

Afin d'éviter à un héritier de déjouer les projets du testateur en renonçant à un éventuel legs d'attribution consenti pour le remplir de ses droits, il est souvent conseillé la rédaction d'un testament-partage. En présence d'un tel testament, au décès de l'ascendant, les lots sont attribués aux héritiers non en qualité de légataires, mais en vertu de la dévolution successorale. Il en résulte que l'héritier ne saurait, comme il est possible en matière de legs, renoncer à la succession et conserver son lot. Le testament partage produit en effet entre les héritiers les effets d'un partage : l'héritier gratifié, en renonçant au testament-partage, renonce à ses attributions dans le partage testamentaire et perd donc tous ses droits dans la succession. Les attributions imposées par voie testamentaire n'offrent qu'une alternative : accepter la succession et les lots composés par le défunt ou renoncer purement et simplement à la succession. Malgré un surcoût imposé aux héritiers copartagés, le testament-partage présente l'indéniable avantage de la certitude. Les attributaires des lots le sont en qualité d'héritiers et non de

²⁸⁵ Art. 769 C. civ. Ce texte, issu de la loi du 23 juin 2006, reprend une jurisprudence ancienne : v. not. Cass. req., 20 décembre 1841, Jur. gén., V° Contrat de mariage, n° 3547 : rappelant le principe de l'indivisibilité de l'option : l'héritier d'une femme mariée sous le régime dotal ne peut accepter les biens dotaux et renoncer aux autres biens ; Cass. civ. 1^{ère}, 13 octobre 1976, Gaz. Pal. 1976, 2, somm. 276 : la renonciation à un legs universel peut laisser subsister le legs particulier adressé au même bénéficiaire s'il résulte de l'interprétation de la volonté du testateur que la disposition comportait deux libéralités divisibles.

légataires²⁸⁶, seule la renonciation à la succession – et donc au testament-partage – leur permet d'échapper aux souhaits du disposant.

II – L'imputation des libéralités consenties au conjoint survivant

A – Le principe de l'imputation

43. L'article 758-6 du Code civil a rétabli, pour les successions ouvertes après le 1^{er} janvier 2007, l'imputation des libéralités du conjoint survivant sur ses droits légaux, réintroduisant ainsi le principe posé par l'ancien article 767, texte supprimé par la loi du 3 décembre 2001.

S'agissant des successions ouvertes avant le 1^{er} juillet 2002, il fallait imputer les libéralités reçues par le conjoint survivant sur ses droits légaux. Le quatrième alinéa de l'article 767 du Code civil précisait en effet que le conjoint survivant cesserait d'exercer son usufruit légal « dans le cas où il aurait reçu du défunt des libéralités, même faites par préciput et hors part, dont le montant atteindrait celui des droits que la présente loi lui attribue, et, si ce montant était inférieur, il ne pourrait réclamer que le complément de son usufruit ».

Pour les successions ouvertes entre le 1^{er} juillet 2002 et le janvier 2007, la solution est claire : le conjoint survivant peut cumuler ses droits légaux et les libéralités reçues, le tout bien évidemment dans la limite des quotités disponibles spéciales de l'article 1094-1 du Code civil. La solution, déjà avancée par une partie de la doctrine²⁸⁷, a été confirmée dans un Avis de la Cour de cassation en date du 25 septembre 2006.

Contrairement à ce que qui a pu être avancé dans un premier temps, le cumul n'est pas automatique et d'ordre public : il dépend en réalité de la volonté du défunt qui

²⁸⁶ Art. 1079 C. civ.

²⁸⁷ Sur ce débat, V. notamment P. CATALA, J-Cl. Civil Code, « Art. 757 à 767 », fasc. 10, spéc. n° 93 ; S. FERRE-ANDRE, « Des droits supplétifs et impératifs du conjoint survivant dans la loi du 3 décembre 2001 », Defrénois 2002, art. 37572, p. 874

pourrait valablement, même s'agissant d'un décès intervenu pendant cette période « intermédiaire », imposer l'imputation des libéralités reçues par le conjoint survivant sur ses droits légaux²⁸⁸.

Pour les successions ouvertes à compter du 1er janvier 2007, les principes dégagés sous l'empire des textes antérieurs à 2001 seront certainement transposés, l'imputation étant désormais le principe.

Ainsi, en présence d'une libéralité en usufruit et de droits légaux en pleine propriété, il n'est plus possible d'octroyer au conjoint survivant des droits à hauteur d'un quart en pleine propriété et trois quarts en usufruit. Pour parvenir à ce résultat, le défunt doit avoir accordé au conjoint survivant des libéralités représentant $\frac{1}{4}$ en pleine propriété et $\frac{3}{4}$ en usufruit de la succession (par exemple une donation entre époux « trois branches », ou diverses libéralités dont le total équivaut à cette quotité $\frac{1}{4}$ - $\frac{3}{4}$).

44. Reste la lancinante question du caractère impératif ou non de la règle du cumul. Sous l'empire des textes antérieurs à 2001, la jurisprudence considérait que l'ancien article 767 du Code civil n'était pas d'ordre public, et pouvait être écarté par la volonté du défunt²⁸⁹. En ce qui concerne la nouvelle imputation, le caractère d'ordre public semble dominer en doctrine. Lors des débats parlementaires, il avait suggéré d'inclure dans l'article 758-6 du Code civil la mention suivante : « sauf clause contraire », reprenant ainsi la solution de l'arrêt de 1960. Mais cette mention a été supprimée par la suite, et n'apparaît plus dans le texte final. La suppression a eu pour but de « contraindre le disposant à défendre les droits successoraux des descendants »²⁹⁰. La formule choque : pourquoi « forcer » un disposant à protéger ses héritiers, au demeurant titulaires de droits à réserve (certes limités par les quotités disponibles

²⁸⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 4 juin 2009, pourvoi 08-15.799, Bull. Civ. I n° 122 ; Dr. Fam. septembre 2009, comm. 111 par B. BEIGNIER ; RTDCiv 2010 p. 141 note M. GRIMALDI ; JCP N, 12 février 2010, p. 1072 note D. Gilles ; JCP G, 15 février 2010, p. 203 n° 1 par R. LE GUIDEC ; Cass. civ. 1^{ère}, 18 mai 2011, pourvoi 10-18.137, 498, Dr. Fam. 2011, comm. 115 par B. BEIGNIER

²⁸⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 10 mai 1960, D 1963.38 note J. VIDAL

²⁹⁰ Rapp. Sénat 10 mai 2006 n° 343, par H. de RICHEMONT, spéc. p. 325.

spéciales), au détriment du conjoint survivant ? Pour atteindre ce résultat, n'aurait-on pas du plutôt supprimer les quotités disponibles spéciales ?

Ici encore, il est possible de se demander si l'imputation constitue réellement une exhérédation, eu égard à son caractère légal et non volontaire. S'agissant des successions ouvertes entre le 1^{er} juillet 2002 et le 1^{er} janvier 2007, la réponse doit être indéniablement positive, le cumul étant le principe, sauf manifestation contraire de volonté du disposant²⁹¹.

B - Les modalités de l'imputation

45. Si le cumul des droits légaux et des libéralités consenties au conjoint survivant a été supprimé par la loi du 23 juin 2006, ceci ne signifie nullement que le conjoint soit désormais contraint de choisir automatiquement entre sa vocation *ab intestat* et la donation entre époux qui lui a été consentie. Il s'agit de deux vocations totalement distinctes, que le conjoint survivant peut accepter ou refuser de manière indépendante, dès lors que le défunt n'a pas privé le conjoint survivant de ses droits légaux.

Le simple fait de prévoir une donation entre époux (ou toute autre libéralité) n'emporte donc pas, par principe, privation des droits légaux : le conjoint survivant peut revendiquer, sauf testament contraire, tant la donation entre époux que ses droits *ab intestat*, la première étant simplement imputée sur les seconds, en application du nouvel article 758-6 du Code civil.

En réalité, il faut comprendre ainsi l'imputation : la libéralité ne supprime pas les droits légaux, mais les englobe. La nuance est importante : en cas de disparition de la libéralité (par exemple en raison de l'insertion d'une clause de viduité), le conjoint survivant pourra, dans certaines circonstances, retrouver sa vocation légale *ab intestat*.

²⁹¹ Cass. civ. 1^{ère}, 4 juin 2009, *préc.* L'arrêt évoquant « la volonté implicite [du défunt] de permettre le cumul des droits légaux et de la libéralité ». Le Professeur GRIMALDI en est ainsi venu à douter du principe du cumul pendant cette période intermédiaire (note *préc.*)

Si la libéralité a une valeur inférieure à celle des droits légaux, il pourra prendre le complément en biens existants. Au contraire, si la libéralité est supérieure aux droits légaux, le conjoint survivant peut revendiquer toute sa libéralité, mais ne peut revendiquer que cela. Les droits légaux sont en quelque sorte « inclus » dans la libéralité. Bien évidemment, la libéralité devra respecter les quotités disponibles spéciales de l'article 1094-1 du Code civil. Mais cette précision, qui va de soi, n'a aucune incidence sur les règles de l'imputation.

Par conséquent, le conjoint survivant aura toujours, quoi qu'il arrive, sa libéralité (sauf, bien entendu réduction, le cas échéant), le seul enjeu de l'imputation étant la part de biens existants que le survivant pourra éventuellement prendre en sus de sa libéralité.

Une fois ces principes posés, comment concrètement mettre en œuvre cette nouvelle imputation ? S'il est difficile, s'agissant d'une loi récente, d'affirmer avec certitude que les solutions avancées seront effectivement reprises par la jurisprudence, il est probable que pour l'essentiel, les solutions posées tant par la doctrine que la jurisprudence seront transposées à la situation actuelle. Toutefois, il ne faut pas oublier que les droits du conjoint survivant avant 2001 sont radicalement différents de ses droits actuels. Un travail d'adaptation est donc nécessaire.

Lorsque la libéralité est d'une nature différente des droits successoraux (par exemple une donation en usufruit et des droits légaux en pleine propriété), le raisonnement doit suivre deux étapes.

46. Dans un premier temps, il y a lieu de déterminer l'étendue de la libéralité afin de pouvoir la comparer avec les droits légaux. Lorsque le conjoint survivant a reçu une libéralité n'ayant pas la même nature que ses droits légaux, plusieurs solutions sont concevables : la comparaison des revenus produits par les droits en usufruit, la conversion de l'usufruit (légal ou issu de la libéralité, selon les cas) en pleine propriété et l'imputation « en assiette » par imputation de l'usufruit donné sur l'usufruit des droits en pleine propriété, car la toute propriété inclut une part d'usufruit.

Si le troisième système a eu la préférence d'une partie de la doctrine et de certaines cours d'appel²⁹², tel n'a, semble-t-il, pas été la solution retenue par la Cour de cassation, sous l'empire des textes antérieurs à la loi de 2001. Dans un arrêt en date du 6 février 2001, il a en effet été décidé que : « les libéralités consenties au conjoint survivant s'imputent sur l'usufruit légal et non sur la valeur de biens en pleine propriété, fussent-ils l'assiette de l'usufruit »²⁹³.

Le vote et l'entrée en vigueur de la loi du 3 décembre 2001 ayant interrompu les débats doctrinaux sur ce point – devenus sans objet en raison de la possibilité de cumul – c'est cet arrêt qui constitue le dernier état du droit antérieur. Il est probable que la conversion de l'usufruit en pleine propriété soit reprise pour l'application du nouvel article 758-6. Toutefois, les auteurs ne sont pas unanimes sur ce point.

D'une part, le choix du barème de capitalisation dépend de la volonté des parties. Si le barème fiscal est souvent utilisé en pratique, il ne s'impose pas au plan civil²⁹⁴. Il n'est obligatoire que dans le cadre de la déclaration de succession, c'est-à-dire pour la liquidation fiscale. Rien n'empêche, au plan civil, l'utilisation d'un tout autre système d'évaluation, qui pourrait éventuellement faire augmenter ou diminuer la valeur vénale de l'usufruit.

D'autre part, la quantité de biens existants devant revenir au conjoint survivant dépendra de son âge : plus le conjoint sera âgé, plus la valeur de son usufruit donné sera faible, et plus il pourra revendiquer de biens existants. Cette remarque n'est pas anodine : la date à prendre en compte pour la conversion aura une incidence non négligeable sur la dévolution de la succession.

²⁹² V. notamment M. GRIMALDI, *Les successions*, Litec, 2001, spéc n° 214, et les références citées

²⁹³ Cass. civ. 1^{ère}, 6 février 2001, pourvoi 99-10.845, D 2001 J 3566 note C. AUBERT DE VINCELLES, Bull. civ. 2001, I, n° 28 ; JCP G 2001 I 366, n° 4, obs. R. LE GUIDEC ; JCP N 2001, p. 1070, note N. DUCHANGE ; RTD civ. 2001, p. 637, obs. J. PATARIN, Dr. fam. 2001, Chron. no 11, obs. J-R. BINET, RJPF 2001-4/47 note F. SAUVAGE

²⁹⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 17 septembre 2003, Dr. Fam., décembre 2003, comm. 150 obs. B. BEIGNIER : « la méthode fiscale d'évaluation forfaitaire ne s'impose pas au juge civil », même s'il est d'un usage très courant, surtout depuis sa réévaluation. Il est aujourd'hui considéré comme très proche des évaluations économiques, et peut valablement servir de référence.

Pourtant, l'utilisation de ce barème a l'avantage de la simplicité. Et, bien que contestée, il est fort probable que cette méthode soit reprise par la jurisprudence amenée à se prononcer sur la question.

47. Une fois l'usufruit converti en pleine propriété – puisque telle semble être la solution retenue – reste à imputer la libéralité sur les droits légaux.

En présence de droits légaux en pleine propriété²⁹⁵, il convient de retenir la méthode suivante : il convient d'une part de déterminer la (ou des) libéralité(s) consenties au conjoint survivant, le cas échéant en la capitalisant selon les règles précédemment évoquées. Éventuellement, et bien sûr si tel est le souhait du conjoint survivant, il peut être envisagé un cantonnement de la libéralité (art. 1094-1 *in fine* C. civ.) : c'est alors la libéralité cantonnée qu'il conviendra imputer.

Il y a lieu, d'autre part, de déterminer des droits légaux théoriques du conjoint survivant (c'est-à-dire avant imputation). Pour cela, il convient de calculer la masse de calcul et la masse d'exercice des droits du conjoint survivant en application de l'article 758-5 du Code civil. Cette étape est particulièrement importante lorsque le conjoint survivant a consenti d'autres libéralités (à des héritiers ou des tiers). Une précision importante doit ici être signalée : les legs consentis au conjoint survivant doivent tous être intégrés dans la masse de calcul. Avant 2001, l'imputation de l'article 767 alinéa 4 du Code civil était assimilée à un rapport en moins prenant²⁹⁶. Il convient donc d'intégrer les libéralités consenties au conjoint survivant dans la masse de calcul, quelle que soit son origine, libéralité entre vifs ou à cause de mort²⁹⁷.

Une fois la masse d'exercice déterminée, si les libéralités épuisent la quotité disponible ordinaire, la solution est évidente : le conjoint survivant ne pouvant recevoir

²⁹⁵ En présence de droits légaux en usufruit, la doctrine semble exclure le système d'imputation, l'usufruit légal étant calculé sur les biens existants, sans recours en double masse : B. VAREILLE, « Réflexions sur l'imputation en droit des successions », 2009, p. 1

Il serait toutefois tentant de se demander si une imputation volontaire, décidée, expressément ou tacitement, par le disposant, ne pourrait être envisagée.

²⁹⁶ Cass. civ., 8 février 1898, D1899.1.153 et la note très instructive de L. SARRUT

²⁹⁷ A. RIEG et P. CATALA, J-Cl Civil, Art. 765 à 767, 1991.

de droits légaux (puisque exhéredé par épuisement de la quotité disponible), il ne conserve que sa libéralité.

Si, une fois ces calculs effectués, un résultat positif apparaît, c'est-à-dire si le conjoint survivant a vocation à recueillir des droits en pleine propriété, il y a lieu à imputation de la (ou des) libéralité(s) ; pour cela, il convient de soustraire la libéralité des droits légaux précédemment calculés. Si la valeur de la libéralité est supérieure à la valeur des droits légaux précédemment calculés, le conjoint survivant peut revendiquer toute sa libéralité, mais ne peut revendiquer que cela. Il ne peut revendiquer aucun droit en pleine propriété. Si la valeur de la libéralité est inférieure à la valeur des droits légaux précédemment calculés, le conjoint survivant prendra le complément en pleine propriété sur les biens existants.

Prenons l'exemple suivant : le défunt laisse un actif de 100. Il laisse pour lui succéder des enfants d'un premier lit et un conjoint survivant. Il a consenti une libéralité en usufruit au profit du conjoint survivant (la totalité de la succession en usufruit), cette libéralité ayant, supposons-le, une valeur de 30 après capitalisation. Il a par ailleurs consenti un legs à un tiers.

Après détermination des droits théoriques du conjoint survivant (art. 758-5 C. civ.) et donc déduction du legs consenti au tiers, nous supposons que le conjoint survivant a vocation à recueillir 20 en pleine propriété sur les biens existants, au titre de ses droits légaux. La libéralité consentie au conjoint survivant (30) doit s'imputer sur ses droits légaux (20) qu'elle dépasse. Le conjoint survivant a vocation à recevoir sa libéralité (en l'espèce, l'usufruit des biens existants), mais ne peut revendiquer aucun droit en pleine propriété.

Même exemple, mais avec une libéralité « valant » 15. La libéralité consentie au conjoint survivant (15) doit s'imputer sur ses droits légaux (20) qu'elle ne dépasse pas. Le conjoint survivant a vocation à recevoir sa libéralité en usufruit plus un surplus en pleine propriété sur les biens existants, soit 5 des 100 biens existants, soit 5 % de la succession (et donc, en cas de partage ultérieur, 5% des biens à partager).

L'imputation constitue une exhérédation par substitution : l'héritier ne prend aucun droit dans les biens existants puisque déjà alloti au moyen de libéralités.

Chapitre 2 – L'exhérédation par l'exclusion de l'héritier

Si l'institution d'un tiers peut servir de « paravent » à l'exhérédation, le disposant ne peut-il directement exclure un héritier de la succession, sans que le bénéficiaire des droits ôtés au successible ne soient expressément affectés à un tiers ?

L'admission de l'exhérédation par exclusion de l'héritier n'a été que progressive, difficilement admis tant en doctrine qu'en jurisprudence, ce en raison du tabou que représente symboliquement l'exhérédation. Après avoir admis la privation à titre de sanction (Section 1), la jurisprudence a progressivement reconnu comme valable la privation directe de l'émolument successoral (Section 2).

Section 1 – La privation à titre de sanction

Doctrine et jurisprudence reconnaissent aujourd'hui la faculté pour le disposant d'insérer dans une libéralité une clause pénale prévoyant qu'en cas de non-respect de l'obligation imposée au gratifié, celui-ci serait privé de tout ou partie de ses droits dans la succession. Pourtant, tant en ce qui concerne sa validité (I) même que le respect dû aux règles d'ordre public (II), de telles clauses ne peuvent que susciter l'interrogation.

I – Une validité de principe nuancée

48. Sobrement définie par l'article 1226 du Code civil comme la clause « par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution » et par l'article 1152 du même code comme « la convention

qui porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts »²⁹⁸, la clause pénale permet d'assurer l'exécution des conventions.

A la fois moyen de coercition, sanction contractuelle et mode d'évaluation de ladite sanction, cette clause permet d'éviter le recours au juge en cas d'inexécution de la convention. Son insertion n'évite pas totalement le recours au juge²⁹⁹, mais permet d'assurer une certaine police contractuelle. Les parties conviennent elles-mêmes de sanctionner l'inexécution de la prestation convenue.

Destinées à assurer le respect d'engagements contractuels, les clauses pénales sont traditionnellement sanctionnées par le versement d'une compensation financière forfaitaire, sous la forme de dommages-intérêts. Comminatoires, elles permettent d'assurer par incitation l'exécution de la convention et à défaut de sanctionner l'inexécution d'une obligation contractuellement prévue par le versement d'une somme d'argent, variété d'amende privée. Il n'est pas rare d'en trouver au sein des donations et testaments, ce afin de permettre le respect de la volonté du disposant.

En ce qui concerne ces clauses insérées dans les libéralités, deux grandes catégories peuvent être relevées³⁰⁰ : soit la clause visant à sanctionner par privation le gratifié qui ne respecterait pas les charges et conditions imposées par le donateur ou le testateur, soit la clause visant à sanctionner l'héritier qui entendrait contester les charges et libéralités consenties par le *de cuius*. S'agissant d'une étude consacrée à la privation des droits successoraux, seule la seconde catégorie retiendra notre attention. Exception à la règle de l'irrévocabilité spéciale des donations, la première clause n'est qu'une illustration particulière de la faculté de révocation pour inexécution des charges : l'insertion d'une telle clause peut permettre, par son caractère automatique, d'éviter le prononcé judiciaire de la révocation. Si la révocation pour cause d'inexécution des charges n'a jamais lieu de plein droit mais doit être judiciaire, soumise à l'appréciation des juges du fond, il en est autrement lorsque les parties ont convenu d'insérer une

²⁹⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 10 octobre 1995, pourvoi 93-16.869, D. 1996 p. 486, note B. FILLION-DUFOULEUR ; D. 1996, somm. p. 116, obs. PH. DELEBECQUE ; JCP 1996. II. 22580, note G. PAISANT : « constitue une clause pénale la clause d'un contrat par laquelle les parties évaluent forfaitairement et d'avance l'indemnité à laquelle donnera lieu l'inexécution de l'obligation contractée ».

²⁹⁹ Notamment lorsque la clause pénale est disproportionnée : art. 1152 al. 2 C. civ.

³⁰⁰ D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, préf. F. CHABAS, LGDJ, Bibl. dr. privé, tome 223, 1992, spéc. n° 250

clause résolutoire expresse. Cette clause ne constitue cependant pas une cause d'exhérédation, car emportant privation non des droits légaux mais d'une libéralité concomitamment consentie. Seule la clause emportant privation des droits successoraux ab intestat emporte exhérédation, la révocation n'étant qu'une simple résolution, conventionnelle ou judiciaire, d'une libéralité.

49. Mais ces clauses insérées dans des libéralités constituent-elles réellement des clauses pénales ? Il est possible d'en douter. Techniquement, il conviendrait en réalité, selon l'opinion du Professeur MAZEAUD³⁰¹, que nous approuvons totalement, d'exclure la qualification de clause pénale s'agissant des libéralités. Il serait préférable de parler d'exhérédation conditionnée³⁰². Néanmoins, par commodité, et dans la mesure où la jurisprudence n'opère pas cette distinction terminologique³⁰³, nous emploierons le vocable « clause pénale », en raison notamment du fait que cette expression (« pénale ») insiste davantage sur le caractère de sanction, de peine que sur le caractère réparateur de la clause. Malgré l'emploi de convenance de cette expression, il conviendra de bien garder à l'esprit qu'une clause pénale emportant exhérédation ne saurait se confondre avec les clauses pénales de droit commun.

Contrairement aux clauses pénales assortissant des actes à titre onéreux, le non-respect d'une clause pénale insérée dans une libéralité ne se résout pas à titre principal par le versement de sommes d'argent, mais par la privation de droits. La sanction n'induit pas nécessairement le paiement d'une somme forfaitaire³⁰⁴, mais constitue plutôt une déchéance³⁰⁵, perte de la libéralité consentie ou perte des droits légaux : n'étant tenu à aucune obligation de payer, ni même de faire, l'héritier sanctionné ne l'est pas par une clause pénale. Indépendamment de toute idée de réparation, la

³⁰¹ D. MAZEAUD, *préc.* ; v. également Rép. Civ. Dalloz, « Clause pénale », 2010, par S. PIMONT, spéc. n° 19 et 38.

³⁰² Ou conditionnelle : Y. BUFFELAN-LANORE, « L'autonomie de la volonté en matière d'exhérédation », RTDCiv 1965 p. 456, spéc. n° 30 et s.

³⁰³ V. notamment Cass. civ., 25 janvier 1925, D. 1925.1.185 note R. SAVATIER

³⁰⁴ Même si le disposant peut toujours le prévoir, à titre accessoire.

³⁰⁵ SALLE de la MARNIERRE (E.), « La déchéance comme mode d'extinction d'un droit », RTDCiv. 1933, p. 1037 ; O. SAUTEL, « Sur la déchéance en droit privé, (contribution à la théorie de la permanence de la cause) », D. 1999 p. 487

déchéance entraîne la perte d'un avantage ou d'un droit, sans que cette perte ne profite nécessairement à la victime du comportement litigieux. C'est ce caractère essentiellement punitif et non réparateur qui distingue l'exhérédation conditionnée des clauses pénales traditionnelles.

La notion de réparation est ici totalement indifférente : la déchéance répressive voulue par le défunt n'a pas pour but de réparer un préjudice subi par l'auteur de la clause ou même par un tiers³⁰⁶, mais uniquement de sanctionner l'héritier qui entendrait contester la parole du défunt. L'important n'est pas la réparation d'un éventuel préjudice, mais la sanction et la stigmatisation de l'héritier contrecarrant les prévisions du *de cuius*. A ce titre, la clause pénale insérée dans une libéralité n'a pour effet, ni une moralisation de la famille, ni un respect mutuel des engagements pris, mais le respect, unilatéralement imposé, des souhaits du défunt, souhaits contraires aux prescriptions ordinairement associées à ces libéralités³⁰⁷. Et la stigmatisation de l'héritier qui entendrait contester la parole du défunt.

De préjudice il n'est point question ici : quel que soit le dommage subi, et même si aucun préjudice ne peut être caractérisé en l'absence de validité de l'acte sanctionné par la clause, la réparation est due et la privation de droit successoraux automatique, indépendamment de l'existence et de la gravité du dommage subi. Seule la « faute », telle que caractérisée par le défunt, entraîne l'application de la sanction prévue, à contretemps de la vision traditionnelle de la responsabilité civile.

La « clause pénale », au sens strict du terme, paraît ainsi particulièrement incongrue en matière de libéralités. Acte unilatéral pour le testament ou contrat unilatéral pour la donation, dans les deux cas une seule prestation, celle du disposant, est prévue. Comment celui-ci pourrait-il sanctionner sa propre inexécution ? C'est toute l'aberration de la clause pénale insérée dans une libéralité qui transparaît ici.

³⁰⁶ Prenons un exemple : le défunt a légué un bien à titre particulier à un tiers. Sachant le testament atteint d'une nullité relative, il déclare priver de sa part de quotité disponible tout héritier qui entendrait contester la validité du testament. La privation de la quotité disponible ne profitera en aucun cas au légataire particulier, mais uniquement aux cohéritiers du perturbateur.

³⁰⁷ Naturellement, dès lors qu'il ne s'agit pas de prescriptions d'ordre public.

50. Par ailleurs, il a pu être objecté à juste titre que ces clauses limitaient l'accès des héritiers au juge, en sanctionnant toute contestation, fondée ou non, des dispositions testamentaires. Pourtant, la Cour de cassation a toujours préféré³⁰⁸ privilégier la liberté testamentaire sur le principe de libre accès au juge. Contrairement aux clauses pénales de droit commun où la sanction contractuelle à la fois précède et complète la sanction judiciaire, en matière de libéralités la clause pénale peut contrarier la sanction judiciaire, dès lors que le testament ne heurte pas de règle d'ordre public³⁰⁹. S'il est vrai que le recours effectif au juge est un principe fondamental de notre droit³¹⁰, il n'est pas absolu à condition que la restriction ne soit pas telle que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même³¹¹ et se trouve justifiée par un autre principe. A l'égard des clauses pénales emportant exhérédation, si l'atteinte portée au droit de saisir un tribunal est évidente, elle ne semble cependant pas disproportionnée. En effet, l'héritier qui entendrait contester, à tort ou à raison, les dispositions prises par le *de cuius* subira la sanction prévue. Toutefois, la privation étant limitée à la part disponible de la succession³¹², part dont l'héritier peut valablement être privé, ériger l'action devant un tribunal comme événement déclenchant l'application de la sanction n'est pas contraire aux principes sus-évoqués. L'accès au juge n'est en aucun cas prohibé, et il est même possible que l'action prospère et que l'héritier voit sa demande accueillie en justice, le successible subira simplement une sanction privée par la suppression de tout ou partie de ses droits successoraux.

³⁰⁸ Pour une première décision en ce sens : Cass. civ., 22 décembre 1845, DP 1846.1.5. Est censurée la Cour d'appel ayant invalidé la clause pénale au motif que celle-ci portait atteinte au droit dont dispose tout citoyen d'avoir « recours à la justice pour obtenir la réformation d'un acte qui lui est préjudiciable ; que ce droit est d'ordre public ».

³⁰⁹ Cf. *infra*

³¹⁰ Décis. Cons. const. 96-373 DC du 9 avril 1996, *Polynésie française*, AJDA 1996. 371, obs. SCHRAMEK ; Justices 1997-5. 247, obs. DRAGO et MOLFESSIS. Sur cette décision, W. BARANES et M-A. FRISON-ROCHE, « Le souci de l'effectivité du droit », D 1996 p. 301

Décis. Cons. const., 99-416 DC du 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture maladie universelle*, Rec. Cons. const. 1999, p. 100

³¹¹ V. par ex. CourEDH 21 février 1975, *Aff. Golder c/ Royaume-Uni*, req. 4451/70, spéc. § 38 ; CourEDH 16 décembre 1992, *Aff. Geouffre de La Pradelle c/ France*, req. 12964/87, spéc. § 28 : « "le droit à un tribunal", consacré par l'article 6, ne revêt pas un caractère absolu: il peut donner lieu à des limitations, mais elles ne sauraient restreindre l'accès ouvert à l'individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même ».

³¹² Cf. *infra*

Malgré ces critiques fondamentales, la validité même des « clauses pénales » insérées dans une libéralité n'est pas remise en cause. Elles constituent cependant un mode anomal – au sens premier du terme – de sanction privée. Les invalider porterait atteinte au principe de liberté de disposer à titre gratuit, mais surtout remettrait en cause de fragiles équilibres testamentaires. Mises à part la réserve héréditaire et la prohibition des pactes sur succession future, le droit successoral ne connaît que peu de règles d'ordre public. La volonté du disposant y est prédominante. Interdire le principe même des clauses pénales limiterait considérablement l'expression de cette volonté. Admettre leur validité sous réserve qu'elles ne portent pas atteinte à des règles d'ordre public paraît être un compromis plus judicieux : même si elle n'est pas exempte de tout reproche, cette admission des exhérédatons conditionnées permet d'assurer un certain équilibre à la dévolution volontaire de la succession, qu'il s'agisse d'une transmission entre vifs ou à cause de mort.

51. L'admission des clauses pénales testamentaires est sans doute la plus originale. La déchéance par exhérédation testamentaire présente une caractéristique insolite : le comportement entraînant la sanction ainsi que la sanction elle-même sont déterminés par le disposant lui-même, de manière unilatérale. Faute d'engagement de la part du successible, la « clause pénale » sanctionne un comportement jugé par le défunt comme fautif, et non l'inobservation d'une obligation mise à sa charge et valablement acceptée³¹³. Contrairement aux causes traditionnelles de déchéance, ce n'est ni le législateur, ni la volonté commune et concordante des parties mais la volonté unilatérale du disposant qui créera l'exhérédation. Spécialement en matière testamentaire, l'unilatéralité de l'acte permet au testateur seul de déterminer à la fois la faute et la sanction du comportement jugé déviant. La déchéance par l'exhérédation de l'héritier qui entend contester la libéralité constitue ainsi une peine privée³¹⁴, non prévue par les textes mais par la volonté unilatérale du défunt.

³¹³ *Contra* C. MARUANI, *La clause pénale*, thèse Paris, 1935, spéc. p. 74 : l'auteur estime qu'une clause pénale peut être insérée tant dans une donation qu'un testament. En acceptant la donation ou le legs (que l'auteur qualifie d'ailleurs « en forçant un peu les termes » de contrat d'adhésion), le bénéficiaire en accepte nécessairement les stipulations accessoires, en ce compris les clauses pénales.

³¹⁴ A. JAULT, *La notion de peine privée*, préf. F. CHABAS, LGDJ, Bibl. dr. privé, tome 442, 2005

On objectera certes que le titulaire de la charge n'est pas tenu de l'accepter, la faculté de renoncer à la succession introduisant une certaine conventionnalité. Pourtant, l'acceptation d'une libéralité testamentaire par le gratifié ou l'acceptation d'une charge testamentaire par un héritier légal ne sauraient se confondre avec l'acceptation d'une donation et des charges associées par le donataire. Le testament, nonobstant l'acceptation par le bénéficiaire, est une voie unilatérale de transmission de la propriété³¹⁵. Qui plus est, le légataire ou l'héritier *ab intestat* ne peut en aucun cas se dispenser de la seule exécution de la charge : seule la renonciation au legs ou à la succession permet d'échapper à l'obligation imposée. L'héritier *ab intestat* ne tire ainsi aucun avantage du testament : soit il accepte la succession et exécute les obligations imposées par le défunt sous peine de sanction, soit il renonce purement et simplement à la succession.

Nonobstant le débat relatif à leur nature juridique, la validité de principe des clauses pénales testamentaire, est admise depuis longtemps³¹⁶ : souvent destinées à protéger le legs de la chose d'autrui, elle permet notamment d'assurer l'exécution d'un testament partage portant sur des biens dont le défunt n'avait pas la libre disposition, car portant soit sur des biens communs, soit sur des biens dépendant d'une indivision post-communautaire. Mais toutes les charges imposées par le défunt peuvent être protégées par de telles clauses, sous réserve tout naturellement des règles d'ordre public³¹⁷.

52. S'agissant des libéralités entre vifs, l'insertion d'une telle clause dans une donation simple se conçoit théoriquement, mais son application pratique reste limitée. Si le donateur peut valablement imposer une charge au donataire et sanctionne son non-respect par une clause pénale, la sanction consistera le plus souvent en la privation

³¹⁵ J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral, essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, préf. P. RAYNAUD, Sirey, 1951, spéc. § 71 et s. ; F-L. SIMON, « La spécificité du contrat unilatéral », RTDCiv 2006 p. 209 spéc. § 26 et note 175 ; J-Cl. Civil Code, « Art. 893 à 895 », fasc. unique, 2003, par R. LE GUIDEC, spéc. n° 97

³¹⁶ Voir notamment, parmi de très nombreuses décisions, Cass. civ., 22 décembre 1845, DP 1846.1.5 ; Cass. req., 2 juillet 1900, S. 1901.1.311 ; Cass. civ., 25 janvier 1925, *préc.*

³¹⁷ Cf. *infra*

de la libéralité consentie, et non en une exhérédation. Dans l'hypothèse où le non-respect des clauses insérées dans une donation simple se résoudrait par la privation de droits successoraux *ab intestat*, ce qui sera dit à propos des donations-partages vaudra *a fortiori* pour les donations simples.

C'est en effet à propos des donations-partages que la question est plus controversée. La nature collective de ces libéralités se prête en effet parfaitement à l'insertion de clauses destinées à garantir l'exécution de l'acte malgré quelques irrégularités. Les déséquilibres entre les lots souhaités par le donateur sont généralement verrouillés par une clause pénale privant de la quotité disponible le donataire qui entendrait revendiquer la stricte égalité entre les donataires copartagés. Pourtant, il a pu être avancé que la clause pénale emportant privation des droits successoraux devait être considérée comme nulle en raison de l'atteinte portée à la prohibition des pactes sur succession future³¹⁸. Cette exclusion se fonde sur le fait que le donataire accepte par avance, en acceptant la donation, de perdre une partie de ses droits successoraux en cas de contestation de la donation. L'héritier s'engage à ne pas recevoir une fraction de la succession en cas de réalisation de la sanction conventionnellement prévue. La difficulté tient au fait que la privation n'est pas certaine, mais éventuelle, conditionnée à un comportement de l'héritier conventionnellement jugé inapproprié.

Cette position doit être approuvée : la prise de position concernant une succession non encore ouverte ne peut que constituer un pacte sur succession future prohibé³¹⁹. Étrangement, la jurisprudence n'a que rarement abordé la question, non pour se prononcer sur sa validité, mais pour en apprécier les effets³²⁰, ce qui, pour certains auteurs, vaut validation implicite de la clause³²¹. Dans le but de valider les

³¹⁸ J.-Cl. Civil Code, « Art. 1075 à 1080 », fasc. 30, 2010, par M. GRIMALDI, spéc. n° 14 ; P. VOIRIN, note sous TGI Laval, 25 mai 1965, JCP G 1966 II 14650

³¹⁹ CA Grenoble, 21 novembre 2000, Juris-Data 2000-147431 ; *contra* CA Lyon, 6 mai 1952, JCP G 1953 II 7760, note crit. P. VOIRIN. L'éminent auteur conteste la validité même de la clause insérée dans une donation-partage.

³²⁰ V. not. Cass. req., 26 juin 1882, DP 1883.1.70 ; Cass. civ. 1^{ère}, 10 mars 1970, pourvoi 68-13.205, Bull. Civ. I, n° 89 ; D. 1970 J 585 note A. B.

³²¹ V. not. J. PATARIN, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 10 mai 1989, RTDCiv 1990 p. 807 ;

V. également A. PELLEGRIN, *De la nature juridique du partage d'ascendant*, préf. P. HEBRAUD, LGDJ, Bibl. dr. privé, tome 31, 1961, spéc. p. 109 : pour l'auteur, la clause pénale insérée dans une

clauses pénales emportant exhérédation, l'extension de la nature particulière des partages d'ascendants – et singulièrement des donations-partages – à toutes ses clauses accessoires a pu être évoquée en doctrine³²², avant d'être sévèrement rejetée³²³. Ces libéralités sont en effet des pactes sur succession future autorisés par les textes³²⁴, permettant de régler de manière anticipée la succession du disposant, avec l'accord des héritiers présomptifs. On ne saurait cependant justifier la validité de telles clauses insérées dans des partages d'ascendant réalisés entre vifs par la théorie de l'accessoire. Pourtant, si la clause pénale constitue certes un accessoire de la donation-partage tendant à en assurer non la validité mais l'exécution, la licéité de l'acte principal ne rejaillit cependant pas nécessairement sur celle de ses clauses accessoires. La dérogation à la prohibition des pactes sur succession future, accordée par la loi aux donations-partages, ne s'étend pas aux clauses annexes qui ne leur sont pas indispensables. De surcroît, l'ensemble des pactes sur succession future forme un ensemble hétéroclite, sorte d'« inventaire à la Prévert » dont la cohérence d'ensemble n'est que difficilement perceptible. Et il n'est pas évident que le pacte sur succession future autorisé par la loi que constitue la donation-partage, à supposer que celle-ci constitue bien un pacte sur succession future³²⁵, soit le même que le pacte sur succession future que constitue une clause pénale insérée dans cette même donation-partage. Ce n'est pas une option

donation-partage « constitue bien un pacte sur succession future mais elle se greffe sur celui que renferme le partage entre vifs et qui est exceptionnellement autorisé ; elle bénéficie par accroc de sa validité ». Lier ainsi validité de la donation-partage et validité de la clause pénale est trompeur : s'il est vrai que la donation-partage est valide en droit français, toutes les clauses incluses dans l'acte ne le sont pas nécessairement. L'indivisibilité qui lie les deux stipulations ne saurait permettre la validation d'une clause constituant un pacte sur succession future prohibé et ce même si la stipulation principale est valable.

³²² P. VOIRIN, note sous CA Lyon, 6 mai 1952, JCP 1952 II 7760

³²³ P. VOIRIN, *préc.* ; G. GOUBEUX, *La règle de l'accessoire en droit privé*, préf. D. TALLON, LGDJ, Bibl. dr. privé, tome 93, 1969, spéc. p. 175 et s.

³²⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 10 octobre 1979, pourvoi 78-11.444 : « une donation-partage valablement faite échappe à la prohibition des pactes sur succession future » ; Cass. civ. 1^{ère}, 4 novembre 1981, pourvoi 80-13.191, à propos d'une donation-partage conjonctive.

H. GRAMONT, *Étude analytique et critique de la prohibition des pactes sur succession future*, Bordeaux, 1990, spéc. p. 78

V. également A. PELLEGRIN, *De la nature juridique du partage d'ascendant*, préf. P. HEBRAUD, LGDJ, Bibl. dr. privé, tome 31, 1961 : l'auteur est cependant plus nuancé, les éléments objets du pacte contenu dans la donation-partage ne portant que sur des éléments actuels, et non sur une succession non ouverte : v. spéc. § 108 et s.

³²⁵ V. les critiques d'A. PELLEGRIN, *préc.*

successorale anticipée³²⁶ qu'a voulu autoriser le Code civil par le biais de la donation-partage, mais un partage anticipé d'éléments successoraux.

Toutefois, là est la véritable faiblesse de cette exhérédation conditionnée : toute clause insérée dans un acte entre vifs visant à priver un héritier de tout ou partie de ses droits successoraux, en cas de non-respect des obligations mises à sa charge, devrait être considérée comme nulle, car portant atteinte à la prohibition des pactes sur succession future. Certes, une telle stipulation a pu être analysée comme un legs conditionnel de la quotité disponible consenti par le disposant à tous les autres copartageants au détriment de l'enfant contestataire, dans l'hypothèse où celui-ci entendrait attaquer le partage consenti³²⁷ : elle ne constituerait donc pas une exhérédation actuelle, mais une alternative proposée au donataire-copartagé. Cette lecture, jugée non pertinente par une partie de la doctrine³²⁸, présuppose en effet que le récipiendaire de la quotité disponible en recueille le profit comme légataire, et non comme héritier.

La gêne est dès lors perceptible : alors qu'une renonciation anticipée est par principe nulle comme constituant un pacte sur succession future prohibé, une renonciation conditionnelle, dépendant de l'attitude de l'héritier, pourrait être considérée comme valable. Outre le fait que la qualification de legs, conditionnel ou non, est sujette à caution³²⁹, l'insertion d'une disposition à cause de mort dans un acte entre vifs dénote au regard de l'interdiction du principe des institutions contractuelles.

Malgré la nullité évidente de l'exhérédation conditionnelle dans les donations et donations-partages, ces clauses continuent à être insérées dans les libéralités entre vifs. Leur portée reste néanmoins restreinte : outre la question spécifique du respect de la

³²⁶ Un héritier, donataire copartagé, a toujours la faculté de renoncer à la succession du disposant, une fois celle-ci ouverte, contrairement aux testaments-partages. Bien que le partage anticipé ne constitue nullement une « présuccession » distincte de la succession *ab intestat* (cf. infra n° 94), sa participation à une donation-partage ne vaut pas acceptation de la succession ultérieurement ouverte.

³²⁷ A. WEINSTOCK, « Du sens et des effets de la clause pénale dans le partage d'ascendants », RTDCiv 1934 p. 759, spéc. p. 769. V. déjà R. SAVATIER, DP 1925.1.185, spéc. p. 186. L'auteur n'évoque cependant pas la validité de la clause pénale au regard de la prohibition des pactes sur succession future dans la mesure où la décision commentée ne concernait qu'une clause pénale insérée dans un testament.

³²⁸ M. GRIMALDI, in Dalloz action Droit patrimonial de la famille, 2008, spéc. n° 323.102 : le titre de légataire, et non d'héritier, donné par la jurisprudence aux successibles bénéficiant de l'exhérédation de l'un d'entre eux est effectivement un titre qui ne se justifie nullement. Cf. infra.

³²⁹ Cf. *infra* n° 56

prohibition des pactes sur succession future, ces clauses pénales doivent naturellement respecter les règles d'ordre public.

II - Un domaine d'application limité par l'ordre public

53. La clause pénale insérée dans une libéralité présente cette particularité de permettre au disposant de déterminer le comportement dont le non-respect entraînera la sanction également prévue par le *de cujus*.

C'est à proprement parler un système extraordinaire de sanction privée : le défunt dispose d'un pouvoir de direction de l'attitude de ses héritiers. Et ceci est d'autant plus remarquable que ces clauses pénales ont pour but de sanctionner une atteinte à un acte imparfait, dont la validité n'est pas assurée. Le défunt, conscient ou non des défauts entachant la libéralité consentie, fait peser une lourde sanction sur celui qui entendrait contester la validité des dernières volontés exprimées ou manifesterait son intention de ne pas les respecter : l'effet dissuasif³³⁰ de la clause pénale .

Cependant, le *de cujus* ne dispose pas d'un pouvoir absolu : la faculté qui lui est offerte de qualifier de fautif le comportement sanctionné par la clause pénale n'est pas arbitraire mais soumise au respect des règles d'ordre public. La jurisprudence admet depuis longtemps³³¹ la licéité des clauses pénales insérées dans des libéralités « lorsque la disposition ainsi imposée aux héritiers ne porte atteinte qu'à des intérêts privés ». De cette formule quelque peu sibylline, doctrine et jurisprudence ont tiré la règle suivante : il est admis que la possibilité d'invoquer en justice la nullité de l'acte puisse être interdite par le défunt, par le biais d'une clause pénale insérée dans l'acte. Dès lors que

³³⁰ Qui est, plus généralement, un des caractères de la peine : elle permet à la fois la sanction (voire une réparation) mais également la dissuasion : P. PONCELA, « Par la peine, distribuer ou rétribuer », Archives de Philosophie du Droit, tome 26, *L'utile et le juste*, Sirey, 1981, p. 61

³³¹ Cass. civ., 25 janvier 1925, *préc.* : « Attendu que la clause pénale, par laquelle le testateur entend assurer l'exécution de ses dernières volontés, est licite et obligatoire lorsque la disposition ainsi imposée aux héritiers ne porte atteinte qu'à des intérêts privés »

cette clause ne porte pas atteinte à une règle d'ordre public, elle peut valablement sanctionner l'héritier qui remettrait en cause la volonté du défunt.

Plus précisément, la clause pénale jouera, soit lorsque la libéralité porte atteinte à une règle qui n'est pas considérée comme d'ordre public, soit lors que l'action intentée par l'héritier, bien que visant une règle impérative, ne prospère pas³³². Seule l'atteinte réellement portée par le défunt à une règle d'ordre public permet de mettre en œuvre la clause pénale. Une clause pénale doit être réputée non écrite, lorsqu'elle tend à assurer l'exécution de dispositions portant effectivement atteinte à la part réservataire de cet héritier et non lorsqu'elle serait seulement susceptible de comporter une telle atteinte³³³. Cette distinction, parfois considérée comme « trop subtile »³³⁴, incite les héritiers à ne pas agir, à ne pas contester la libéralité, de crainte de subir les effets de la clause en cas de succombance, mais évite également que ces mêmes héritiers ne soulèvent quelque fallacieux prétexte d'atteinte à une règle d'ordre public – singulièrement la réserve héréditaire – pour contester la volonté du défunt. Avec la doctrine³³⁵, on pourrait certes regretter cette frilosité imposée à l'héritier, l'interprétation de la volonté du défunt ne lui profitant pas. Mais la liberté testamentaire, la nécessité de pacifier et déjudiciariser les successions, ainsi que le souci de la paix des familles sont sans doute à ce prix.

54. Au surplus, l'analyse des clauses jugées nulles par la jurisprudence laisse apparaître que ce ne sont pas tant les intérêts privés que certaines règles protégeant l'ordre public qui sont particulièrement protégées. Ont ainsi été censurées les clauses pénales ayant pour but ou pour objet le maintien de dispositions portant atteinte aux

³³² Cass. req., 27 mars 1855 : DP 1855.1.257 ; Cass. civ., 18 janvier 1858, DP 1858.1.24 ; Cass. civ., 22 juillet 1874, DP 1875.1. 453 ; Cass. civ. 1^{ère}, 20 février 2007, pourvoi n° 04-16.461, Dr. fam. avril 2007, comm. 90 par B. BEIGNIER ; JCP N 2007 p. 1254 note J-G. MAHINGA ; AJ Famille 2007 p. 185 note F. BICHERON, RTDCiv. 2008 p. 134 note M. GRIMALDI : « Attendu qu'il résulte du premier de ces textes qu'une clause pénale privant de ses droits dans une succession un héritier qui conteste les dispositions testamentaires, est réputée non écrite lorsqu'elle tend à assurer l'exécution de celles portant atteinte à l'ordre public ; que, toutefois cet héritier encourt les effets de la clause si sa contestation est jugée infondée ».

³³³ Cass. civ. 1^{ère}, 25 juin 2002, pourvoi 00-11.574, D. 2003, 1875, obs. NICOD, AJ Famille 2002 p. 302, note S. D.-B., Dr. Fam. 2003, comm. 18, note B. BEIGNIER

³³⁴ S. D.-B., note *préc.*

³³⁵ M. GRIMALDI, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 20 février 2007, *préc.*

règles habituellement décrites comme composant l'ordre public successoral, c'est-à-dire la réserve héréditaire³³⁶ ou la prohibition des pactes sur succession future, notamment la prohibition des substitutions fidéicommissaires³³⁷. Mais l'atteinte aux règles d'ordre public que l'on pourrait qualifier de droit commun est également sanctionnée. Ainsi, l'interdiction de procéder à un partage³³⁸ ou de contester une libéralité portant atteinte règles de capacité des personnes morales³³⁹ ne sont pas jugées valables. Également, a pu être considérée comme nulle une clause pénale sanctionnant les héritiers qui entendraient contester la libéralité sur le fondement des vices du consentement³⁴⁰. S'il est vrai que les vices du consentement ne sont sanctionnés que par une nullité relative, en l'espèce, l'atteinte était bien plus importante qu'un « simple » vice : en l'espèce, La captation d'héritage constitue une offense bien plus grave, à la frontière de l'inexistence du consentement, qui justifie sans conteste l'annulation de la clause³⁴¹.

Ce ne sont donc finalement pas tant les « intérêts privés », suivant la formule développée par la Cour de cassation en 1925, que le respect des droits d'ordre public qui permet de fixer la frontière entre clauses pénales valables et clause nulles. La formule employée était d'ailleurs malheureuse : comment opposer valablement « intérêts privés » et par exemple réserve héréditaire, sauf à qualifier la réserve d'intérêt public ? La limite semble aujourd'hui déplacée vers la gravité de l'atteinte portée aux règles de droit. Les altérations, pourtant bien réelles mais jugées les moins graves puisque sanctionnées par une nullité relative, justifient l'insertion d'une clause pénale.

Ainsi, le legs de la chose d'autrui n'étant soumis qu'à une nullité relative³⁴², les clauses pénales sont habituellement admises³⁴³. Il en va de même des testaments-

³³⁶ Cass. req., 30 mai 1866, DP 1867.1.264 ; Cass. civ., 15 février 1870, DP 1870.1.182 ; Cass. req., 29 juin 1910, S. 1913.1.33 ; Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} décembre 1959, Bull. Civ. 1959, I, n° 509

³³⁷ CA Nancy, 9 décembre 1871 : DP 1872, 2, p. 164

³³⁸ CA Paris, 20 janvier 1937, *préc.*

³³⁹ CA Paris, 1er décembre 1892 : DP 1893, 2, p. 496 : legs consenti à une congrégation non autorisée.

³⁴⁰ Cass. req., 5 juillet 1847, DP 1847, 1, p. 256

³⁴¹ *Contra*, A. SERIAUX in J.-Cl. Civil Code, « Art. 900 », fasc. unique, 2010, spéc. n° 39. L'auteur qualifie la solution de « discutable ».

³⁴² Pour un testament-partage : Cass. civ. 1^{ère}, 3 février 2010, pourvoi 08-18.196 ; Bull. Civ. I 35 ; RTDCiv. 2010. 607, obs. M. GRIMALDI ; Defrénois 2011. 716, obs. A. CHAMOULAUD-TRAPIERS ; Dr. fam.

partages portant sur des biens dépendant d'une communauté ou d'une indivision post-communautaire considérés comme nuls³⁴⁴, l'article 1079 du Code civil exigeant que l'acte porte sur des biens dont le défunt avait la libre disposition. L'insertion d'une telle clause pénale dans un testament partage est une pratique courante, destinée non pas à ratifier l'acte nul, mais à dissuader les héritiers d'en contester la validité. La validité de telles clauses pénales permet d'organiser le règlement commun des successions de deux époux, contrairement aux principes généraux du droit civil qui imposent le règlement séparé de telles successions, ce afin de respecter la volonté propre de chaque conjoint. De là à dire que la clause pénale insérée dans un testament-partage bride la liberté testamentaire de l'un des conjoints, il n'y a qu'un pas aisément franchi. La question ne se pose pas pour les biens dépendant d'une indivision post-communautaire, dès lors naturellement que la communauté a été dissoute par décès : seuls les héritiers du prémourant, en indivision avec le survivant, subissent les effets du testament-partage portant sur ces biens indivis. A l'inverse, s'agissant d'une indivision communautaire ou post-communautaire, lorsque le mariage s'est dissous par une autre cause que le décès, la question se pose avec davantage d'acuité. En insérant une telle clause pénale dans son testament, le *de cuius* modifie non seulement le règlement de sa propre succession, mais également celle d'un tiers.

Puisque le disposant peut, à titre de sanction, priver un héritier présomptif de ses droits dans la succession, ne pourrait-il, à titre principal, le priver de ces mêmes droits hors idée de punition et indépendamment du comportement, fautif ou non, de ce dernier ?

2010, n° 48, note B. BEIGNIER; RJPF 2010-4/33, note F. SAUVAGE ; RLDC 201/70, n° 3791, obs. POULIQUEN ; Gaz. Pal. 11 novembre 2010, p. 47 note J. CASEY

³⁴³ L. LINOSSIER, *Le partage des successions confondues*, préf. R. LE BALLE, LGDJ, Bibl. dr. privé, tome 47, 1963, spéc. p. 108

³⁴⁴ Voir notamment Cass. civ. 1^{ère}, 6 mars 2001, pourvoi 99-11.308, Bull. Civ. I 53 ; JCP 2001 I 366, obs. R. LE GUIDEC ; JCP N 2001. 1232, note MAURY ; Dr. fam. 2001 comm. 62, note B. BEIGNIER ; RTDCiv. 2001. 648, obs. B. VAREILLE ; Cass. civ. 1^{ère}, 9 décembre 2009, pourvoi 08-18.677, D. 2010 p. 91 note C. LE DOUARON ; Dr. famille 2010, comm. 27 note B. BEIGNIER ; AJ Fam. 2010, p. 91, note F. BICHERON, à propos d'un testament-partage portant sur des biens dépendant d'une indivision post-communautaire. Sur cet arrêt, voir également D. AUTEM, « Partage testamentaire de biens indivis, jusqu'où peut-on aller ? », Defrénois 2010 art. 39103. V. également Cass. civ. 1^{ère}, 3 février 2010, pourvoi 08-18.196 ; RTDCiv 2010 p. 607 note M. GRIMALDI

Section 2 – La privation directe de l'émolument successoral

Étonnamment, l'admission de la privation directe et inconditionnée de l'émolument successoral est très récente. Elle n'a été admise qu'avec parcimonie par la jurisprudence. Alors que la privation directe constitue la technique d'exhérédation par excellence, elle reste encore relativement tabou, puisque marquant nettement une méfiance du disposant envers certains membres de sa famille. La privation directe constitue sans doute l'exhérédation la plus symbolique.

I – La faculté d'exhérer à titre principal

55. Traditionnellement, l'exhérédation est plus naturellement perçue sous une forme indirecte représentée principalement par une libéralité consentie au profit d'un tiers. Est-ce à dire que l'exclusion directe est proscrite ? L'interrogation est ancienne, et sa réponse a connu une lente et longue évolution tant doctrinale que jurisprudentielle. Plus précisément, les débats se sont concentrés autour de deux questions : peut-on prévoir une clause expresse d'exhérédation sans institution de légataire ? Une clause expresse d'exhérédation peut-elle viser la totalité des héritiers légaux ?

Il ne paraît pas inutile de préciser que la question ne se pose qu'à propos des testaments, non des donations, qu'elles soient entre vifs ou à cause de mort. L'exhérédation contenue dans une telle libéralité serait inévitablement nulle comme portant atteinte à la prohibition des pactes sur succession future³⁴⁵.

³⁴⁵ Cf. infra n° 94

Alors qu'en droit romain, le testament devait nécessairement contenir une institution d'héritier³⁴⁶, le droit français n'impose *a priori* rien de tel. L'article 893 aliéna 2 du Code civil, dans sa rédaction issue du Code civil de 1804³⁴⁷, disposant qu'« on ne peut disposer de ses biens, à titre gratuit, que par donation entre vifs ou par testament, dans les formes ci-après établies »³⁴⁸, il aurait été possible d'estimer que les donations et testaments ne peuvent contenir que des libéralités.

Il serait cependant inexact d'en déduire, par un raisonnement *a contrario*, que les libéralités, en tant qu'*instrumentum*, doivent impérativement contenir des libéralités, en tant que *negotium*. La loi elle-même prévoit qu'un testament puisse contenir autre chose qu'un legs, indépendamment de toute libéralité. A titre d'exemple, il est possible de citer, sans que la liste prétende à l'exhaustivité, la nomination d'un exécuteur testamentaire³⁴⁹, la révocation d'un testament antérieur³⁵⁰, la modification de la clause

³⁴⁶ P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, rééd. Par J-P. LEVY, Dalloz, 2003, spéc. p.869 et s. ; B. SCHMIDLIN, *Droit privé romain. I, Origines et sources, famille, biens, successions*, Université de Genève, Bruylant, 2008, spéc. p 291 et s.

³⁴⁷ Ce texte a été remanié par la loi du 23 juin 2006, l'article 893 du Code civil disposant désormais que « la libéralité est l'acte par lequel une personne dispose à titre gratuit de tout ou partie de ses biens ou de ses droits au profit d'une autre personne.

Il ne peut être fait de libéralité que par donation entre vifs ou par testament ».

³⁴⁸ Les articles 894 et 895 édictant respectivement que la donation est l'acte par lequel le donateur « se dépouille » et le testament l'acte par lequel le testateur « dispose » de ses biens.

³⁴⁹ Art. 1025 C. civ. L'exécuteur testamentaire ayant pour mission essentielle de veiller au respect des dernières dispositions – tant patrimoniales qu'extrapatrimoniales du défunt – il n'est pas nécessaire que cette désignation s'accompagne de la désignation de légataires. Si l'exécution testamentaire est nécessairement l'accessoire de dispositions à cause de mort, ces dispositions peuvent ne pas être de nature patrimoniale, telles l'organisation des funérailles (Sur cette question, v. F. LETELLIER, L'exécution testamentaire, préf. B. BEIGNIER, Defrénois, tome 4, 2004, spéc. p. 39 et s. et n° 306 et s.).

³⁵⁰ Art. 1035 C. civ., la jurisprudence admettant que le testament révocatoire ne contienne pas de nouvelle disposition : v. not. Cass. req., 7 juin 1832, DP 1832.1.278, Cass. req., 10 janvier 1865 : DP 1865, I, p. 185 ; S. 1865, 1, p. 118 ; CA Paris, 1er mars 1929 : JCP G 1929, 761 ; DH 1929, p. 258), voire contienne de nouvelles dispositions par la suite annulées. En application de l'article 1037 du Code civil, la volonté révocatoire du défunt exprimée par le défunt peut survivre à la nullité ou à la caducité des nouvelles dispositions testamentaires dès lors que ni le non-respect des conditions de forme ni l'expression du consentement du testateur ne sont à l'origine de la nullité (v. par ex. Cass. civ., 23 juillet 1867 : DP 1867, 1, p. 329, les nouvelles dispositions contenant une substitution prohibée ; Cass. civ., 16 juillet 1906 : DP 1906, 1, p. 367 ; S. 1906, 1, p. 387, le nouveau legs ayant été consenti à un enfant adultérin, alors incapable de recevoir ; CA Grenoble, 28 avril 1903 : S. 1904, 2, p. 259 pour un cas de caducité du nouveau legs en raison du décès du légataire). Sur ces questions, v. J-Cl. Civil Code, « Art. 1035 à 1038 », fasc. unique, 2007, par F. LUCET, actualisé par R. LE GUIDEC, spéc. n° 13 et s.

bénéficiaire d'un contrat d'assurance-vie³⁵¹, l'exercice du droit d'auteur moral³⁵², voire l'organisation des funérailles de certains militaires³⁵³.

Le fait qu'un testament contienne uniquement la volonté clairement exprimée d'exhérer un successible de tout ou partie des héritiers légaux ne saurait être rejeté pour cette unique raison. La circonstance qu'un testament contienne une clause d'exclusion des héritiers légaux ne saurait être contestée pour cette seule raison qu'aucune libéralité n'aurait été stipulée. Rien à la lecture des textes n'impose une telle analyse restrictive, aboutissant à interdire au testateur de prévoir une clause d'exhérédation sans institution parallèle de légataire.

56. Cette analyse, pour autant qu'elle paraisse évidente, n'a été néanmoins que très tardivement admise par la jurisprudence. Pendant longtemps, les juges³⁵⁴ retenaient sévèrement qu'un testament devait contenir une disposition positive si bien qu'une clause d'exhérédation isolée devait être considérée comme nulle. « Exhérer c'est instituer »³⁵⁵ : l'adage était appliqué strictement par les magistrats qui estimaient que pour exhérer il fallait nécessairement instituer, puisque l'état total de déshérence ne pouvait être admis en présence d'héritiers légaux.

Par tempérament, et dans le souci de « sauver » les testaments ne contenant qu'une exclusion partielle, la jurisprudence a pu voir dans cette exhérédation

³⁵¹ Art. L. 132-8 al. 6 C. ass., bien que ce texte n'évoque par la modification par testament mais par « voie testamentaire ».

³⁵² Art. L. 121-1 CPI

³⁵³ Art. L. 510 du Code des pensions militaires d'invalidité et des victimes de la guerre : certains maréchaux et officiers généraux ayant servi pendant la première Guerre Mondiale peuvent, sur leur désir exprimé par disposition testamentaire, être inhumés à l'Hôtel des Invalides.

³⁵⁴ Cass. civ., 17 novembre 1863, *Baudain*, DP 1863.1.441 note H. THIERCELIN, S 1864.1.5. Mais une partie de la doctrine considère cette décision comme étant de pure opportunité, en raison des faits bien particuliers de l'espèce : le défunt avait, outre divers légataires particuliers, institué un légataire universel en la ville de Bordeaux. Le légataire universel n'ayant pas été autorisée par l'État – en vertu des textes alors en vigueur – à accepter en totalité le legs qui lui a été consenti, la doctrine a pu estimer que « l'État, qui venait de réduire le legs, fait à la ville de Bordeaux au détriment de la famille à laquelle le testament ne laissait rien de l'immense fortune [du défunt], s'il savait que la règle « exclure c'est disposer » allait jouer en sa faveur aurait eu une attitude assez peu cohérente, retirant d'une main ce qu'il accordait de l'autre » (J. BARRERE, *L'exhérédation : le fondement du droit successoral français*, thèse Toulouse, 1949, spéc. p. 329). *Adde* Trib. de Bordeaux, 29 juin 1864, sous CA Bordeaux, 20 février 1865, DP 1865.2.150

³⁵⁵ Ou « Exclure c'est disposer »

l'institution implicite des héritiers non exhérédés : si un défunt peut exhéredier ses héritiers, c'est à la condition que le testament contienne, au moins implicitement, la désignation positive d'un successeur. A défaut d'institution expresse, l'émolument successoral doit revenir aux héritiers de même rang non déshérités, ou aux héritiers de rang subséquent, sans qu'il soit besoin de les désigner expressément³⁵⁶. Une partie de la doctrine³⁵⁷ et de la jurisprudence³⁵⁸ s'accordèrent et s'accordent encore aujourd'hui à dire que les héritiers légaux bénéficiant de la privation imposée à leurs cohéritiers reçoivent le surplus de droits, non pas en vertu de leurs droits *ab intestat*, mais en vertu d'une libéralité déduite de la volonté d'exhéredier émise par leur auteur.

Mais en présence d'une exhéredation de tous les héritiers légaux – sans possibilité d'y voir l'institution implicite des héritiers de rang égal ou subséquent – à laquelle en outre n'aurait pas été adjointe une institution d'héritiers testamentaires, la doctrine majoritaire³⁵⁹ suivie en cela par la jurisprudence³⁶⁰, choisit de refuser toute validité à une telle disposition à cause de mort.

57. Progressivement, malgré l'hostilité toujours persistante de la doctrine alors majoritaire, la validité de l'exhéredation totale et expresse sans institution de

³⁵⁶ CA Paris, 13 décembre 1901, DP 1902.2.177 note A. COLIN ; CA Rouen, 22 mars 1918, D 1920.2.70

³⁵⁷ H., L. et J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, tome 4, 2e volume, 1965, spéc. N° 1005. Plus réservé, M. GRIMALDI, *in* Dalloz Action « Droit patrimonial de la famille », 2008, spéc. n° 323.93. L'auteur précise que le débat est sans grand intérêt pratique. Il est vrai que le titre conféré à l'héritier recueillant ce surplus de droit – héritier *ab intestat* ou légataire – lui offre les mêmes droits et lui impose les mêmes obligations, sauf éventuellement à lui imposer l'envoi en possession du legs (à condition que celui-ci puisse être qualifié d'universel) implicitement consenti par le disposant.

³⁵⁸ Cass. req., 7 juin 1832, S. 1832.1.542, D. 1832.1.278 ; CA Bordeaux, 26 août 1850, S 1850.2.598 ; Cass. civ., 10 février 1869, DP 1869.1.175 ; CA Aix, 28 juin 1948, JCP 1948 II 4617 note P. VOIRIN.

³⁵⁹ V. not. H. THIERCELIN, note sous Cass. civ., 17 novembre 1863, DP 1863.1.441, et les références citées. *Contra* v. RAYNAL, concl. sous Cass. civ., 17 novembre 1863, DP 1863.1.441

³⁶⁰ CA Rennes, 27 février 1860, DP 1860.2.160, S 1860.2.324 : « si la loi confère à l'homme la faculté de préférer des héritiers de son choix à ceux qu'elle donne, elle ne lui attribue pas le pouvoir d'exclure ceux-ci sans leur substituer personne [...], si cette disposition peut même résulter d'une exclusion, c'est seulement quand cette exclusion est conçue dans des termes tels, et intervient dans de telles circonstances que la volonté d'exclure comprenne nécessairement celle de disposer ». V. dans le même sens CA Rouen, 22 décembre 1897, S. 1899.2.97, et ce bien que le testament contienne référence à un testament antérieur par lequel le défunt disposait de ses biens, dès lors que celui-ci n'a pu être retrouvé.

légataire a pu être reconnue³⁶¹. Ce sont essentiellement les évolutions doctrinales relatives à la place de l'État dans le droit successoral qui ont été le moteur de ce revirement de jurisprudence.

Deux thèses s'opposaient principalement en doctrine, celle de l'État-héritier, et celle de l'État-souverain. L'enjeu de la qualification³⁶² n'était pas anodin, compte tenu des conclusions drastiquement opposées que son choix induisait³⁶³. Pour mieux le cerner la doctrine a très tôt évoqué l'hypothèse d'un testament privant expressément tous les héritiers – en ce compris l'État – de leurs droits successoraux. Retenait-on la qualification d'État-souverain que l'exhérédation devait entraîner la transmission du patrimoine successoral à l'État ; en revanche si l'on soutenait celle d'État-héritier, alors il fallait en conclure à la nullité totale du testament et au rétablissement de la transmission *ab intestat* au profit des héritiers exclus.

Pour certains auteurs, l'État est un héritier comme un autre³⁶⁴, et exclure tous les héritiers constitue donc un non-sens : les biens se retrouveraient ainsi sans titulaire, chose impossible pour les tenants de cette opinion doctrinale. La jurisprudence a pu, un temps, adopter une telle qualification³⁶⁵. S'agissant de l'exhérédation, cette thèse a pu

³⁶¹ CA Paris, 11 février 1898, S. 1898.2.165 ; CA Paris, 27 janvier 1942, JCP 1942 II 1836 note P. VOIRIN et sur pourvoi : Cass. req., 20 juillet 1943, JCP 1943 II 2450 note P. VOIRIN ; CA Aix-en-Provence, 2 octobre 1973, D. 1974 p. 745, note BIRH

³⁶² Qui ne se réduisait pas cependant à ce seul débat. L'idée d'une réserve héréditaire octroyée à l'État en tant qu'héritier a parfois été avancée en doctrine, non seulement dans le but de sauver les testaments contenant exhérédation totale des successibles, mais plus largement dans une visée utilitariste, « socialiste » de l'héritage. Certains auteurs voient d'ailleurs dans l'impôt successoral une part d'hérédité transmise à l'État (V. not. sur ces questions E. VALLIER, *Le fondement du droit successoral en droit français*, thèse Paris, 1902, spéc. § 927 et s).

³⁶³ A. COLIN, note sous CA Paris, 13 décembre 1901, *préc.*

³⁶⁴ J. MAS, *Les diverses conceptions juridiques des droits de l'État en matière successorale depuis le Code civil*, thèse Bordeaux, 1928. V. cependant, plus nuancé, E. VALLIER, *op. cit.*, spéc. § 782 et s., § 936. L'auteur est partisan de la thèse de l'État-héritier, mais considère que, dans l'hypothèse d'une exclusion expresse de tous les héritiers – en ce compris l'État en tant qu'héritier – celui-ci recueillerait tout de même la succession à titre de déshérence. L'État disposerait d'une double qualité – héritier et titulaire d'un pouvoir de police – seule la première pouvant être supprimée par le testateur.

³⁶⁵ Cass. civ., 13 juin 1855, DP 1855.1.253, S. 1855.1.690 (l'État, successeur irrégulier envoyé en possession, peut opposer aux héritiers de rang préférable leur inaction pendant plus de trente ans) ; CA Paris, 14 février 1890, DP 1891.2.273 ; CA Paris, 13 décembre 1901, DP 1902.2.177 note A. COLIN : « l'État, assimilé à l'enfant naturel et au conjoint survivant en ce qui concerne le droit successoral, doit être compris parmi les héritiers qui aux termes de la police sont appelés à profiter de l'assurance ».

connaître une certaine consécration jurisprudentielle en 1901³⁶⁶ et 1918³⁶⁷ : les Cours d'appel de Paris et Rouen, après avoir assimilé l'État à un successeur irrégulier, ont estimé que celui-ci pouvait bénéficier, comme les autres successeurs irréguliers, d'une institution implicite par voie d'exhérédation.

Pour d'autres, l'État n'est pas un héritier, mais un souverain, habile à recueillir tous les biens vacants et sans maître, en application de l'article 539 du Code civil. En application de cette théorie – majoritaire en doctrine – la jurisprudence a ainsi pu retenir que les biens des étrangers décédés en France sans héritiers devaient être appréhendés par l'État français en vertu de son droit de souveraineté³⁶⁸ : la solution aurait été différente dans l'hypothèse où l'État aurait été vu comme un héritier, les règles de droit international privé soumettaient à l'époque la dévolution successorale des étrangers décédés en France sans avoir été admis à domicile à la loi nationale du défunt³⁶⁹. Pour les mêmes raisons, en cas d'exhérédation, l'État devrait, selon les tenants de cette opinion, recueillir la totalité de la succession.

³⁶⁶ LAMBERT, *op. cit.*, spéc. p. 323 ; CA Paris, 13 décembre 1901, *préc.* ; P. VOIRIN, note sous CA Paris, 27 janvier 1942, *préc.*

³⁶⁷ CA Rouen, 22 mars 1918, D 1920.2.70

³⁶⁸ Voir les motifs du premier arrêt *Forgo* : Cass. civ., 5 mai 1875, S. 1875.1.409, Clunet 1875.358, DP 1875.1.343 ; V. également l'Instruction générale du Directeur général de l'administration de l'enregistrement et des domaines n° 2602 du 10 octobre 1878, spéc. n° 9.

³⁶⁹ Avant l'abrogation de l'article 13 du Code civil par la loi du 19 août 1927 (DP 1928.4.1), les étrangers résidant en France ne pouvaient prétendre y avoir un domicile que s'ils avaient été « admis à domicile », c'est-à-dire autorisés par le Gouvernement français à jouir d'un domicile en France. Et la jurisprudence estimait qu'à défaut d'admission à domicile, la dévolution de la succession mobilière d'un étranger ayant résidé en France devait être régie par sa loi nationale (Cass. civ., 5 mai 1875, *Forgo*, *préc.* et Cass. civ., 24 juin 1878, S. 1878.1.429, DP 1879.1.56, Clunet 1879, GADIP n° 8 : en l'espèce le renvoi de la loi nationale avait toutefois conduit à appliquer la loi française ; Cass. req. 1^{er} mars 1910, Soulié, D.P. 1912.1.262 ; Cass. civ., 7 mars 1938, *de Marchi*, Rev. crit. dr. int. 1938 p. 472).

Après la disparition de l'article 13, la Cour de cassation a appliqué la loi du dernier domicile aux successions mobilière des Étrangers effectivement domiciliés en France (V. Cass. civ. 19 juin 1939, *Labadan*, DP 1939.197 ; note L.P., S. 1940.1.49 note NIBOYET).

L'article 1^{er} du décret-loi du 12 novembre 1938 ayant par la suite subordonné pour l'étranger la jouissance des droits attachés au domicile à la délivrance d'une autorisation de séjour de plus d'un an, la jurisprudence a pu à nouveau admettre que la succession mobilière d'un étranger n'ayant pas l'autorisation nécessaire n'était pas régie par la loi française.

Après l'abrogation du décret de 1938 par l'ordonnance de 1945, la Cour de cassation est revenue au principe posé en 1939 : les successions mobilières sont régies par la loi du dernier domicile du défunt.

Cette position a, depuis, été indirectement confirmée par l'ordonnance n° 58-1307 du 23 décembre 1958. Désormais, l'article 768 du Code civil prévoit qu'« à défaut d'héritiers, la succession est acquise à l'État » : une clause d'exhérédation de tous les héritiers du testateur ne peut donc porter atteinte aux droits de l'État. Peu de temps après, la Cour de cassation a pu clairement énoncer, au visa de l'article 768 du Code civil, qu'une clause d'exhérédation totale, valable dans la mesure où elle exclut les parents du testateur, est nulle à l'égard de l'État qui est habile à recueillir les successions, à défaut d'héritier, en vertu d'un droit de déshérence. La rédaction adoptée par le législateur incite à considérer l'État, non pas en tant qu'héritier ab intestat, mais bien comme un souverain, apte en cette qualité, à appréhender les biens ne revenant pas aux héritiers légaux.

C'est donc en toute logique que la Haute juridiction retient que la clause d'exhérédation visant « qui que ce soit des ayants droit à [la] succession » ne peut faire échec à la prérogative exorbitante de l'État, qui tire de son droit de déshérence la prérogative de recueillir les successions à défaut d'héritier³⁷⁰.

Ainsi, en droit positif, rien n'interdit désormais au *de cuius* de prononcer l'exhérédation totale des prétendants légaux à sa succession, l'État recueillant *in fine*, en tant que souverain, les biens non attribués.

II - La volonté doit-elle être formellement exprimée ?

58. S'il est à présent loisible au *de cuius* de décider d'une exhérédation totale, encore faut-il pour qu'elle produise effet, que son intention soit manifeste. Se pose alors la question de l'expression de cette intention : doit-elle être clairement exprimée ou peut-elle être tacite ? Excepté les hypothèses d'exhérédation indirecte, admettre une

³⁷⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 11 mars 1968, Bull. Civ. n° 92, JCP N 1968 II 15633 ; Defrénois 1968, art. 29159 ; D. 1968, p. 541, note P. VOIRIN

privation tacite des droits successoraux semble à première vue inconcevable, non pas en raison de difficultés techniques, mais de par la nécessité – pour des questions de protection de l'héritier évincé – d'obtenir du défunt un consentement dénué d'ambiguïté. L'exhérédation ne peut être induite de dispositions testamentaires ayant un tout autre objet³⁷¹.

Telle apparaît bien être la position de la jurisprudence : en 1968, la Cour de cassation a approuvé les juges du fond d'avoir estimé qu'un testament par lequel le défunt, ayant désigné ses deux enfants pour seuls héritiers et précisé que sa compagne, devenue par la suite son épouse, serait réduite à gagner sa vie, ne contenait pas exhérédation de son épouse, celle-ci n'ayant aucune vocation à l'époque du testament et « le testateur n'ayant pas formulé son intention expresse de la priver de tout droit éventuel dans sa succession »³⁷².

De même, la Cour de cassation a pu retenir que le legs consenti à son épouse de l'usufruit des parts détenues par le testateur dans une SCI familiale ne pouvait entraîner pour le conjoint privation des droits successoraux *ab intestat*³⁷³. La Haute juridiction a en effet considéré que de l'existence de ce legs – destiné à assurer une source de revenus au conjoint – ne pouvait être déduite la volonté pour le testateur d'écarter toute dévolution en pleine propriété au bénéfice de son conjoint. La décision, tout au moins sur ce point particulier³⁷⁴, ne surprend guère : l'intention de priver ne peut être déduite de la volonté de léguer, donc de l'intention libérale. Hors le cas d'imputation, la libéralité consentie à un successible ne saurait valoir pour lui privation de sa vocation successorale. L'intention de priver un successible n'est pas la conséquence de l'intention de transmettre à ce même successible. L'adage selon lequel « Instituer c'est exhéredier » ne vaut qu'à hauteur des droits transmis : le reste des biens doit être réparti suivant la

³⁷¹ V. déjà CA Caen, 24 mai 1861, S. 1861.2.481 : « l'exclusion [du neveu du défunt] ne permet pas de supposer que le testateur se fût borné à exclure [les enfants de celui-ci] par voie d'induction et à l'aide d'une équivoque, s'il eût voulu les priver d'une part dans son hérité ».

³⁷² Cass. civ. 1^{ère}, 29 avril 1968, JCP 1968. II. 15667, note M. D.

³⁷³ Cass. civ. 1^{ère}, 4 juin 2009, pourvoi 08-15.799, Bull. Civ. I n° 122 ; Dr. Fam. septembre 2009, comm. 111 par B. BEIGNIER ; RTDCiv 2010 p. 141 note M. GRIMALDI ; JCP N, 12 février 2010, p. 1072 note D. GILLES ; JCP G, 15 février 2010, p. 203 n° 1 par R. LE GUIDEC.

³⁷⁴ Deux questions ont été évoquées par la Cour de cassation : l'étendue des droits légaux du conjoint survivant – point ici abordé – et l'imputation des libéralités sur les droits *ab intestat* du conjoint survivant – difficulté précédemment évoquée : cf. *supra* n° 42.

dévolution légale. En conséquence, la solution adoptée se justifie pleinement en tant que telle. Pourtant, étrangement, la Cour de cassation va retenir une autre justification, puisqu'elle préférera se retrancher derrière l'appréciation souveraine des juges du fond pour admettre à la fois le maintien des droits légaux du conjoint survivant et leur cumul avec la libéralité consentie³⁷⁵.

La référence au but poursuivi par le défunt – assurer des revenus à son conjoint – semble superfétatoire. La motivation de la décision paraît participer d'une confusion entre interprétation de la clause testamentaire – ce que voulait léguer le défunt à son conjoint – et volonté de maintenir les droits légaux outre la libéralité. L'étendue du legs n'étant sujette à aucune contestation, s'agissant à la fois de sa nature – l'usufruit – et de son assiette – les parts de SCI –, la référence à l'appréciation souveraine des juges du fond ne se justifie nullement. Il aurait été sans doute plus pertinent de constater qu'aucune volonté expresse ou indirecte n'avait été exprimée par le défunt et par conséquent que les droits légaux avaient été maintenus.

Dans un domaine proche, il est aujourd'hui généralement admis que la révocation d'un testament ne devrait pas être tacite³⁷⁶, outre les cas spécifiquement prévus par la loi³⁷⁷ : une présomption de volonté ne saurait entraîner la révocation du testament, même si la jurisprudence a pu, par le passé, laisser sous-entendre le contraire³⁷⁸. D'où le choix par la doctrine d'une voie médiane située entre volontarisme

³⁷⁵ S'agissant, en l'espèce, d'un décès intervenu entre le 1^{er} juillet 2002 et le 1^{er} janvier 2007, la référence à l'appréciation souveraine des juges du fond pour justifier le cumul du legs et des droits légaux ne laisse pas d'étonner.

³⁷⁶ A. COLOMER, « La révocation tacite d'un testament olographe », *Defrénois* 1985 art. 33507 ; G. TEILLIAIS, « La révocation volontaire des testaments », *Petites affiches*, 13 août 1997, p. 4 ; P. GODE, *Volonté et manifestations tacites*, préf. J. PATARIN, PUF, 1977, spéc. § 45 et s. ; J-Cl. Civil Code, « Art. 1035 à 1038 », fasc. unique, 2007, par F. LUCET, actualisé par R. LE GUIDEC, spéc. § 24 et s.

V. par ex. Cass. req., 15 mai 1860, DP 1860.1.277 ; S. 1860, 1, p. 625 ; Cass. req., 23 février 1914, DP 1914.1.311 ; S. 1914.1.360 ; Cass. civ. 1^{ère}, 5 février 1959, Bull. Civ. 1959, I, n° 77 ; JCP G 1959 IV 28

Sauf par la destruction matérielle et volontaire du testament par son auteur, laquelle n'emporte pas « présomption légale de révocation », mais doit correspondre à une volonté non équivoque du testateur : v. not. Cass. civ. 1^{ère}, 28 avril 1969, Bull. Civ. I, no 152, J.C.P. 69, éd. G, II, 16034, note M. DAGOT ; Cass. civ. 1^{ère}, 2 février 1971, *Defrénois* 1971, art. 30009 obs. J-L. AUBERT, D. 1971, 421, note J. MAURY ; JCP 1972 II 17000, note M.D.

³⁷⁷ Révocation par un testament postérieur dont les dispositions se révèlent incompatibles avec les précédents (art. 1036 C. civ.) et révocation par l'aliénation de la chose léguée (art. 1038 C. civ.).

³⁷⁸ Cass. req., 23 avril 1912, DP 1913.1.41, note H. CAPITANT. Une décision a certes permis à la Cour de cassation d'affirmer que « la révocation d'un testament ne peut résulter que d'un acte exprès ou d'une situation de fait créée par le testateur lui-même dans le dessein de rendre impossible l'exécution

et formalisme : l'intention du testateur si elle doit être certaine, peut ne pas être expresse tout en ayant au minimum une manifestation formelle.

59. La première conséquence de cet énoncé est qu'une exhérédation ne saurait être tacite : elle doit pour le moins être exprimée dans le testament, même si aucun terme sacramentel ne devrait être exigé. Retenir une solution inverse reviendrait à dénaturer la volonté du défunt : il n'appartient pas aux tribunaux de « refaire » le testament en y adjoignant une clause non prévue³⁷⁹ – même de manière sommaire – par le *de cuius*. C'est la raison pour laquelle il paraît indispensable d'imposer un formalisme, même minimum, ce qui ne signifie pas pour autant qu'une quelconque formule sacramentelle puisse être exigée : il faut mais il suffit que l'intention de priver soit exprimée dans un testament pour être valable.

Un formalisme minimal se conçoit naturellement : les effets non négligeables d'une telle disposition implique *a minima*, un écrit, non pas dans l'intérêt de l'héritier, mais dans le but de protéger et d'assurer le consentement du *de cuius*. Si les héritiers ont un intérêt bien compris à la rédaction d'un écrit, ce n'est pas tant pour préserver leurs droits que pour renforcer l'expression de la volonté du testateur. Certes, d'aucuns ont pu objecter³⁸⁰ qu'à la différence de la révocation des testaments, qui ne porte pas atteinte aux droits des tiers³⁸¹, l'exhérédation prive les héritiers de leur vocation successorale. Au soutien de cette thèse, il est avancé que si les légataires ne sont finalement pas déçus par la révocation du testament³⁸², en revanche les héritiers

des legs antérieurement consentis par lui » (Cass. civ. 1^{ère}, 25 mai 1959, Bull. Civ. n° 264 ; JCP 1959 II 11188, note R SAVATIER). La portée de cette décision est cependant contestée en doctrine, s'agissant notamment de la référence à la situation de fait créée par le testateur (v. COLOMER, *op. cit.*, spéc. § 15, partisan d'un retour à la jurisprudence admettant la révocation tacite, et *contra* v. not. M. GRIMALDI, *Les libéralités*, *op. cit.*, spéc. n° 1505).

³⁷⁹ Ici une clause d'exhérédation, mais le propos vaut pour toute autre clause testamentaire : Cass. civ., 13 décembre 1943, JCP G 1944 II 2626, note P. VOIRIN ; Cass. civ. 1^{ère}, 4 novembre 1952, JCP G 1953 II 7554, note PONSARD ; Cass. civ. 1^{ère}, 25 juin 1968, D. 1968, jurispr. p. 625 ; Cass. civ. 3^e, 30 juin 1976, pourvoi 74-13.313, JCP N 1977, prat. 206

³⁸⁰ V. en ce sens : P. ADAM, *De l'exhérédation en droit civil français*, thèse Nancy, 1902, spéc. p. 67 : « comme c'est une mesure grave qui enlève aux héritiers une succession sur laquelle la loi leur donnait des droits, elle ne peut ressortir d'une disposition équivoque ».

³⁸¹ P. GODE, *op. cit.*, spéc. p. 75 *in fine*

³⁸² Dans la mesure où il n'avait, hors du testament, droit à rien, et ne subit donc aucun préjudice de la révocation du testament : cf. *infra* n° 104

évincés, eux, perdent leur héritage : en conséquence, imposer une formalité pour l'exhérédation aurait pour finalité la protection du droit à l'héritage du successible. Cette opinion, si elle n'est pas dénuée de pertinence, ne convainc pas, puisque basée sur un présupposé contestable : l'héritier aurait un droit à l'héritage, dont la privation lui est nécessairement préjudiciable. L'assertion ne se vérifie pas en droit positif ; aucun ne pouvant revendiquer de droit à l'héritage³⁸³, héritier et légataire se trouvent finalement dans la même situation : leur espoir déçu ne leur cause aucun préjudice. Dans cette mesure, aucune protection ne leur est nécessaire. Il serait préférable de voir dans cette exigence formaliste la volonté de protéger la décision du défunt : l'écrit ne s'y substitue pas mais renforce autant qu'il favorise l'expression de cette volonté.

60. De cette analyse, découle l'affirmation suivante : il n'est pas nécessaire que l'intention du disposant se manifeste expressément dès lors qu'elle n'est pas équivoque et repose sur un écrit.

La privation du droit viager au logement illustre concrètement cette proposition. L'article 764 du Code civil, issu de la loi de 2001, offre au conjoint survivant un droit viager d'usage et d'habitation portant sur le logement, dépendant de la succession ou appartenant aux époux, qui constituait sa résidence principale au jour du décès³⁸⁴. Fruit d'un compromis³⁸⁵, ce droit n'a pas été voulu d'ordre public : le défunt peut valablement décider de supprimer le droit au logement. Toutefois, la loi impose que cette exclusion ait comme support un testament authentique. Est-ce à dire qu'une exclusion expresse est prescrite par le texte ? La question est discutée. Aucune mention expresse n'a cependant été clairement imposée : la privation du droit viager au logement pourrait

³⁸³ Cf. infra n° 72

³⁸⁴ V. parmi une très abondante littérature, B. PAYS, « Du droit d'usage et d'habitation au droit au logement », *AJ Fam.* 2002 p. 745 ; S. PIEDELIÈVRE, « Le droit au logement du conjoint survivant », in *Mélanges en l'honneur du doyen Roger Decottignies*, PU Grenoble, 2003, p. 269 ; F. SAUVAGE, « Le logement de la veuve », *Dr. et patr.*, janvier 2003, p. 32 ; F. VAUVILLÉ, « Les droits au logement du conjoint survivant », *Defrénois* 2002 p. 1277 ; B. VAREILLE, « Variations futiles sur les droits au logement du conjoint survivant », in *Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Dalloz, 2007, p. 1721

³⁸⁵ M. GRIMALDI, « Droits du conjoint survivant : brève analyse d'une loi transactionnelle », *AJ Fam.* 2002 p. 48

ainsi n'être qu'indirecte³⁸⁶, à condition d'être certaine. La forme authentique imposée par la loi n'a eu pour but que de protéger le consentement du défunt, que l'on souhaitait éclairé³⁸⁷, non d'imposer une mention spécifique.

La difficulté n'est pas nouvelle : nonobstant les vocables « exprimé » et « expressément » utilisés dans les articles 843 alinéa 1^{er} et 919 alinéa 1^{er} du Code civil, la jurisprudence retient de manière constante que la dispense de rapport puisse simplement se déduire des clauses de l'acte ou des circonstances extérieures³⁸⁸, dès lors que la volonté du disposant est certaine et non équivoque. Et il en va de même de la stipulation de rapport imposée à un légataire³⁸⁹ : l'obligation au rapport n'a pas à être expressément prévue par le testateur, contrairement aux prescriptions textuelles³⁹⁰. Ici encore, il est nécessaire mais suffisant que la volonté ne soit pas douteuse.

Dès lors que la volonté transparaît dans le testament, qu'elle soit expresse ou indirecte, la privation du droit viager au logement doit pouvoir être déduite des autres dispositions contenues dans le testament et qui se révéleraient incompatibles avec le droit au logement. Le droit viager prévu à l'article 764 du Code civil ne déroge pas en

³⁸⁶ Par exemple par le legs particulier consenti à un tiers – nécessairement contenu dans un testament authentique – du logement objet du droit viager : F. VAUVILLÉ, art. *préc.* ; M. GRIMALDI, « Le sort du logement après le décès », Gaz. Pal. 20 septembre 2007, p. 13, spéc. n° 5. V. également CA Aix-en-Provence, 13 novembre 2007, n° 07/05202 : un legs universel consenti au profit de la fille unique du défunt a pour effet l'exclusion du droit au logement instauré par l'article 764 du Code civil.

Contra, H. BOSSE-PLATIÈRE, « Libéralités et logement », D. 2008 p. 375 ; M-C. de ROTON-CATALA, Dalloz Action « Droit patrimonial de la famille », 2008, spéc. n° 233.52 ; J-Cl. Civil Code, « Art. 757 à 767 », fasc. 20, 2007, par P. CATALA, spéc. n° 44 ; Rép. Civ. Dalloz, « Succession (1° Dévolution) », 2009, par R. LE GUIDEC et G. CHABOT, spéc. n° 361. En présence d'un tel legs particulier, les auteurs estiment que le legs ne doit pas être considéré comme nul, mais simplement grevé du droit viager au logement accordé au conjoint survivant.

³⁸⁷ « Cette disposition devant permettre de faire primer la logique de « l'affection », dans laquelle s'inscrit la proposition de loi, tout en protégeant le conjoint survivant de la rédaction d'un testament olographe qui, rédigé sans aucun formalisme, ne pourrait être que le reflet d'éventuels mouvements d'humeur du défunt » (Rapp. AN 5 février 2001 n° 2910, par A. VIDALIES, spéc. p. 32).

³⁸⁸ V. parmi une très abondante jurisprudence : Cass. req., 28 juin 1882, D 1885.1.27 ; Cass. req., 19 octobre 1903, DP 1903.1.600 ; Cass. req., 14 décembre 1908, DP 1909.1.388, Cass. civ. 1^{ère}, 3 novembre 1976, JCP G 1978 II 18871 note M. DAGOT, RTDCiv 1979 p. 415 obs. R. SAVATIER ; Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} juillet 1997, Defrénois 1997 p. 417 obs. G. CHAMPENOIS

³⁸⁹ V. notamment Cass. civ., 29 avril 1918, DP 1922.1.23 ; Cass. req., 14 mars 1933, S 1934.1.121 note H. BATTIFOL ; et ce malgré l'emploi (que l'on pourrait qualifier ici de clause de style : cf. infra n° 62 *in fine*) des termes « par préciput et hors part » ou « en moins prenant » : Cass. req. 7 mars 1932, D 1932.1.123, Cass. civ. 1^{ère}, 17 mars 2010, pourvoi 09-65.126, Defrénois 15 avril 2011 art. 39225 n° 7 obs. B. VAREILLE

³⁹⁰ Art. 843 al. 2 C. civ.

cela à la règle générale selon laquelle une exhérédation puisse être déduite des dispositions contenues dans un testament – nécessairement authentique – malgré l’absence de formule sacramentelle.

61. Pourtant, nonobstant l’exigence d’une volonté exprimée, au moins indirectement, par le truchement d’un écrit, la Cour de cassation a pu – dans un cas bien particulier – déduire d’une exhérédation partielle l’exhérédation totale d’un successible. Suite à l’extension par la loi du 3 décembre 2001 des droits du conjoint survivant, s’est posée la question du sort des actes emportant exhérédation rédigés avant le 1^{er} juillet 2002 – date d’entrée en vigueur de ladite loi – mais appliqués à des successions ouvertes après cette date.

La tentation est forte de répondre à cette interrogation en faisant appel aux règles traditionnelles d’application de la loi dans le temps³⁹¹. En effet, le testament, bien que rédigé du vivant du *de cuius*, est un acte de dernières volontés ne produisant effet qu’à son décès : sa confection obéit aux dispositions en vigueur au jour de sa rédaction, ses effets étant gouvernés par les règles applicables au jour du décès³⁹². Par exception, les dispositions transitoires de lois particulières³⁹³ ou l’application de principes généraux du droit français³⁹⁴ peuvent y déroger.

³⁹¹ C. JUBAULT, « Libéralités antérieures à la loi du 3 décembre 2001 et droits nouveaux du conjoint survivant », JCP N 9 Septembre 2005 p. 1372

³⁹² Cass. req. 22 janvier 1883, DP 1883. 1. 147, S. 1884. 1. 25, à propos de la licéité des clauses de non-mariage insérées dans le testament.

COLIN et CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 3, 10e éd., 1950, Dalloz, no 1416 ; BEUDANT, *Cours de droit civil français*, t. 6, par VOIRIN, n° 94 ; Rép. Civ. Dalloz, « Confits de lois dans le temps », 2006, par L. BACH, spéc. n° 545 et s.

³⁹³ Il en va ainsi, par exemple, de l’article 14 alinéa 2 de la loi de 1972 aux termes duquel « les droits de réservataires institués par la présente loi ou résultant des règles nouvelles concernant l’établissement de la filiation ne pourront être exercés au préjudice des donations entre vifs consenties avant son entrée en vigueur ». sur ce texte, v. N. BAREÏT, *Le droit transitoire de la famille*, préf. J.-J. LEMOULAND, Defrénois, tome 45, 2010

³⁹⁴ CourEDH, 22 décembre 2004, *Merger et Cros c/ France*, req. 68864/01, JCP G 2005, p. 83, n° 16, chron. F. SUDRE ; RTDCiv. 2005, p. 335, obs. J.-P. MARGUENAUD ; Dr. famille 2005, étude 17, par S. LE CHUITON. Un père avait, avant l’entrée en vigueur de la loi de 2001, légué à sa fille adultérine la quotité disponible de sa succession, en l’espèce du quart, portant ainsi atteinte aux prescriptions de l’ancien article 908 du Code civil selon lequel l’enfant adultérin ne pouvait rien recevoir au delà de ce que lui accordait l’ancien article 760, soit une demi-part d’enfant légitime. L’application de ces textes, pourtant conforme aux règles de droit interne alors en vigueur, a entraîné la condamnation de la France, comme constituant une discrimination au sens des articles 8 (droit au respect de la vie privée) et 14 (principe

S'agissant de l'exhérédation, un tel renvoi aux règles de droit transitoire s'avère cependant partiellement inapproprié.

Il n'est pas contestable qu'un testament rédigé avant l'entrée en vigueur d'une loi instaurant un droit d'ordre public ne pourrait avoir pour effet de contourner ce droit, de par son caractère impératif. Appliqué aux droits successoraux du conjoint survivant, la règle implique qu'une disposition à cause de mort rédigée avant le 1^{er} janvier 2007 ne pourrait avoir pour effet de le priver de ses droits à réserve créés par la loi du 23 juin 2006³⁹⁵. A l'inverse, s'agissant d'un formalisme d'ordre public, le droit viager au logement instauré par l'article 764 du Code civil pourrait valablement être supprimé par une libéralité antérieure, mais à condition que cette libéralité prenne la forme d'un testament authentique.

Les droits légaux *ab intestat*, quant à eux, soulèvent des difficultés plus importantes. Lorsque le défunt a, par un testament antérieur à 2001, privé son conjoint de « tous ses droits », il faut considérer, en accord avec la jurisprudence, que l'exclusion concerne non seulement les droits en usufruit mais également en pleine propriété. La Cour de cassation présume d'ordinaire que le défunt s'est référé à la loi nouvelle : l'interprétation des manifestations de dernières volontés suit donc, jusqu'au décès, et en l'absence de toute manifestation de volonté contraire du disposant, les évolutions législatives successives³⁹⁶.

d'égalité) combinés de la Convention. S'il ne s'agissait pas à proprement parler d'une question d'application de la loi dans le temps – la loi nouvelle n'étant entrée en vigueur que quelques mois après le décès et le partage de la succession – cette décision est intéressante en ce qui concerne la question de la rétroactivité des décisions judiciaires et, singulièrement, des arrêts de la Cour européenne. En suivant cette jurisprudence, il est possible d'envisager l'application de règles nouvelles à nées auparavant, par exemple à des testaments déjà confectionnés et appliqués.

³⁹⁵ En l'absence de descendants, le conjoint survivant est désormais réservataire à hauteur d'un quart de la masse successorale : art. 914-1 C. civ.

³⁹⁶ Un défunt avait en 1919 consenti à son conjoint une donation entre époux « portant sur la quotité disponible la plus large ». Lors de la rédaction de la donation entre époux, la quotité disponible offerte au conjoint survivant était, en l'absence de descendants mais en présence d'ascendants (ce qui était le cas en l'espèce) était des trois quart en pleine propriété. La loi du 3 décembre 1930 a permis au conjoint survivant de recueillir, en outre la nue-propriété de la part réservataire des ascendants, la quotité disponible spéciale étant alors portée à $\frac{3}{4}$ en pleine propriété et $\frac{1}{4}$ en nue-propriété. Le donateur étant décédé après l'entrée en vigueur de la loi de 1930, la Cour de cassation a pu retenir que « le droit des héritiers réservataires n'est fixé et délimité que par la loi qui lui donne naissance, c'est-à-dire par celle qui est en vigueur au jour du décès du *de cuius* » (Cass. civ., 14 juin 1948, JCP 1949 II 4661, obs. P. ROUBIER ; Defrénois 1949, art. 26671). *A contrario*, le legs (ou la donation) de la quotité disponible doit s'entendre de la quotité disponible en vigueur au jour du décès.

La généralité de la règle prétorienne autorise-t-elle un raisonnement analogue lorsque la privation concerne des droits d'une nature particulière ?

Aucune difficulté ne devrait en principe être soulevée dans l'hypothèse où l'intention du défunt s'est clairement exprimée, car il n'appartient pas aux juges éventuellement saisis de dénaturer le sens clair et précis d'une disposition testamentaire. Pourtant, une évolution législative postérieure à la rédaction d'un acte de dernières volontés n'est pas impossible, soulevant ici encore la question de la loi applicable.

62. Il n'existe que peu d'hypothèses dans lesquelles la loi a pu modifier, non pas le degré, mais la nature même des droits légaux *ab intestat*. L'exemple le plus topique est celui du conjoint survivant. Avant le 1^{er} juillet 2002 – date d'entrée en vigueur de la loi du 3 décembre 2001 – le conjoint survivant ne disposait, le plus souvent, que de droits en usufruit³⁹⁷ et en raison de l'imputation alors en vigueur des libéralités reçues par le conjoint survivant sur ses droits légaux, la question de la privation des droits successoraux n'était, *de facto*, pas évoquée.

L'entrée en vigueur de la réforme des droits du conjoint survivant allait bouleverser l'état du droit, les nouveaux textes ayant d'une part considérablement accru les droits du conjoint – principalement héritier en pleine propriété à hauteur d'un quart et exceptionnellement usufruitier, en option, en présence de descendants communs – et d'autre part autorisé le cumul des droits légaux et des libéralités reçues par le conjoint survivant³⁹⁸.

Cette jurisprudence ne concerne pas les dispositions à cause de mort contenues dans une donation entre époux consentie par contrat de mariage : en raison du caractère irrévocable de ladite donation, la quotité disponible étant au contraire figée au jour de la donation et non au jour du décès (Cass. civ., 1^{ère}, 23 juin 1987, pourvoi n° 85-17.426, Bull. Civ. 1987, I, n° 206 ; Defrénois 1988, art. 34133, note M. GRIMALDI). Cette dernière règle reste néanmoins étrangère à notre propos, une exhérédation ne pouvant prendre la forme d'une donation entre époux (cf. *infra* n° 94), singulièrement une donation entre époux consentie par contrat de mariage.

³⁹⁷ Les droits en pleine propriété ne lui étaient accordés qu'en présence d'ascendants ordinaires dans une branche, en présence de collatéraux ordinaires, en présence d'un enfant adultérin (art. 759 anc. C. civ.), ou lorsque le *de cuius* a fait l'objet d'une adoption simple (art. 368-1 anc. C. civ.).

³⁹⁸ Cass., avis, 25 septembre 2006, n° 0060009, Bull. Civ. 2006, n° 8 ; R. p. 508 ; BICC 1er décembre 2006, rapp. CHAUVIN, concl. SARCELET ; Juris-Data n° 2006-035114 ; D. 2006, inf. rap. p. 2419 ;

La clause par laquelle un disposant entendait priver son conjoint de tous droits *en usufruit* dans sa succession paraissait à l'époque suffisante en présence de descendants, le conjoint ne disposant le plus souvent, sous l'empire du droit antérieur, que de droits partiels en usufruit. Il était d'ailleurs habituel, à l'époque, de léguer l'usufruit de tout ou partie de l'actif successoral car, en raison de l'imputation des libéralités sur les droits légaux alors imposée par l'ancien article 767 alinéa 4 du Code civil, la libéralité se trouvait le plus souvent supérieure aux droits légaux, en sorte qu'en acceptant la libéralité consentie par le défunt, son conjoint se trouvait rempli de ses droits. La question de la privation de ces derniers ne se posait donc pas.

Deux arrêts en date du 25 mars 2009 et 15 décembre 2010 sont venus semer le trouble. Dans les deux cas, les faits semblaient quasiment identiques : un défunt avait consenti une donation entre époux au profit de son conjoint en secondes noces avant de la révoquer, lui préférant un acte³⁹⁹, rédigé avant le 1^{er} juillet 2002, contenant à la fois privation des droits en usufruit et legs de l'usufruit d'un appartement. Après le décès du disposant, intervenu après l'entrée en vigueur de la loi du 3 décembre 2001 et en présence d'enfants non issus du couple, le conjoint survivant a émis le souhait de bénéficier des droits légaux *ab intestat* à hauteur d'un quart en pleine propriété, en application de l'article 757 du Code civil, dans sa rédaction en vigueur au jour du décès.

Dans sa décision du 25 mars 2009⁴⁰⁰, la Cour de cassation a pu retenir que la privation des droits en usufruit n'excluait pas la possibilité pour le conjoint survivant de revendiquer des droits en pleine propriété que lui offrent désormais la loi de 2001. A l'inverse, dans son arrêt en date du 15 décembre 2010⁴⁰¹, la cour suprême a estimé que

Dr. famille 2007, comm. 18 note B. BEIGNIER ; RJPF 2006-12/43, obs. Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE ; BPAT 2006, p. 161

³⁹⁹ Il s'agissait, dans un cas (arrêt de 2009) d'un testament, et dans un autre d'une donation entre époux (arrêt de 2010). Si le testament ne pose aucune difficulté, l'exhérédation par voie de donation entre époux est quant à elle plus problématique : cf. infra n° 94.

⁴⁰⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 25 mars 2009, pourvoi 08-13.667, D. 2009 p. 2508, n° 13 par M. NICOD ; Petites affiches, 15 décembre 2010, p. 3, par N. PÉTRONI-MAUDIÈRE ; RJPF 2009-06/47 note Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE

⁴⁰¹ Cass. civ. 1^{ère}, 15 décembre 2010, pourvoi 09-68.076, D. 2011 p. 578 note C. PERES ; AJ Famille 2011 p 114 obs. F. BICHERON ; JCP G 2011 p. 265 note F. SAUVAGE ; RJPF 2011-3/35 note V. ZALEWSKI ; v. déjà CA Amiens 2 avril 2009, décision 07/03536.

le défunt, en léguant l'usufruit d'un appartement à son conjoint, avait par là-même exclu qu'il puisse bénéficier de droits en pleine propriété.

La justification de solutions aussi diamétralement opposées, dans des espèces présentant une similarité difficilement contestable, n'est pas évidente. Une première observation mérite d'être relevée : dans les deux cas, la Cour de cassation s'est retranchée derrière l'appréciation souveraine de la cour d'appel.

La privation des droits en usufruit ne serait-elle finalement, qu'une clause de style, qui n'a pas été voulue ou comprise⁴⁰², imposant nécessairement la recherche de la volonté du *de cujus* ? Cela ne semble pas être le cas. La référence à la privation des droits en usufruit était claire et précise, et correspondait sans équivoque aux règles en vigueur au jour de la rédaction du testament.

Pourtant, fait remarquable, alors que dans la décision de 2010 la clause a été jugée obscure, donc sujette à interprétation, en raison de modifications législatives postérieures, dans l'arrêt de 2009 la Cour de cassation, rejoignant en cela la cour d'appel, a estimé qu'en l'absence de toute équivoque sur la portée de la clause litigieuse, il n'y avait pas lieu de rechercher l'intention du défunt, notamment au travers des dispositions antérieurement prises et révoquées. Or, dans les deux cas la clause était identique et apparemment claire : la privation ne portait que sur l'usufruit légal, aucune référence à des droits en pleine propriété ne transparaissait dans les actes émanant du défunt.

A priori, la méthode retenue par la Haute juridiction s'explique puisqu'il est de jurisprudence constante que l'interprétation des dispositions à cause de mort relève de l'appréciation des juges du fond⁴⁰³, interprétation souvent jugée comme finaliste

⁴⁰² D. DENIS, « La clause de style », in *Études offertes à Jacques FLOUR*, Defrénois, 1979, p. 117. L'auteur constate que le concept de clause de style, protéiforme, est difficilement exploitable. Voir également Y-M. LAITHIER, « La notion de clause de style a-t-elle une utilité en droit ? », RDC 2009/1 p. 56

⁴⁰³ V. not. parmi une très abondante jurisprudence, constante sur ce point : Cass. civ 1^{ère}, 14 février 1984, JCP N 1984 II 151 ; Defrénois 1985, art. 33501, 3e esp ; Cass. 1re civ., 9 février 1988, D. 1988, Inf. rap. p. 64

A. PONSARD, « Sur quelques difficultés relatives à l'interprétation des testaments : le rôle du juge dans la détermination du légataire ou du bénéficiaire d'une charge », JCP G 1957 I 1385

puisque attachée à faire produire le maximum d'effets au testament litigieux⁴⁰⁴. Il ne s'agit ici que d'une application particulière des dispositions de l'article 1157 du Code civil. S'il est constant que la jurisprudence retient que l'appréciation de l'existence du legs se fait en faveur du légataire présomptif, conformément aux dispositions de l'article 1157 du Code civil, l'appréciation de l'étendue du legs se fait quant à elle en faveur de l'héritier⁴⁰⁵.

Il est une autre règle selon laquelle il ne ressort pas des pouvoirs des juges celui d'interpréter une clause claire et précise, sous peine de censure pour dénaturation⁴⁰⁶. Cependant la simplicité de l'énoncé ne doit pas faire illusion tant la notion de clause claire et précise est elle-même sujette à interprétation. Si la Cour de cassation retient classiquement que la qualification de « clause claire et précise » s'apprécie au regard des éléments intrinsèques et extrinsèques à l'acte, le risque est grand, sous couvert de qualification d'une clause comme non claire pour pouvoir parvenir à l'interprétation de la clause elle-même, de voir la Cour de cassation se retrancher derrière cette double interprétation pour admettre *in fine* ce qui n'est que l'appréciation en équité⁴⁰⁷. Un tel écart par rapport à l'orthodoxie de la Cour de cassation n'est pas inconnu, bien que naturellement rarement exprimé : dissimulé derrière une prétendue recherche de l'intention du défunt rendue nécessaire, l'interprétation en équité a parfois été relevée en doctrine⁴⁰⁸.

⁴⁰⁴ L'analyse des décisions de justice interprétant un testament laisse souvent apparaître la volonté des magistrats de « sauver » les dispositions de dernières volontés : v. not. J.-Cl. Civil, art. 1002, fascicule 10, par R. LE GUIDEC, et les références citées ; Ph. MALAURIE, *op. cit.*, spéc. n° 505 et note 41. Les auteurs renvoient généralement à l'article 1157 du Code civil, aux termes duquel « Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun ».

⁴⁰⁵ Par référence à l'article 1162 du Code civil ; J.-Cl. Civil Code, « Art. 1002 », fasc. 10, 2005, par R. LE GUIDEC, spéc. n° 17 et les nombreuses références citées.

⁴⁰⁶ C. MARRAUD, *La notion de dénaturation en droit privé français*, préf. P. LAGARDE, PU Grenoble, 1974 ; J. BORE, *La cassation en matière civile 2009/2010*, Dalloz action, 2008, spéc. n° 79.131 ; J.-Cl. Civil Code, « Art. 1134 et 1043 », fasc. unique, 2007, par Y. PICOD, spéc. n° 31 ; J. VOULET, « Le grief de dénaturation devant la Cour de cassation », JCP G 1971 I 2410

⁴⁰⁷ Même si cela ne transparait pas nécessairement – et pour cause ! – dans les jugements : A. PERDRIAU, « Le juge doit-il se méfier de la simplicité comme de ... l'équité » ?, *Gaz. Pal.* 9 novembre 1996, p. 2

⁴⁰⁸ B. GELOT, *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques*, préf. Y. FLOUR, LGDJ, *Bibl. dr. privé*, tome 403, 2003, spéc. n° 365 et s. ; C. MARRAUD, *op. cit.*, spéc. p. 329

Une fois l'ambiguïté de la clause caractérisée, il appartenait alors aux juges du fond d'interpréter la clause équivoque, eu égard, notamment aux éléments intrinsèques et extrinsèques permettant de reconstituer la volonté réelle du testateur. Soit. Mais, en l'espèce, quels étaient les éléments extrinsèques permettant de douter de la volonté du défunt de ne priver son conjoint que de ses droits légaux en usufruit ? Pourtant l'élément étonnamment repris par la Cour de cassation dans son arrêt du 15 décembre 2010 est la durée du mariage, lequel « n'avait duré que huit ans » !⁴⁰⁹ Cet élément était-il réellement pertinent pour interpréter la clause litigieuse ?

La Cour de cassation admet habituellement que les juges du fond relèvent au soutien de leur analyse des éléments tels que les usages locaux⁴¹⁰, les relations entre le défunt et ses héritiers⁴¹¹ ou tout autre fait ou document permettant d'éclairer l'analyse d'une disposition obscure. La référence à la durée du mariage ne laisse pas de surprendre, s'agissant d'un mariage dissous par décès, élément totalement imprévisible au jour de la rédaction de l'acte en cause... De là à imaginer un jugement en équité, il n'y a qu'un pas que l'on se gardera bien de ne pas franchir.

D'autres éléments auraient-ils pu justifier l'interprétation retenue par les juges ? En particulier, l'évolution postérieure du droit positif était-elle un élément plus pertinent, permettant de justifier l'interprétation d'une clause antérieure ? Il ne s'agit naturellement pas ici d'imprévision⁴¹², mais d'un simple changement des textes en vigueur entre le jour de rédaction de l'acte et son exécution. Des modifications législatives intervenues entre le jour de la rédaction du testament et le jour du décès – date de son exécution – ne devraient pas pouvoir justifier l'interprétation de clauses

⁴⁰⁹ Le Tribunal de grande instance d'Amiens avait, outre la durée du mariage « intervenant en fin de vie », relevé en outre « que la première donation est intervenue deux ans après le mariage et a été suivie d'une succession d'hésitations-rétractations de [la part du défunt] » : TGI Amiens, 5 juillet 2007, n° 04/00486.

⁴¹⁰ Usages corses à l'époque de la rédaction du testament justifiant une interprétation d'exhérédation des filles : Cass. civ. 1^{ère}, 19 janvier 1982, Bull. Civ. 1982, I, n° 33 ; D. 1982, jurispr. p. 589 note J. PREVAULT

⁴¹¹ Une Cour d'appel a pu relever « les excellentes relations conservées jusqu'à sa mort par la testatrice avec ses héritiers naturels » : Cass. civ. 1^{ère}, 12 juillet 1960, Bull. Civ. I, n° 391 ; D. 1960 p. 558

⁴¹² L'imprévision ne se conçoit que difficilement en matière testamentaire mais elle n'est pas totalement inconnue en matière testamentaire. Citons l'article 504 du Code civil. Aux termes de ce texte, « le testament fait antérieurement reste valable, à moins qu'il ne soit établi que, depuis l'ouverture de la tutelle, la cause qui avait déterminé le testateur à disposer a disparu ».

testamentaires qui, auparavant, ne soulevaient aucune difficulté notable. Un testament étant par nature révocable, rien n'interdisait au *de cuius* de modifier les termes du testament antérieurement rédigé, afin de l'adapter aux dispositions de la loi nouvelle. Bien que la jurisprudence n'ait que rarement⁴¹³ eu l'occasion de se prononcer clairement sur ce point, elle semble réticente à admettre qu'une modification postérieure des textes puisse permettre l'interprétation d'une clause auparavant claire et précise.

On ne peut que regretter la discordance existant entre les deux décisions : soit la clause est claire et se suffit à elle-même, soit elle ne l'est pas et une interprétation – qui pourra tantôt confirmer l'interprétation littérale, tantôt la contredire – est nécessaire.

63. Que retenir de ces décisions récentes ? D'une part, que le mieux est l'ennemi du bien : une clause générale (« je prive mon conjoint de tous ses droits dans ma succession ») ne pose aucun souci d'interprétation : quelle que soit l'évolution ultérieure des droits légaux, l'exhérédation est voulue totale. Une clause plus précise sera sujette à interprétation.

D'autre part, l'interprétation des clauses rendues obscures par l'évolution postérieure des textes est particulièrement subtile. A notre sens, il eut été préférable de prévoir une présomption, simple cela va de soi, de volonté du testateur : sous réserve de la preuve contraire de la volonté du testateur, l'exhérédation devrait être strictement cantonnée aux dispositions expressément prévues par le testateur. Une modification ultérieure des textes ne devrait pas avoir pour effet d'étendre la privation des droits légaux. Si le défunt souhaite se placer sous l'empire de la loi nouvelle, il lui appartenait de refaire son testament.

Il a certes pu être avancé en doctrine la position inverse : pour certains auteurs⁴¹⁴, il semble contraire à la volonté du défunt d'offrir au conjoint survivant un

⁴¹³ Cass. civ. 1^{ère}, 18 mai 2011, pourvoi 10-18.137, 498, à propos du cumul des droits légaux et des libéralités consenties au conjoint survivant : en l'espèce, le défunt « décédé plus de trois ans après la publication de cette loi, qui avait la possibilité de modifier son testament à la lumière de celle-ci, n'avait pas jugé utile de prendre de nouvelles dispositions ».

⁴¹⁴ *Contra*, C. JUBAULT, « Libéralités antérieures à la loi du 3 décembre 2001 et droits nouveaux du conjoint survivant », JCP N 9 Septembre 2005 p. 1372, spéc. n° 38. L'auteur retient également un

quart en pleine propriété, quart qu'aurait déjà pu offrir le *de cuius* par voie testamentaire. L'auteur suppose que si le défunt n'a pas légué avant 2002 de droits en pleine propriété comme cela lui était déjà loisible de faire, il n'est pas possible à une loi postérieure d'offrir ce même quart en pleine propriété, cette-fois-ci en vertu de ses droits légaux. Mais il s'agit là déjà d'une interprétation de la volonté du défunt, plus précisément de sa volonté supposée au jour de la rédaction du testament.

Il nous paraît préférable de ne pas interpréter plus qu'il n'est nécessaire la volonté d'un *de cuius*, par hypothèse décédé, en imaginant quel a dû être son état d'esprit au moment de la rédaction du testament⁴¹⁵. Il appartient à ce dernier seul de déterminer le sens de sa parole, l'interprète devant admettre que l'on puisse regretter de ne pouvoir en dire plus que le défunt lui-même.

L'autonomie de la volonté du disposant est et doit rester le guide de quiconque tenterait d'interpréter une manifestation testamentaire des derniers souhaits du défunt. Le respect de cette volonté est d'autant plus important que celle-ci est souveraine tant que la succession n'est pas ouverte. Le *de cuius* est presque totalement libre de modeler la répartition des biens devant dépendre de sa succession, selon ses désirs. Si de très rares limites restreignent sa liberté de disposer, elles ne constituent que de faibles remparts face au quasi-absolutisme de la volonté du disposant.

système de présomption simple, mais pour aboutir au résultat inverse : « Il ne semblerait en effet ni rationnel ni conforme à la volonté du testateur, de considérer que les droits du conjoint survivant comportent non seulement ce que décide le testament, mais en plus un droit successoral légal d'un quart en propriété, alors que le testament privait implicitement mais nécessairement ledit conjoint du droit successoral légal d'un quart en usufruit, lorsqu'il a été établi ».

⁴¹⁵ M. GRIMALDI, « Les dernières volontés », in *Écrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1994, p. 177

Titre 2 – La privation de l'émolument, expression de la libre volonté du *de cuius*

L'exhérédation est avant tout l'expression d'une volonté individuelle, celle du *de cuius*, qui entend priver son héritier présomptif des droits *ab intestat* que la loi lui accorde.

Pourtant, l'évolution récente des textes peut laisser penser que l'héritier dispose d'un véritable droit à l'héritage, opposable au défunt et aux tiers, même *ante mortem*. Les récentes élévations successorales de certains héritiers permettent à certains auteurs d'affirmer l'existence d'un droit à l'héritage, mais sans pour autant en préciser le contenu ni même les personnes auxquelles ledit droit devrait être opposé. En réalité, un tel droit n'existe pas et la formule « droit à l'héritage » ne doit être comprise que comme l'expression symbolique d'une promotion successorale, sans que le contenu même du « droit » ne soit modifié (Chap. 1^{er}).

Tant que la succession n'est pas ouverte, les « droits » des héritiers présomptifs sont tout au plus des espérances, soumises à l'aléa des décès, à la composition du patrimoine successoral, ainsi – et surtout – qu'au bon vouloir du disposant. Sa parole est en ce domaine presque souveraine et bien peu de limites viennent en restreindre l'exercice. A cet hypothétique et bien théorique « droit à l'héritage » du successible doit être opposée la réalité et la force de la volonté du *de cuius*, seul habile à modeler la physionomie de sa succession (Chap. 2).

Chapitre 1 – L’absence de droit à l’héritage

Contrairement à ce que l’expression parfois utilisée en doctrine pourrait laisser penser⁴¹⁶, il n’existe pas de droit à l’héritage, en ce que les successibles ne peuvent revendiquer de droit sur la succession opposable au défunt ou à un tiers. Si, une fois la succession ouverte, le patrimoine du défunt se transmet à ses héritiers⁴¹⁷, légataires et testamentaires, il ne s’agit pas d’un quelconque « droit à », mais d’un simple transfert de propriété. Alors que le Professeur CARBONNIER doutait que le droit à l’héritage fût un droit de l’homme⁴¹⁸, il serait tentant d’aller plus loin et de douter même que le droit à l’héritage constitue un droit subjectif.

La vocation successorale est souvent confondue avec la nécessité de protéger – plus ou moins intensément et plus ou moins durablement – certains membres de la famille⁴¹⁹. Mais ce besoin de protection, variable selon les époques et les évolutions de la société, ne saurait se confondre avec un véritable « droit » opposable au défunt⁴²⁰ et qui permettrait à un héritier présomptif de revendiquer une transmission. Le droit ne se confond pas avec le besoin.

⁴¹⁶ N. NICOLAIDES, *Le droit à l’héritage ; arbres généalogiques, répartition entre héritiers*, 4e éd., Litec, 2011. L’auteur de cet ouvrage dédié à la dévolution successorale n’explique pas le choix étonnant du titre de son ouvrage. V. également M. BEAUBRUN, « Les fondements du droit à l’héritage à l’épreuve de la recomposition de l’ordre successif par la loi du 3 décembre 2001 », in *Mélanges J. Normand*, 2003, Litec, p. 17.

⁴¹⁷ Si tant est que l’on puisse transmettre un patrimoine : ne transmet-on pas plutôt les éléments, actifs et passifs, qui le constituent ?

⁴¹⁸ J. CARBONNIER, *Droit Civil, La famille*, PUF, 1999, spéc. p. 177

⁴¹⁹ V. par ex. F. BELLIVIER et J. ROCHFELD, « Droit successoral - Conjoint survivant - Enfant adultérin (Loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 relative aux droits du conjoint survivant et des enfants adultérins et modernisant diverses dispositions de droit successoral, JO 4 déc. 2001, p. 19279) », RTDCiv. 2002 p. 156 : « Dès lors, si l’on suit cette hypothèse, la promotion des droits du conjoint survivant et celle des droits de l’enfant adultérin, en apparence opposées eu égard à la valeur que notre société accorde au lien matrimonial, se trouveraient converger vers une mise en exergue d’un certain droit à l’héritage, dont la valeur serait incertaine mais qui commencerait à s’imposer, en ce sens que la reconnaissance du droit à l’héritage de telle catégorie d’individus est un marqueur significatif de sa protection par le droit ».

⁴²⁰ M. PICHARD, *Le droit à : étude de législation française*, préf. M. GOBERT, Economica, 2006 : « Pour savoir si l’on est en présence d’un *droit à*, il faut se demander si, en droit positif, au droit correspond une charge corrélatrice précise, c’est-à-dire définie quant à son objet, son débiteur et ses modalités d’exécution » (p. 199). L’auteur retient à juste titre que l’héritage n’est pas un *droit à*.

« Une vocation successorale n'appelle pas de protection particulière contre la volonté de son titulaire, car le droit à l'héritage n'est pas un droit inaliénable, et encore moins un droit sacré. »⁴²¹. Cette affirmation est tout ce qu'il y a de plus exact, l'héritage est tout au plus une espérance offerte à certains membres de la famille considérés comme proches du *de cuius* (Section 1), mais subordonnée à la libre volonté du disposant (Section 2).

Section 1 – L'héritage, une simple espérance

La transmission successorale n'est pas plus le testament présumé du défunt que le respect d'un quelconque devoir envers les membres les plus fragiles du groupe familial : une institution spécifique, l'obligation alimentaire, permet spécialement de protéger les plus faibles en leur assurant un minimum vital. Mais cette protection est totalement indépendante du règlement de la succession, qui n'est qu'un transfert de biens à cause de mort indépendant des besoins de l'héritier présomptif (I).

La transmission successorale est indépendante des liens existant ante mortem entre le disposant et son héritier présomptif : celui-ci ne peut, par anticipation, revendiquer, quels que soient son état de besoin ou l'étendue de ses droits dans la succession, une quelconque prérogative (II).

I – L'indifférence des besoins de l'héritier

Les droits successoraux *ab intestat* sont conférés par la loi aux successibles indépendamment de leurs besoins. La succession est une transmission de l'actif aux membres de la famille, par le sang ou l'alliance, réputés les plus proches du défunt, indépendamment de tout caractère alimentaire.

⁴²¹ M. GRIMALDI, « Succession et contrat », in D. FENOUILLET et DE VAREILLES-SOMMIERES (dir.), *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001, p. 198, spéc. p. 203

A – Aliments et succession, deux institutions distinctes

64. Les obligations liées aux subsides sont déconnectées de la notion d'héritage. Les sommes avancées au titre de l'obligation alimentaire ne constituent pas une libéralité à prendre en compte dans le cadre du règlement de la succession, une « avance sur succession ». L'existence d'obligations alimentaires entre le *de cuius* et un présomptif héritier ne permet pas à ce dernier de revendiquer un quelconque droit dans la succession.

L'obligation alimentaire est une obligation à laquelle sont personnellement et définitivement tenus les obligés envers les membres les plus fragiles de la famille, non un règlement anticipé de la succession. Une jurisprudence très ferme refuse ainsi à celui qui a versé des aliments le droit de demander d'être indemnisé par prélèvement prioritaire sur le capital de la succession⁴²². Le décès du créancier non seulement éteint la dette, mais interdit à ses héritiers de tenir compte des sommes antérieurement versées dans le cadre de sa succession.

C'est là toute la différence entre héritage et obligation alimentaire⁴²³ : l'héritage n'a pas pour fonction de satisfaire les besoins des héritiers, mais uniquement la transmission du patrimoine, actif et passif, du *de cuius*.

L'intransmissibilité passive – parfois qualifiée d'« imparfaite »⁴²⁴ – de la dette alimentaire⁴²⁵ est le révélateur de cette dualité. Au décès du *de cuius*, ses créanciers

⁴²² Cass. civ. 1^{ère}, 25 octobre 1967, RTDCiv. 1968, p. 349, obs. NERSON ; D. 1967, p. 745, note LINDON

⁴²³ E. ALFANDARI, « Droits alimentaires et droits successoraux », in *Mélanges offerts à R. Savatier*, 1965 p. 1 ; S. VALORY, « L'obligation alimentaire dans les successions », RJPF. juillet-août 2000, p. 6

⁴²⁴ J. PÉLISSIER, *Les obligations alimentaires, Unité ou diversité*, préf. R. NERSON, LGDJ, Bibl. dr. privé, tome 28, 1961, spéc. p.399

⁴²⁵ Cass. civ., 8 juillet 1857, DP 1857.1.351 ; Civ. 29 mars 1950, D. 1950 Jur. 593 ; Cass. civ. 1^{ère}, 10 mai 1955, JCP 1955 II 8812, note P. ESMEIN ; CA Nîmes, 7 décembre 2000, Juris-Data 2000-136097

J. DUPEYROUX, « La transmissibilité passive des obligations alimentaires », D. 1959, chron. p. 71 ; S. VALORY, *préc.*

alimentaires ne peuvent prétendre poursuivre ses héritiers⁴²⁶, ni même revendiquer une part plus importante dans la succession. La solution est habituellement fondée sur le caractère personnel du lien qui unit créancier et débiteur : le décès ayant pour effet de rompre ce lien, la dette initialement due est *de facto* éteinte. Même tenu de son vivant au paiement de subsides, le *de cuius* ne transmet pas, passivement, cette obligation à ses héritiers. Ces propos doivent cependant être nuancés ; aussi étrange que cela puisse paraître, il peut exister, par exception, certains liens entre succession et obligation alimentaire.

65. D'une part, certaines dettes alimentaires nées du vivant⁴²⁷ du *de cuius* sont transmises à ses héritiers. Tel fut le cas pendant longtemps de la pension versée à l'ex-conjoint, en application de l'article 301 du Code civil⁴²⁸. Pareillement, l'ancien article 284 du Code civil prévoyait la transmission de la pension versée par un époux à son ex-conjoint défendeur à l'instance en divorce pour rupture de la vie commune et imposait dans ce cas une transmission *mortis causa* de la pension alimentaire due⁴²⁹. Enfin, l'article 342-5 du Code civil, créé par la loi 72-3 du 3 janvier 1972, prévoit une transmission identique des subsides dus par un possible père.

Ce n'est pas le caractère pour partie indemnitare et pour partie alimentaire de ces pensions et prestations qui justifie sa transmissibilité à cause de mort.

⁴²⁶ Dès lors qu'il s'agit, bien évidemment, d'une véritable obligation alimentaire et non de l'engagement pris par le débiteur de son vivant d'acquitter une obligation à laquelle il n'était pas tenu. L'obligation naturelle se novant en obligation civile transmissible aux héritiers dans les conditions de droit commun : Cass. req., 7 mars 1911, S. 1913.1.404 ; Cass. civ. 1^{ère}, 2 décembre 1959 et 16 mai 1960, D 1960 p. 682 note G. HOLLEAUX ; CA Pau, 3 mars 1953, Gaz. Pal. 1953.2.15

⁴²⁷ Les lois 2000-596 du 30 juin 2000 relative à la prestation compensatoire en matière de divorce et 2004-39 du 26 mai 2004 relative au divorce ont adapté ce principe, en imposant la transmission par décès des prestations compensatoires versées sous forme de rente. Les articles 280 et suivants du Code civil imposent alors une conversion de la rente en capital, immédiatement exigible, mais sous réserve de la déduction des pensions de réversion versées aux ex-conjoints du chef du défunt. Même si la prestation compensatoire ne constitue pas à proprement parler une obligation alimentaire, le schéma applicable aux obligations alimentaires a cependant été reproduit. Sur ces dispositions, v. not. F. VAUVILLE, « La transmission de la charge de la prestation compensatoire après la réforme du divorce du 26 mai 2004 », Dr. et patr., février 2005 p. 42

⁴²⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 4 juillet 2012, pourvoi 11-14.962 : « la pension instituée par (l'article 301 du code civil dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi n° 75-617 du 11 juillet 1975) a, outre un caractère alimentaire, un fondement indemnitare qui la rend transmissible aux héritiers du débiteur décédé ».

⁴²⁹ Le texte imposait, par exception, la poursuite du devoir de secours entre époux (art. 212 C. civ.) après divorce.

L'intransmissibilité des pensions alimentaires ainsi que la transmission *ultra vires* des dettes indemnitaires⁴³⁰ ne permettent pas de motiver le transfert de ces pensions aux héritiers du débiteur. Au-delà de l'extension *post-mortem* d'un devoir moral judiciairement imposé au *de cuius*, il semblerait plutôt que cette transmission soit la traduction de la prise en compte de la dépendance économique de créanciers alimentaires qui ne seront jamais héritiers, parce que divorcés ou sans filiation établie avec le défunt. « Substitut de droit successoral »⁴³¹, voire « exemple tout à fait exceptionnel dans le droit français d'un droit successoral-besoin palliant l'absence d'une vocation successorale ordinaire »⁴³², le transfert à cause de mort de ces pensions à caractère alimentaire présente cette caractéristique d'être d'ordre public, donc hors d'atteinte de la volonté du défunt. On pourrait certes objecter que le créancier alimentaire ne peut agir qu'à l'encontre des héritiers tenus au paiement du passif⁴³³ et non des donataires. La tentation de vider sa succession au profit de tels gratifiés paraîtrait grande alors. Le caractère d'ordre public de la transmission des obligations alimentaires paraît bien vain. Ce serait oublier que la fraude permet de rendre un tel montage inopposable aux créanciers successoraux, à condition naturellement que l'intention de nuire puisse être démontrée.

Le caractère quasi successoral est renforcé par le caractère *intra vires* et immuable de l'obligation alimentaire transmise aux héritiers du débiteur. Dans tous les cas, la transmission est limitée à l'actif net : c'est la succession, et non les héritiers personnellement et sur leurs deniers personnels, qui en est tenue⁴³⁴. Le montant de la

⁴³⁰ Ces dettes constituent en effet un passif successoral « ordinaire », pour lequel aucune disposition législative spéciale ne permet d'en limiter le recouvrement à l'actif successoral. V. not. TGI Paris, 12 juillet 1989, Ind. Enr. 15197, à propos d'une pension alimentaire due au titre de l'ancien article 301 du Code civil. Le tribunal a reconnu expressément le caractère indemnitaire de cette pension pour constater qu'elle « constitue une dette du débiteur qui est passé (sic) au décès de celui-ci à la charge de sa succession », et admettre la déduction au titre du passif successoral.

⁴³¹ G. HOLLEAUX, note *préc.* ; v. déjà J. DUPEYROUX, *op. cit.*, spéc. note 10 ; E. VALLIER, *Le fondement du droit successoral en droit français*, thèse Paris, 1902, spéc. n° 652 et s.

⁴³² A. SAYAG, *Essai sur le besoin créateur de droit*, LGDJ, 1969, spéc. p. 165. L'auteur définit ainsi la transmission à cause de mort de la pension autrefois due aux enfants adultérins (art. 762 ancien C. civ., abrogé par la loi du 3 janvier 1972 sur la filiation).

⁴³³ Ainsi que les légataires à titre particulier : ceux-ci sont éventuellement tenus au paiement de la dette, en cas d'insuffisance d'actif et à hauteur de leur émolument (art. 280, 342-5 et 767 C. civ.)

⁴³⁴ V. notamment les nombreuses opinions formulées à l'occasion du vote de la loi du 30 juin 2000 : Rapp. AN 31 janvier 2000 n° 2114, par A. VIDALIES

pension due est en effet définitivement fixé au jour de l'ouverture de la succession, sans possibilité de révision⁴³⁵.

66. D'autre part, indépendamment de tout paiement d'une pension du vivant du *de cuius*, la loi autorise certains héritiers présomptifs à revendiquer le paiement par la succession de subsides. Deux dispositions principalement, indépendamment de toute vocation successorale, offrent aujourd'hui aux membres de la famille du *de cuius* des secours pécuniaires. Dans les deux hypothèses, ce n'est pas l'émolument effectivement reçu, ni même dans un cas la qualité d'héritier présomptif, mais celle de membre de la famille qui permet de solliciter le versement des subsides accordés par la loi. Certains successibles dans le besoin peuvent revendiquer le paiement, par la succession, d'une pension destinée à compenser un état de besoin.

Il en va ainsi de l'article 767 du Code civil : prolongement au-delà du décès du devoir de secours entre époux issu de l'article 212 du Code civil⁴³⁶, ce texte permet au conjoint survivant dans le besoin de réclamer une pension à la succession. Les dispositions de l'article 207-1 du Code civil, abrogées par la loi du 3 décembre 2001, ont été pour l'essentiel reprises par ce nouveau texte. Quelques modifications ont cependant été apportées, en particulier la condition tenant à la qualité du créancier de cette pension. En effet, n'est plus visé « l'époux survivant », mais le « conjoint successible ». Ceci signifie que l'exhérédation éventuelle du conjoint ne permettrait pas d'éviter l'application de cet article, dès lors que son conjoint répond à la définition de l'article 732 du Code civil⁴³⁷. Au surplus, n'ayant pas un caractère alimentaire mais successoral, cette pension peut se cumuler avec les droits successoraux du conjoint

⁴³⁵ À l'exception de la prestation compensatoire dont le paiement sous forme de rente est maintenu à la demande des héritiers (art. 280-1 C. civ.) : la révision de la pension selon les modalités prévues par les articles 275, 276-3 et -4. Cette exception se conçoit sans difficulté : en maintenant le paiement de la prestation sous forme de rente, les héritiers s'obligent personnellement au paiement de la dette, contrairement au paiement en capital qui n'est prélevé que sur et à hauteur de l'actif successoral.

⁴³⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 17 janvier 1995, pourvoi 92-21.599, D 1995 somm. p. 329 obs. M. GRIMALDI

⁴³⁷ La privation des droits successoraux aura simplement pour effet de priver le conjoint survivant du droit d'invoquer les dispositions de l'article 767 al. 1^{er} *in fine*, qui prévoit l'allongement de la prescription jusqu'à l'achèvement du partage : Cass. civ. 1^{ère}, 26 janvier 2011, pourvoi 09-71.840, RDLC avril 2011 p. 52 obs. J. GALLOIS ; RJPF 2011-4/37 obs. S. VALORY

survivant⁴³⁸. Toutefois, dans la mesure où la loi du 3 décembre 2001 a substantiellement accru les droits du conjoint survivant, l'application de ce texte ne devrait être qu'exceptionnelle. Dès lors que le conjoint survivant est héritier, donc à la fois créancier et débiteur de la pension, revendiquer celle-ci ne présente que rarement un intérêt. Ce n'est que dans l'hypothèse où le conjoint se trouverait totalement exhérédé que le versement de cette pension ne se conçoit réellement en pratique.

Le conjoint survivant bénéficiaire revendiquant une telle pension n'étant qu'un créancier de la succession⁴³⁹, il ne pourra prétendre exercer ses droits sur les biens qui rentreraient dans la succession par l'effet du rapport d'une libéralité⁴⁴⁰. Bien que le versement de cette pension soit, pour son créancier, un droit d'ordre public⁴⁴¹, une privation indirecte par diminution de l'actif successoral, mesure de l'étendue des droits du créancier alimentaire, est parfaitement concevable. La crainte d'un tel détournement de l'institution a ainsi incité le législateur à imposer une disposition prévoyant qu'en cas

⁴³⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} mars 1988, Bull. Civ. 1988 I n° 62 p. 41, RTDCiv. 1989, p. 117, obs. J. PATARIN, D. 1988 J 447, note J. M. ; Defrénois 1988, art. 34255, p. 723, obs. J. MASSIP ; Cass. civ. 1^{ère}, 9 mars 1994, pourvoi 91-21.021, Bull. Civ. I n° 88 ; JCP N 1994, 101260, note C. DANGLEHANT ; Defrénois 1994, p. 1437, note J. MASSIP ; RTDCiv. 1995, p. 404, obs. J. PATARIN ; D. 1995, somm. p. 44, obs. M. GRIMALDI, JCP G 1995 I 3876 n° 10 obs. R. LE GUIDE

Contra, CA Poitiers, 7 juillet 1897, DP 1898.2.409, note M. PLANIOL. Mais en l'espèce, le conjoint était le seul héritier : ayant accepté la succession sous bénéfice d'inventaire, la revendication de la pension n'avait pour seul but que de concurrencer les autres créanciers successoraux.

⁴³⁹ *Contra*, M. PLANIOL, note *préc.* : l'auteur considère que le conjoint survivant n'est pas un véritable créancier, « c'est un autre ayant-droit sur la succession, qui vient concourir avec les héritiers et les légataires ». L'auteur justifie sa position en se fondant sur la nature des droits offerts au conjoint survivant : la loi lui attribue non pas une créance personnelle contre les héritiers, mais un simple prélèvement sur les biens de l'hérédité.

Il est vrai que les droits du conjoint survivant sont limités à l'actif net, cependant il ne nous semble pas possible de lui conférer la qualité d'ayant droit. Le conjoint revendiquant le paiement d'une pension n'a pas de droits *sur* les biens de la succession, mais à *concurrence* de la valeur de ces biens. s'il est vrai que le conjoint pourrait saisir les éléments composant l'actif successoral en cas de non paiement, il se trouve en réalité dans la même situation qu'un créancier successoral ordinaire, dont le montant de la créance ne saurait dépasser l'actif successoral net des dettes. Cette situation, peu courante à l'époque de rédaction de la note de M. PLANIOL, n'est plus exceptionnelle aujourd'hui. Citons à titre d'exemple les legs de sommes d'argent (art. 785 al. 2 C. civ.) et la récupération des aides sociales (art. L. 132-8 CASF et art. L. 815-13 al. 2 CSS).

⁴⁴⁰ Art. 857 C. civ. ; T. civ. Avesnes, 13 juillet 1894, DP 1895.2.201, note M. PLANIOL

⁴⁴¹ Cass. civ. 1^{ère}, 17 janvier 1995, *préc.* ; *adde* J-Cl. Civil Code, « Art. 757 à 767 », fasc. 30, 2003, par S. MAZEAUD-LEVENEUR, spéc. n° 30

d'insuffisance d'actif, les légataires⁴⁴² peuvent être tenus de contribuer au paiement de la dette à hauteur de la valeur des biens reçus.

La créance d'aliment offerte au conjoint successible dans le besoin est désormais accordée aux ascendants ordinaires, donc autres que les père et mère, mais uniquement lorsque le conjoint survivant recueille les trois quarts ou la totalité des biens de la succession⁴⁴³. Cette disposition, introduite par la loi du 3 décembre 2001, vise à compenser la disparition corrélative des droits *ab intestat* des ascendants ordinaires en présence d'un conjoint survivant.

Malgré son caractère successoral marqué, en raison de la substitution opérée par le législateur⁴⁴⁴, la créance alimentaire due aux ascendants dans le besoin ne peut être considéré comme un droit successoral. Elle est une simple maintenance, destinée à assurer la continuation du devoir alimentaire dû de son vivant par le *de cuius* à ses ascendants, en application de l'article 205 du Code civil. On notera cependant que lorsque ce sont des héritiers autres que le conjoint⁴⁴⁵ qui évincent les ascendants ordinaires, ces derniers ne peuvent prétendre à aucune créance de ce type contre la succession. Cette exception paraît logique dans la mesure où il existe une obligation alimentaire entre ascendants et descendants⁴⁴⁶, l'obligation pesant sur la succession n'apporterait rien de plus.

67. Enfin, l'article 763 du Code civil, étendu dans toutes ses dispositions au partenaire pacsé par la loi du 23 juin 2006⁴⁴⁷, offre au conjoint survivant un droit temporaire au logement d'un an, portant sur le bien qui était sa résidence principale au jour du décès. Réputé effet du mariage et non droit successoral, qui plus est droit

⁴⁴² Bien évidemment particuliers : les légataires universels ou à titre universel étant par nature tenus au paiement du passif successoral, leur participation au paiement de la pension est indubitable : CA Paris, 21 mai 1981, Juris-Data 1981-022709

⁴⁴³ Art 758 C. civ.

⁴⁴⁴ Rapp. AN 13 novembre 2001 n° 3382 et Sénat n° 67, par A. VIDALIES et J-J. HYEST au nom de la commission mixte paritaire, spéc. p.

⁴⁴⁵ Descendants, père et mère ou collatéraux privilégiés, c'est-à-dire frères et sœurs ou leurs descendants.

⁴⁴⁶ Le fils du défunt devra par principe des aliments au grand-père du défunt, c'est-à-dire son arrière grand-père : art. 205 C. civ.

⁴⁴⁷ Art. 515-6 al. 3 C. civ.

d'ordre public, le conjoint survivant ne peut en être privé, dès lors qu'il remplit les conditions imposées par le texte.

Notons au préalable que les conditions d'appréciation du droit temporaire au logement du conjoint survivant ne sont pas les mêmes que pour l'appréciation du logement de la famille organisé par l'article 215 du Code civil. La cohabitation entre le défunt et le conjoint survivant n'est en aucun cas imposée, ni même le choix commun par les époux. Peu importe que les époux vivent ou non ensemble, que leur éventuelle séparation soit volontaire⁴⁴⁸ ou fortuite⁴⁴⁹ : le conjoint survivant peut dans tous les cas revendiquer ce droit temporaire au logement. Il consiste soit en la jouissance d'un an du logement en cause, soit en le remboursement d'une année de loyers ou d'indemnités d'occupation par la succession.

Ce droit temporaire ne figure cependant ici que pour mémoire : bien que présenté comme une « mesure d'humanité », évitant au conjoint survivant, disposant ou non de droits dans l'immeuble en cause, de devoir quitter brutalement le logement dès le jour du décès, le droit temporaire prévu par l'article 763 du Code civil ne présente aucun caractère alimentaire. Quel que soit l'état de fortune du conjoint survivant, ses besoins réels et l'éventuelle urgence à quitter ou non le logement, le conjoint peut prétendre revendiquer ce droit temporaire, opposable à la succession.

Ces obligations alimentaires ou quasi-alimentaires ont un caractère limité et circonscrit à certaines personnes jugées particulièrement vulnérables, mais indépendamment de toute vocation successorale. L'exhérédation des héritiers n'a aucune incidence sur le versement de ces sommes ou sur l'octroi de ces droits. Pourtant, malgré une apparence d'ordre public, celui-ci n'est que limité : par le biais de libéralités, le défunt peut dans une certaine mesure non pas supprimer ces obligations à caractère alimentaire, mais en limiter les effets par diminution de leur assiette.

⁴⁴⁸ En cas de séparation de corps ou de fait

⁴⁴⁹ Par exemple en cas d'incarcération ou d'hospitalisation du *de cuius*.

B – L'atténuation de la réclamation des familles

68. Plus surprenante, la réclamation des familles permet à l'autorité chargée du contrôle des libéralités consenties à certaines personnes morales d'en limiter les effets dans l'intérêt d'héritiers pourtant évincés. Le caractère quasi-alimentaire de cette institution, née de l'histoire et en voie d'extinction, permet de limiter la faculté d'exhérédation du disposant, ce afin d'assurer les besoins des membres les plus fragiles de la famille.

Issue d'une pratique administrative, évoquée par la loi du 2 avril 1817 relative à l'acceptation et à l'emploi des dons et legs faits aux établissements ecclésiastiques et réglementée par une ordonnance en date du 14 janvier 1831 et un décret du 1^{er} février 1896⁴⁵⁰, la procédure d'interpellation des héritiers⁴⁵¹ impose à l'autorité administrative chargée d'autoriser les dons et legs consentis aux personnes morales de solliciter au préalable l'accord des héritiers⁴⁵². Il semblait alors anormal qu'un défunt souhaitât gratifier des institutions – religieuses ou de bienfaisance essentiellement – au détriment de sa propre famille : « le législateur n'a pas voulu qu'un testateur put, par un sentiment de vanité ou sous l'emprise de certaines suggestions, dépouiller sa famille de la totalité d'une fortune patrimoniale ou priver ses parents pauvres d'un héritage qui les tirerait de la misère »⁴⁵³.

A plusieurs reprises amendée⁴⁵⁴, la procédure d'interpellation a aujourd'hui totalement disparu. Un décret du 2 avril 2002⁴⁵⁵ a simplement conservé le droit de

⁴⁵⁰ Ordonnance du 14 janvier 1831, relative aux donations et legs, acquisitions et aliénations de biens concernant les établissements ecclésiastiques et les communautés religieuses de femmes, Bulletin des lois 9e S, B. 39, n° 971 ; Décret du 1^{er} février 1896, relatif à la procédure à suivre en matière de legs soumis à autorisation concernant les établissements publics ou reconnus d'utilité publique, Journal Officiel du 4 février 1896

⁴⁵¹ D. FONTAINE, « Le régime des dons et legs aux collectivités territoriales », Petites Affiches, 29 janvier 1990, p. 5

⁴⁵² L'article 3 de l'ordonnance de 1831 disposait que « nulle acceptation de legs au profit des mêmes établissements (*sic*) ne sera présentée à notre autorisation sans que les héritiers connus du testateur aient été appelés par acte extra-judiciaire pour prendre connaissance du testament, donner leur consentement à son exécution, ou produire leurs moyens d'opposition ».

⁴⁵³ Circ. Minist., 15 mars 1896

⁴⁵⁴ Notamment par le décret du 24 février 1901 et le décret n°80-1074 du 17 décembre 1980 simplifiant la tutelle sur les collectivités locales, leurs établissements publics, les associations, les fondations et congrégations et établissements publics de culte.

« réclamation » des héritiers mais a supprimé l'« interpellation » des héritiers. Si les héritiers ont toujours la faculté de s'opposer à la libéralité – donation ou legs – consentie par la procédure de réclamation des familles, désormais il n'appartient plus à l'autorité administrative de rechercher les héritiers, mais à ces derniers de se manifester auprès de l'autorité compétente.

Le champ d'application de la réclamation des familles a quant à lui été considérablement restreint. Seules les libéralités consenties aux personnes visées par l'alinéa 1^{er} de l'article 910 du Code civil, c'est-à-dire les fondations, les congrégations et les associations ayant la capacité à recevoir des libéralités, peuvent désormais faire l'objet d'une réclamation⁴⁵⁶. Lorsque les héritiers s'opposent à un legs consenti à un établissement public, l'autorisation d'accepter le legs est alors donnée par décret en Conseil d'État⁴⁵⁷ qui pourra éventuellement faire droit à la demande en réduction formulée par les héritiers.

69. A supposer les arguments opposés par les héritiers légaux recevables – et le plus souvent fondés sur leur état de besoin – l'administration dispose du droit de réduire la libéralité concernée.

L'action se distingue de celle portant sur la validité même de la libéralité : la décision accordant ou refusant l'autorisation est un acte administratif susceptible de recours pour excès de pouvoir devant la juridiction administrative suivant le régime général des actes administratifs, sous réserve des questions préjudicielles relevant de la compétence de l'autorité judiciaire. Celle-ci est en effet seule compétente pour interpréter la volonté du testateur et apprécier la validité du testament⁴⁵⁸. Il est toujours

⁴⁵⁵ Décret n° 2002-449 du 2 avril 2002 portant simplification de la procédure administrative applicable aux legs en faveur de l'État, des départements, des communes et de leurs établissements et des associations, fondations et congrégations et au contrôle des actes de disposition des associations ou fondations reconnues d'utilité publique, commenté par la Circulaire du Ministère de l'Intérieur NOR/INT/A/02/00150/C du 4 juillet 2002 et le BOI 9 D-1-03 du 29 janvier 2003.

⁴⁵⁶ Art. 4 et 6 du décret n°2007-807 du 11 mai 2007 relatif aux associations, fondations, congrégations et établissements publics du culte et portant application de l'article 910 du Code civil ; Circ. du Ministère de l'Intérieur NOR/IOC/D/10/16586/C du 23 juin 2010, spéc. p. 10

⁴⁵⁷ Art. 7 L 4 février 1901 ; Art. 6 D 2007-807 du 11 mai 2007, Art. L1121-3 CGPPP

⁴⁵⁸ CE, 4 juillet 1958, *Gayard*, D. 1958, p. 535, CE, 23 janvier 1970, *Vve Coeffier*, Rec. CE, p. 39 ; CE 10 décembre 1982, *assoc. Les amis de Marc Tugdual*, RD publ. 1984, p. 1082 ; CE 27 avril 2011, décision

loisible aux héritiers de contester par la voie judiciaire, même après autorisation administrative, la validité d'une libéralité consentie à une personne morale. La réduction par la réclamation des héritiers ne tend pas à remettre en cause la validité devant l'autorité administrative de la libéralité consentie, mais à en réduire l'assiette au profit du ou des héritiers demandeurs.

Cette réduction, qui se distingue également de la réduction des libéralités excédant la quotité disponible, peut être ordonnée même en l'absence d'héritiers réservataires⁴⁵⁹ : elle a pour but la réintégration dans le patrimoine du *de cuius* de la fraction réduite de la libéralité, fraction qui sera alors soumise à la dévolution légale⁴⁶⁰.

Rare en pratique et le plus souvent accordée à des non réservataires⁴⁶¹, la réduction de la libéralité suite à une réclamation des héritiers est très contestée en doctrine⁴⁶². Pourquoi la libéralité consentie à un établissement, public ou privé, assurant des prestations au service de la collectivité serait-elle plus sujette à caution que les autres libéralités ? Il paraît choquant non pas d'octroyer une part minimum aux successibles dans le besoin, mais de limiter cet octroi à certaines libéralités. Le droit français sépare nettement droits alimentaires et droits successoraux : cette exception, relique d'un autre temps, n'a plus aucun sens aujourd'hui. Soit l'on admet qu'un disposant puisse totalement exhériter ses héritiers non réservataires, même dans le besoin, soit l'on veut bien organiser un régime de protection plus efficace, en octroyant une pension alimentaire *post-mortem* à tous les successibles nécessiteux ou en étendant la réserve héréditaire. Entre les deux se trouve cet anachronisme que représente la réclamation des familles.

309664, inédit : « il appartient à l'autorité judiciaire, seule compétente à cet égard, de se prononcer sur la propriété des biens qui sont l'objet des libéralités et de trancher d'éventuelles contestations relatives à la propriété de ces biens ».

⁴⁵⁹ Question A.N. n° 3976, *Hammel*, JOAN 1^{er} décembre 1997 p. 4387

⁴⁶⁰ A.-D. PINEL, *Dons et legs aux établissements publics*, thèse Paris, 1860, spéc. p. 134 et s.

⁴⁶¹ V. par ex. CE 7 mai 2003, décision 241089, Inédit : le Conseil d'État a tenu compte du patrimoine dont l'héritière disposait, en tant que fille unique *et héritière réservataire* (nous soulignons) du testateur, pour refuser la demande de réduction de la libéralité ; CE 8 novembre 2000, décision 204762 : le Conseil d'État a tenu compte notamment de la situation matérielle précaire d'un des héritiers.

⁴⁶² Rép. Civ. Dalloz, « Association », 2003, par M. BEHAR-TOUCHAIS et C. LEGROS, spéc. n° 121

L'évolution législative en droit successoral montre nettement une évolution en faveur d'une plus grande liberté testamentaire : la réduction suite à réclamation d'un héritier devient progressivement une des exceptions à ce principe.

Plus généralement, à l'exception notable de la réclamation des familles, un héritier ne peut, tant que la succession n'est pas ouverte, revendiquer par anticipation un quelconque droit successoral. *Ante mortem*, le successible n'est qu'un tiers, ne pouvant imposer au *de cuius* la protection de ses droits éventuels dans la succession.

II - La prohibition des revendications anticipées

Tant que la succession n'est pas ouverte, un héritier présomptif ne peut user de cette qualité pour l'opposer au disposant. Le titre d'héritier présomptif ne préjuge en rien de la dévolution ultérieure et ne saurait fonder un quelconque droit, tout au plus une espérance non juridiquement protégée.

A - L'innocuité de la qualité d'héritier

Le titre d'héritier présomptif existe bien, même avant l'ouverture de la succession⁴⁶³, mais il ne confère intrinsèquement aucun droit, aucune faculté au successible concerné. Elle sert uniquement à définir, à qualifier ces futurs successibles, dont les droits successoraux ne sont que probables et non certains, y compris s'agissant d'héritiers réservataires.

Il n'existe pas de principe général d'intervention de l'héritier dans la gestion du patrimoine du *de cuius ante mortem* : un tiers, fût-il héritier présomptif, ne saurait imposer au *de cuius* une immixtion dans la gestion de son patrimoine.

⁴⁶³ Par exemple au travers de l'article 918 du Code civil, permettant de qualifier de libéralité une vente consentie à un héritier présomptif : cf. supra n° 29

70. Il paraît à première vue évident que l'héritier ne puisse revendiquer quoi que ce soit avant l'ouverture de la succession. Bien que futur titulaire des droits et actions du *de cuius*, l'héritier présomptif ne peut arguer de cette qualité pour s'immiscer dans la gestion du patrimoine de son auteur. Il ne peut, par anticipation, prendre aucune mesure de protection de futurs – mais non certains – droits héréditaires. En particulier l'héritier ne peut solliciter de mesures conservatoires destinées à protéger ses futurs intérêts, fussent-ils réservataires⁴⁶⁴.

Un auteur a cependant pu admettre la possibilité pour un héritier réservataire de procéder à des mesures conservatoires, destinées à protéger les droits du successible contre ce « délit civil » que constitue l'atteinte à la réserve⁴⁶⁵. Cette position est par trop excessive. L'atteinte à la réserve est loin de constituer un délit civil : elle est tout au plus une cause de nullité de la libéralité consentie⁴⁶⁶. Au surplus, autoriser un réservataire à accomplir des actes conservatoires sans même savoir si atteinte à la réserve il y a – cette détermination devant se faire valeur décès et en fonction de la composition du patrimoine du défunt à ce jour – porterait une atteinte excessive au principe de libre disposition de son patrimoine par son titulaire, chose inacceptable. Tout disposant ayant des héritiers réservataires présomptifs se trouverait ainsi en quelque sorte sous la tutelle de ses descendants et de son conjoint qui se verraient, à tout moment, octroyer

⁴⁶⁴ C. BRENNER, *L'acte conservatoire*, LGDJ, Bibl. dr. privé, tome 323, 1999, spéc. n° 448 et 449 ; AUBRY et RAU, tome 6, 4e éd., § 685 quater, note 6 ; *adde* CA Paris, 16 mars 1949, D 1950 p. 420 note LALOU ; JCP 1949 II 4960 note BECQUE ; Cass. civ. 1^{ère}, 24 novembre 1987, JCP 1989 II 21214 note F-X. TESTU, RTDCiv 1989 p. 803 obs. J. PATARIN ; *contra* Cass. civ., 27 mars 1822, S. *chronol.*, cité par C. BRENNER, *loc. cit.*

⁴⁶⁵ « Quand [les tiers] sciemment se rendent complices par une donation acceptée, qu'elle soit déguisée ou non, d'une atteinte à la réserve, ils commettent un délit civil. Ce délit ne produira pas de suite ses conséquences dommageables pour l'héritier : elles ne se réaliseront qu'à l'ouverture de la succession. Cependant, il y a déjà éventuellement contre le tiers un droit à réparation et ce droit éventuel ordinaire, étranger dans son fondement aux idées qui interdisent à l'héritier l'exercice anticipé de la réserve, ne pourrait-il pas donner lieu à des mesures conservatoires ? » (DEMOGUE, *Des droits éventuels, hypothèses où ils prennent naissance, nature et effets*, éd. Larose et Tenin, 1906, spéc. p. 135). Voir également du même auteur, « De la nature et des effets du droit éventuel », RTDCiv 1906 p. 231, spéc. p. 293

L'analyse sera ultérieurement reprise en doctrine : J-M. VERDIER, *Les droits éventuels, Contribution à l'étude de la formation successive des droits*, préf. H. MAZEAUD, éd. Rousseau, 1955, spéc. n° 88 et 274 ; TITULESCO, *Essai sur une théorie générale des droits éventuels*, thèse Paris, 1907, spéc. n° 261 : l'auteur précisant même « qu'on pourrait presque assimiler ce droit éventuel à un droit à terme incertain » (p. 190).

⁴⁶⁶ Cf. infra

la faculté de s'opposer, par le biais de mesures conservatoires, à tous les actes du *de cuius* qui pourraient éventuellement porter atteinte à leur réserve.

Le titre d'héritier présomptif existe bien, même avant l'ouverture de la succession, mais il ne confère intrinsèquement aucun droit, aucune faculté au successible concerné. Ce titre sert uniquement à définir, à qualifier ces futurs successibles, dont les droits successoraux ne sont que probables et non certains, y compris s'agissant d'héritiers réservataires.

Ce principe de défiance répond au principe de libre gestion du patrimoine par son titulaire : nul, fût-il héritier présomptif, ne saurait s'immiscer dans la gestion des biens d'un tiers sans consentement. Et si les règles de la gestion d'affaire⁴⁶⁷ autorise une telle intervention, celle-ci doit être réalisée dans l'intérêt au moins partiel du géré et non dans l'intérêt exclusif du gérant.

Ainsi, un héritier présomptif ne saurait demander à être averti des dépenses engagées par le *de cuius* ou des engagements pris par celui-ci. En particulier, une jurisprudence constante retient que l'héritier ne saurait être dispensé de la récupération d'une aide sociale sur succession au motif qu'il n'a pas été sollicité au moment de l'octroi de l'aide⁴⁶⁸. De même, un héritier ne peut solliciter des organismes prévus à cet effet communication des renseignements concernant le *de cuius*. Ainsi, l'interrogation du fichier AGIRA par les héritiers ou bénéficiaires potentiels⁴⁶⁹ suppose la preuve du décès du souscripteur. De même, si les héritiers peuvent désormais accéder aux données du fichier FICOBA⁴⁷⁰, ce n'est qu'après le décès que cette communication pourra être demandée.

⁴⁶⁷ Art. 1372 s. C. civ.

⁴⁶⁸ CE 25 avril 2001, *Garofalo*, req. 214252, Lebon 193; RDSS 2001. 620, concl. BOISSARD ; D. 2001 p. 3315, note DAGORNE-LABBE ; CE 9 octobre 1992, Cts Argy, req. 95568, RDSS 1993. 99, obs. LIGNEAU.

⁴⁶⁹ Créé par la loi n°2005-1564 du 15 décembre 2005 (Article L132-9-2 c. ass) cet organisme permet à toute personne intéressée de demander à être informée de l'existence d'une stipulation effectuée à son bénéfice dans une police souscrite par une personne physique *dont elle apporte, par tout moyen, la preuve du décès* (nous soulignons).

⁴⁷⁰ Ce fichier recense l'intégralité des comptes bancaires ouverts et clôturés sur le territoire français au nom d'une personne. Le Conseil d'État a récemment admis que les héritiers d'une personne physique puissent, comme cette dernière de son vivant (Arrêté 17 décembre 2007, JO 12 janvier 2008,

L'établissement de la requête en déclaration d'absence est le seul cas dans lequel l'intervention *ante mortem* des successibles se justifie. L'absence judiciairement déclarée emporte ouverture de la succession : les présomptifs héritiers ont donc naturellement intérêt à agir, en application de l'article 122 du Code civil. Sont parties intéressées, au sens de ce texte, les héritiers présomptifs de l'absent⁴⁷¹.

Ceci n'exclut pas cependant la désignation d'un héritier présomptif, comme gérant du patrimoine d'une personne incapable, cette désignation intervenant soit par décision judiciaire soit par convention. Tel est notamment le cas du tuteur ou du curateur, qui peuvent être choisis – dans le cadre d'un mandat de protection future – ou désignés – dans le cas d'une nomination judiciaire – malgré leur proche parenté avec la personne protégée.

Il est vrai que jusqu'au 1^{er} août 2011, date d'entrée en vigueur de la loi n° 2011-803 du 5 juillet 2011 relative aux droits et à la protection des personnes faisant l'objet de soins psychiatriques et aux modalités de leur prise en charge, l'article L. 3211-9 du code de la santé publique prévoyait la possibilité de désignation d'un curateur à la personne des malades hospitalisés sans leur consentement qui ne feraient pas l'objet d'une mesure de protection. Le curateur devait notamment veiller à ce que les revenus disponibles du malade soient employés à adoucir son sort, à accélérer sa guérison et à favoriser sa réinsertion. Le texte précisait qu'hormis le conjoint, le curateur ne pouvait pas être un héritier présomptif de la personne hospitalisée. Ce texte de défiance envers les héritiers a aujourd'hui disparu, l'article L. 3211-8 du code précité indique désormais simplement que la personne faisant l'objet de soins psychiatriques peut être placée en curatelle ou en tutelle dans les conditions de droit commun.

La suppression de cette disposition est au demeurant fort logique : si un héritier présomptif peut valablement, comme toute autre personne, être nommé tutrice ou curatrice d'une personne incapable, cette désignation ne signifie pas que le tuteur ou curateur puisse agir dans son intérêt personnel : ce n'est pas sa qualité d'héritier qui lui

NOR BCFL0774627), solliciter la communication des renseignements bancaires détenus par FICOBA : CE, 29 juin 2011, n° 339147 ; Question A.N. n° 98834, Carayon, JOAN 17 avril 2012, p. 3000

⁴⁷¹ Cass. civ. 27 décembre 1897, DP 1901.1.40

permet d'agir ainsi, mais une désignation conventionnelle ou judiciaire, en raison des liens qui l'unit avec la personne protégée.

71. La qualité d'héritier présomptif ne peut, tant que la succession n'est pas ouverte, autoriser son titulaire à agir dans son propre intérêt, pour la défense de ses futurs droits héréditaires.

Pourtant, malgré l'énoncé de ce principe, la jurisprudence a pu admettre qu'un héritier présomptif puisse contester *ante mortem* certains actes – essentiellement des actes à caractère éminemment personnel – du *de cuius*.

Il en va ainsi de la faculté offerte aux collatéraux de contester la validité du mariage de leur auteur⁴⁷². Outre l'opposition à mariage offerte aux ascendants par l'article 174 du Code civil, tous ceux qui peuvent y avoir intérêt disposent, en vertu de l'article 187 du Code civil, de la faculté d'agir en nullité du mariage.

Naturellement, l'action des héritiers, présomptifs ou actuels, sur le fondement d'un vice du consentement doit être rejetée comme portant sur un vice ouvrant la faculté d'agir en nullité relative, faculté offerte aux seuls époux⁴⁷³. Mais en l'absence de consentement, se pose la question de la faculté d'agir des héritiers présomptifs. Soumis à une nullité absolue, le défaut de consentement peut être invoqué par tout intéressé. Si les ascendants peuvent agir en nullité absolue, en prouvant simplement l'existence d'un intérêt moral⁴⁷⁴, ce n'est pas le cas des autres héritiers qui doivent nécessairement prouver l'existence d'un intérêt pécuniaire à agir.

Se pose dès lors la question suivante : la qualité d'héritier présomptif, potentiellement évincé par le mariage du *de cuius*, est-elle suffisante pour constituer l'intérêt à agir nécessaire pour demander la nullité absolue dudit mariage ?

⁴⁷² CA Paris, 14 décembre 1999, D. 2000, Somm. p. 416, obs. J.-J. LEMOULAND, RTDCiv. 2000 p. 294 note J. HAUSER. Notons qu'en l'espèce l'époux dont le mariage était contesté est décédé avant l'introduction de la demande en nullité.

⁴⁷³ Cass. civ. 1^{ère}, 4 juillet 1995, Bull. Civ. I, n° 291 ; D. 1996, Jur. p. 233, note F. BOULANGER ; RTDCiv. 1995, p. 867, obs. J. HAUSER ; Defrénois 1996, p. 321, note J. MASSIP ; RTDCiv. 1997, p. 205, obs. B. VAREILLE.

⁴⁷⁴ Cass. req., 15 novembre 1848 : DP 1848, 1, p. 247

S'il est vrai que l'article 187 du Code civil ouvre l'action en nullité du mariage à tous ceux qui y ont un intérêt, il limite cependant l'action aux parents collatéraux et aux enfants nés d'un autre mariage, du vivant des deux époux, lorsqu'ils y ont un intérêt né et actuel. Excepté l'hypothèse d'une créance détenue par les enfants et collatéraux contre l'un des époux⁴⁷⁵, on imagine mal un intérêt autre que successoral et ce même si la Cour de cassation n'exclut pas l'existence d'un intérêt pécuniaire, au sens large⁴⁷⁶.

Pourtant, à cette interrogation, la Cour de cassation a pu répondre, dans un arrêt en date du 4 mai 2011⁴⁷⁷, en prononçant la nullité du mariage à la demande d'un collatéral privilégié, du vivant des époux. Il est vrai que les circonstances de fait pouvaient légitimement laisser penser que le consentement du futur époux n'était pas suffisamment caractérisé. D'une part, le *de cuius*, sous sauvegarde de justice avant la célébration du mariage, a été placé sous tutelle trois semaines après. D'autre part, le défunt avait consenti juste avant le mariage à sa future épouse d'importants dons manuels. Enfin, la personne protégée est décédée durant l'instance, peu avant le prononcé de la décision d'appel. Le risque contre lequel luttaient les héritiers s'est donc bien réalisé. Par arrêt confirmatif, la Cour d'appel a prononcé la nullité du mariage pour défaut de consentement, décision par la suite non censurée par la Cour de cassation.

La motivation de la Cour de cassation se révèle particulièrement intéressante : à aucun moment, la Cour ne précise, et à juste titre, que les héritiers évincés ont un droit à agir. Ils peuvent tout au plus revendiquer un intérêt à agir, à contester la validité du mariage. Eu égard aux faits de l'espèce, particulièrement caractérisés, on peut concevoir dans un premier temps que les héritiers puissent revendiquer un tel intérêt. Mais il n'en reste pas moins que cette décision paraît dangereuse pour la liberté individuelle des futurs époux. La solution sera-t-elle la même pour tous les autres actes ou faits juridiques de la vie civile ? Dès lors qu'une action risque de porter atteinte aux droits successoraux d'un héritier – réservataire ou non, le danger est ici le même – les héritiers

⁴⁷⁵ Ils seraient alors considérés comme créanciers, indépendamment du lien de parenté les unissant aux époux et leur intérêt à agir ne poserait dès lors aucune difficulté : Cass. civ., 30 juillet 1900, S. 1902.1.225, note WAHL ; DP 1901.1.317

⁴⁷⁶ Cass. civ., 25 mars 1889, DP 1890.1.227 ; S. 1890.1.145, note LABBÉ

⁴⁷⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 4 mai 2011, pourvoi 09-68.983, RDLC juin 2011 p. 47 note J. GALLOIS ; D. 2011 p. 2387 note G. RAOUL-CORMEIL ; RTDCIV 2011 P. 515 NOTE J. HAUSER. Sur cette décision, voir également M-R. KERVILLA, « Vocation successorale : radioscopie d'une ambiguïté », JCP N, 22 Juillet 2011, p. 1222

pourraient toujours revendiquer un intérêt à agir, à contester la validité de l'acte passé. Les héritiers présomptifs avaient-ils davantage de moyens d'action ? Le conjoint survivant évinçant les collatéraux privilégiés⁴⁷⁸, contester les libéralités consenties n'aurait pas été utile : les héritiers, primés par l'épouse, n'auraient de toute façon pu prétendre aux sommes en cause. Seule la nullité du mariage permettait d'évincer le conjoint de la dévolution successorale.

Il convient cependant de ne pas accorder à cette décision plus d'importance qu'elle n'en a. Si, du point de vue du fond du droit la solution peut choquer, elle se justifie pleinement au regard des règles de procédure civile. En effet, le décès étant intervenu peu après le prononcé de la décision de première instance, les frères et sœurs étaient devenus véritablement des héritiers de second rang, habiles à contester les qualités héréditaires du conjoint survivant, héritier de rang préférable. Or, l'analyse de la Cour de cassation porte sur la décision d'appel : la Cour suprême a valablement pu énoncer qu' « *ayant constaté, à la date où elle statuait, que les consorts X... avaient vocation à recueillir, en l'absence de conjoint survivant, la partie de la succession de leur frère non incluse dans un testament, la cour d'appel en a souverainement déduit que ceux-ci justifiaient d'un intérêt actuel à agir* ». C'est la décision d'appel qui est analysée par la Cour de cassation et c'est donc bien par rapport à elle que doivent être vérifiées par la Cour de cassation les conditions de recevabilité de l'appel. Le *de cujus* étant décédé au jour du prononcé de la décision d'appel, le rejet du pourvoi ne pouvait qu'être prononcé. La solution aurait sans doute été différente en cas de survie de l'époux. La vocation successorale n'est pas et ne saurait être un intérêt *actuel* à agir.

72. Cette solution se rapproche de celle déjà admise en matière de prestation compensatoire. Si, aux termes de l'article 271 du Code civil, la prestation compensatoire est déterminée en tenant compte notamment du « patrimoine estimé ou prévisible des époux », la jurisprudence estime fort logiquement que la vocation successorale d'un

⁴⁷⁸ Sauf en ce qui concerne les biens reçus par le défunt de ses ascendants, par succession, donation ou legs : sauf volonté contraire, ces biens reviennent pour moitié au conjoint et pour moitié aux collatéraux privilégiés (art. 757-3 C. civ.).

époux – ses droits à venir dans une succession non ouverte⁴⁷⁹ – ne constitue pas un tel élément patrimonial prévisible⁴⁸⁰. Même la qualité d'héritier réservataire est insusceptible de fonder la prise en compte d'un héritage futur dans le calcul d'une prestation compensatoire demandée par son conjoint, la réserve n'étant qu'une fraction de la succession elle-même, rien ne justifie que les droits à réserve soient pris en compte la qualité de son titulaire pour déterminer le montant de la prestation due.

L'incertitude tant dans le montant que dans le principe même des droits successoraux interdit de prendre en compte cet élément pour le calcul de la prestation compensatoire. Cette position doit d'autant plus être approuvée que la prestation compensatoire versée sous forme de capital est insusceptible de révision, en raison de son caractère forfaitaire⁴⁸¹ : fixer la prestation en fonction de droits futurs sans pouvoir en modifier le montant à la hausse ou à la baisse, en fonction des droits effectivement perçus par la suite paraîtrait bien excessif.

B – L'héritage n'est pas une espérance légitime

Entre l'espérance, l'anticipation, le futur, l'éventuel, la condition, la certitude, la doctrine et la jurisprudence tentent d'élaborer progressivement une taxinomie des actes et faits antérieurement à leur réalisation⁴⁸². Si l'événement devant donner naissance aux droits liés à ces actes et faits est, sinon certain, du moins prévisible, la situation juridique

⁴⁷⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 28 février 2006, pourvoi 04-17.695, RJPF 2006-5/32 obs. T. GARE

⁴⁸⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 21 septembre 2005, Bull. Civ. I, n° 339 ; R., p. 212 ; D. 2006. 47, note LEFRANC-HAMONIAUX ; JCP 2006 II 10099, note ZELCEVIC-DUHAMEL ; Defrénois 2006. 344, obs. J. MASSIP ; AJ fam. 2005. 449, obs. S. DAVID ; Dr. fam. 2006, comm. 5 note V. LARRIBAU-TERNEYRE ; LPA 3 mai 2006, note B. VAREILLE ; RTDCiv. 2005. 766, obs. J. HAUSER ; Cass. civ. 1^{ère}, 20 juin 2006, AJ fam. 2006. 469, obs. S. D. ; Cass. civ. 1^{ère}, 6 octobre 2010, D. 2010. Act. 2431, obs. GALLMEISTER ; Dr. fam. décembre 2010, comm. 178, obs. V. LARRIBAU-TERNEYRE ; JCP 2011, p. 29, obs. H. BOSSE-PLATIERE ; JCP N 2011, p. 1222, obs. M-R. KERVILLA ; RLDC 2010/77, no 4053, obs. CHAUCHAT-ROZIER ; RJPF 2010-12/20, obs. T. GARE

Contra Cass. civ. 2^e, 25 juin 1986 D. 1987, somm. p. 47, obs. A. BENABENT

De même, le juge n'a pas, pour calculer la prestation compensatoire due à l'épouse, à tenir compte des perspectives de versement d'une pension de réversion en cas de prédécès du mari (Cass. civ. 1^{ère}, 6 octobre 2010, n° 09-15.346, Dr. Fam.

⁴⁸¹ Art. 270 C. civ.

⁴⁸² V. notamment les critères retenus par le Professeur NAJJAR dans son article « L'éventuel », D. 2012 p. 758

antérieure à sa réalisation est source de controverses. Tant que le droit n'est pas né, il ne devrait en toute logique pas exister. Pourtant, la formation progressive des droits est depuis longtemps protégée : le futur en tant que tel n'est pas ignoré. Singulièrement, la période précontractuelle, période de pourparlers et de négociations, n'est, à proprement parler, pas la naissance d'un droit mais son avènement.

La formation successive des droits a permis à la doctrine et la jurisprudence d'élaborer plusieurs concepts destinés à prendre en compte des droits non encore nés mais dont le devenir est certain ou quasi-certain. A ce titre, l'espérance de voir un droit se concrétiser permet à son titulaire de revendiquer une protection effective.

73. L'« espérance légitime » est ainsi devenue un standard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁴⁸³. Selon une jurisprudence constante de la Cour européenne, l'article 1^{er} du protocole 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme, aux termes duquel « toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens », ne protège pas que les biens corporels, mais également les créances et les biens dont l'existence future ne saurait être contestée. C'est à ce titre que la Cour a pu créer la notion d'espérance légitime : la notion de « biens » peut recouvrir tant des biens actuels que des valeurs patrimoniales, y compris des créances en vertu desquelles le requérant peut prétendre avoir au moins une « espérance légitime » d'obtenir la jouissance effective d'un droit de propriété⁴⁸⁴. La

⁴⁸³ W. JEAN-BAPTISTE, *L'espérance légitime*, préface de J-P. MARGUENAUD, Collection des thèses (Fondation Varenne), 2011 ; R. ERGEC, « La protection de la propriété, à l'aide du concept d'espérance légitime dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *En hommage à Francis DELPÉRIÉ, Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruylant / LGDJ, 2007, p. 513 ; A. DEBET, *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, préf. L. LEVENEUR, Dalloz, NBT, 2002, spéc. p. 690 et s. ; J-F. FLAUSS, « La notion de "bien" dans la jurisprudence récente de la Cour européenne », RJC 2005 p. 492

Les juridictions françaises tendent à reprendre à leur compte, parfois au visa de l'article 1^{er} du protocole 1 de la CESDH, la notion d'espérance légitime, notamment en matière de responsabilité civile ou de recouvrement de créance (v. not. Cass. com. 17 mai 2011, pourvoi 09-72862 ; Cass. soc. 24 novembre 2010, pourvois 08-44181 08-44182 08-44184 08-44185 08-44186 ; Cass. civ. 1^{ère}, 13 novembre 2002, pourvoi 00-11415 ; v. également M. PICHARD, « Espérance légitime : les silences de la Cour de cassation (note sous Cass. civ. 1^{ère}, 24 janvier 2006) », Petites affiches 15 juin 2007 p. 13)

⁴⁸⁴ V. parmi une jurisprudence constante et abondante : CourEDH 29 novembre 1991, *Pine Valley Developments Ltd et autres c. Irlande*, req. 12742/87, spéc. § 51 ; CourEDH, 12 juillet 2001, *Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c/ Allemagne*, req. 42527/98, spéc. § 83 ; CourEDH 26 avril 2011, *Di Marco c. Italie*, req. 32521/05, spéc. § 49

jurisprudence retient que les requérants n'ont pas d'« espérance légitime » lorsqu'on ne peut considérer qu'ils possèdent de manière suffisamment établie une créance immédiatement exigible. L'espérance légitime doit reposer sur une « base suffisante en droit interne », par exemple une jurisprudence suffisamment stable et favorable⁴⁸⁵.

La notion d'espérance légitime se rapproche des concepts d'« attente légitime »⁴⁸⁶ ou de « confiance légitime »⁴⁸⁷, dont le développement récent en droit des contrats et de la consommation, ainsi qu'en droit communautaire n'ont qu'un seul but : protéger la partie la plus faible en assurant une certaine prévisibilité et sécurité de l'acte juridique. L'« espérance fondée »⁴⁸⁸, que supposent la protection de l'attente et de la confiance légitime, requiert nécessairement un minimum d'éléments objectifs permettant de rendre vraisemblable, mais non certaine, l'existence du droit invoqué.

L'espérance est plus qu'un aléa : elle est une chance, même minime, de recevoir le droit convoité. Ainsi que la Cour européenne a pu l'énoncer, il existe une différence « entre un simple espoir, aussi compréhensible soit-il, et une espérance légitime, qui doit être de nature plus concrète et se fonder sur une disposition légale ou avoir une base jurisprudentielle solide en droit interne »⁴⁸⁹.

⁴⁸⁵ CourEDH 28 septembre 2004, *Kopecký c/ Slovaquie*, req. 44912/98, RJ com. 2005. 493 obs. J.-F. FLAUSS

⁴⁸⁶ Sur cette question, v. les remarques éclairantes de X. DIEUX dans son ouvrage *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui*, Bruylant, LGDJ, 1995, v. également G. GUERLIN, *L'attente légitime du contractant*, thèse Université de Picardie Jules Verne, 2008 ; J. CALAIS-AULOY, « L'attente légitime : une nouvelle source de droit subjectif ? », in *Aspects actuels du droit des affaires*, Mélanges en l'honneur de Yves GUYON, Dalloz, 2003, p. 171 ; H. AUBRY, « Un apport du droit communautaire au droit français des contrats : la notion d'attente légitime », RIDC 2005 p. 627

⁴⁸⁷ S. CALMES, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Dalloz, NBT, 2001 ; D. SIMON, « La confiance légitime en droit communautaire : vers un principe général de limitation de la volonté de l'auteur de l'acte ? », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques, Etudes à la mémoire du Professeur Alfred RIEG*, Bruylant, 2000, p. 733

⁴⁸⁸ L'expression est empruntée au droit communautaire : v. par ex. , 19 mars 2003, *Innova Privat-Akademie GmbH contre Commission des Communautés européennes*, Aff. T-273/01, Rec., II-01093 : « selon une jurisprudence constante, le droit de réclamer la protection de la confiance légitime, qui constitue un des principes fondamentaux de la Communauté, s'étend à tout particulier qui se trouve dans une situation de laquelle il ressort que l'administration communautaire, en lui fournissant des assurances précises, a fait naître chez lui des espérances fondées. Constituent de telles assurances, quelle que soit la forme sous laquelle ils sont communiqués, des renseignements précis, inconditionnels et concordants et émanant de sources autorisées et fiables ».

⁴⁸⁹ CourEDH 28 septembre 2004, *Kopecký c/ Slovaquie*, préc., § 52 ; CourEDH 14 février 2008, *Glaser c/ République Tchèque*, req. 55179/00, spéc. § 55

Elle se rapproche en cela de la perte de chance bien connue du droit français : le créancier pouvait se prévaloir d'une certaine prévisibilité, d'une chance⁴⁹⁰, dans l'accomplissement d'une situation donnée ; l'impossibilité de parvenir au résultat projeté en raison de l'action fautive d'un tiers lui ouvre donc droit à réparation. C'est le même schéma qui est protégé par la théorie de l'espérance légitime. Est protégée une créance dont la naissance n'est pas encore accomplie mais particulièrement probable : « même lorsqu'en définitive une promesse doit être déçue, l'espérance légitime présente l'intérêt d'obliger qu'une explication soit fournie à ceux qui verront le temps emporter, du fait de décisions sur lesquelles ils n'ont aucune emprise, les promesses auxquelles ils ont cru »⁴⁹¹.

74. Tel pourrait être singulièrement le cas des droits successoraux : l'espérance de voir la dévolution légale se concrétiser au jour de l'ouverture de la succession ne pourrait-elle être protégée sur ce fondement ?

Une réponse négative s'impose néanmoins. Selon une jurisprudence constante de la Cour, l'article 1 du Protocole n° 1 ne vaut que pour les biens actuels et ne garantit pas le droit d'acquérir la propriété par voie de succession *ab intestat* ou de libéralités⁴⁹² : l'espoir de voir reconnaître un droit de propriété que l'on est dans l'impossibilité d'exercer effectivement ne peut être considéré comme un « bien » au sens de l'article 1 du Protocole n° 1 de la Convention européenne⁴⁹³. Tout au plus les requérants peuvent-ils solliciter la condamnation de l'État en cause lorsque l'impossibilité d'hériter est due à une législation à caractère discriminatoire⁴⁹⁴. Tel est le cas notamment lorsque la diminution ou la suppression des droits successoraux sont justifiées par la qualité

⁴⁹⁰ « Seule constitue une perte de chance réparable, la disparition actuelle et certaine d'une éventualité favorable » (Cass. civ. 1^{ère}, 21 novembre 2006, pourvoi 05-15.674, Bull. Civ. I, no 498, JCP G 2007, I, 115, n° 3 obs. Ph. STOFFEL-MUNCK ; Cass. civ. 1^{ère}, 4 juin 2007, pourvoi 05-20.213, Bull. Civ. I, no 217 ; JCP 2007. I, 185, no 2, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK).

⁴⁹¹ W. JEAN-BAPTISTE, *op. cit.*, spéc. n° 604

⁴⁹² CourEDH 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, req. 6833/74, spéc. § 50 ; CourEDH 28 octobre 1987, *Inze c. Autriche*, req. 8695/79, spéc. § 37

⁴⁹³ CourEDH 6 octobre 2005, *Maurice c. France*, req. 11810/03, spéc. § 63

⁴⁹⁴ CourEDH 22 décembre 2004, *Merger et Cros c/ France*, req. 68864/01, *op. cit.*, spéc. § 37

d'enfant naturel simple⁴⁹⁵ ou adultérin⁴⁹⁶, voire d'enfant adopté⁴⁹⁷ ou, à l'inverse, non adoptable⁴⁹⁸, ou par sa nationalité⁴⁹⁹, et ce en contrariété avec les dispositions des articles 8 et 14 de la Convention européenne⁵⁰⁰.

En droit successoral, l'héritage n'est qu'un simple espoir : tant son contenu que son principe même sont conditionnés par la volonté du *de cuius*, seul maître de la dévolution successorale. Une succession non ouverte ne constitue assurément pas une espérance ou une attente légitime.

N'étant pas un créancier, les droits de l'héritier sont nécessairement, et ceci est une tautologie, limité à l'actif successoral net. Et, même réservataire, le successible ne peut revendiquer ces biens en nature, tout au plus une créance en valeur⁵⁰¹. Le réservataire devient créancier du gratifié, dès lors que la libéralité dépasse la quotité disponible, mais non de la succession et encore moins un indivisaire : l'espérance successorale n'est plus l'octroi futur de droit pleins et entiers ou de droits indivis portant sur les biens existants.

Vainement pourrait-on voir dans le maintien de la succession *ab intestat* un quelconque accomplissement d'un devoir moral juridiquement sanctionné. Pas plus qu'il n'existe une obligation naturelle de donner⁵⁰², il n'existe d'obligation au maintien de la dévolution telle que prévue par le Code civil. Même si le défunt s'engage à maintenir la

⁴⁹⁵ CourEDH 13 juin 1979, *Marckx c/ Belgique*, préc.

⁴⁹⁶ CourEDH 1^{er} février 2000, *Mazurek c/ France*, req. 34406/97

⁴⁹⁷ CourEDH 13 juillet 2004, *Pla et Puncernau c/ Andorre*, req. 69498/01

⁴⁹⁸ CourEDH 3 mai 2011, *Negrepontis-Giannisisis c/ Grèce*, req. 56759/08, spéc. § 104 : « La Cour estime ainsi que le refus des juridictions internes de reconnaître la validité de l'adoption en Grèce et donc la qualité d'héritier qui en découlait, constitue une ingérence dans son droit au respect des biens qui, compte tenu de la conclusion à laquelle elle est arrivée sur le terrain de l'article 8, est aussi incompatible avec ce droit ».

⁴⁹⁹ CourEDH 27 mars 2007, *Apostolidi et autres c/ Turquie*, req. 45628/99 ; CourEDH 2 juin 2008, *Nacaryan et Deryan c/ Turquie*, req. 19558/02 et 27904/02

⁵⁰⁰ Textes qui protègent respectivement le droit au respect de la vie privée et familiale et le principe d'égalité des droits.

⁵⁰¹ Sur cette notion, cf. infra n° 78

⁵⁰² À ne pas confondre avec l'obligation de donner – de remettre la chose – que l'on retrouve dans les contrats à titre onéreux. Sur cette épineuse question, v. notamment M. FABRE-MAGNAN, « Le mythe de l'obligation de donner », RTDCiv. 1996.85 ; D. TALLON, « Le surprenant réveil de l'obligation de donner », D. 1992.Chron.68

dévolution légale, une telle volonté ne pourrait être que librement révocable. Tant que la succession n'est pas ouverte, l'héritier ne peut revendiquer de droits sur l'émolument et parallèlement il n'est pas possible de lui opposer l'existence de ces droits. L'héritage n'est, pendant cette période, que soumis à la volonté du défunt et son espoir ne saurait être particulièrement protégé.

Section 2 – L'héritage réservataire, une créance à l'avenir incertain

Alors que la réserve héréditaire a pendant longtemps été présentée comme une véritable limitation à la capacité de disposer du *de cuius*, cette analyse n'est plus forcément exacte aujourd'hui. D'un véritable droit réel opposable aux gratifiés, la réserve n'est plus aujourd'hui qu'une simple créance, offerte à un nombre de plus en plus restreint de bénéficiaires (I).

Ces évolutions récentes, qui ne sont pas que symboliques mais modifient la physionomie complète de la transmission successorale, font à présent douter de la pertinence du maintien de la réserve héréditaire (II).

I – La réserve héréditaire : un droit réadapté

75. Tout a été dit ou presque sur la réserve héréditaire⁵⁰³. Mourante, mais pourtant réaffirmée⁵⁰⁴, elle connaît depuis quelques années de profonds bouleversements. Un trait commun à toutes les évolutions récentes est la plus grande

⁵⁰³ Parmi quelques écrits significatifs : VALLIER, thèse *préc.* ; M. BEAUBRUN, *L'ordre public successoral*, thèse, Paris II, 1979 ; B. VAREILLE, I. KONDILY, *La protection de la famille par la réserve héréditaire en droits français et grec comparés*, préf. P. CATALA, LGDJ, Bibl. dr. privé, tome 275, 1997 ; C. DUARD-BERTON, *L'ordre public dans la famille*, thèse, Paris II, 2004

⁵⁰⁴ Art. 912 C. civ., dans sa rédaction issue de la loi du 23 juin 2006

place offerte à la volonté du défunt⁵⁰⁵. Bien que restant une des principales règles d'ordre public du droit successoral français, la réserve héréditaire connaît de plus en plus de fissures.

Avec la prohibition des pactes sur succession future, la réserve héréditaire est un des piliers de l'ordre public successoral. A la fois carcan moral et mesure de la liberté de disposer à cause de mort, elle est, aux termes de l'article 912 du Code civil, « 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 ».

Parfois justifiée par la protection de la famille, la réserve héréditaire n'est en aucun cas une institution collective : ce sont bien les membres de la famille qui sont protégés individuellement et non la famille en tant que groupe.

A - Les héritiers réservataires : une dévolution redessinée

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 23 juin 2006, la réserve héréditaire a connu de profonds bouleversements, concernant notamment l'étendue de ses titulaires. Pourtant, malgré les apparences, le caractère collectif de la réserve reste inchangé.

76. La réserve est par principe collective et non individuelle ; représentant une fraction de la succession, celle-ci est dévolue collectivement aux membres d'un même ordre⁵⁰⁶. Elle doit ainsi être répartie entre eux suivant la règle du degré en tenant compte, le cas échéant, de la représentation successorale.

Le caractère collectif de la réserve était à ce point marqué que jusqu'en 2006 la renonciation d'un descendant à la succession n'avait aucune incidence sur le montant de la réserve globale, invariablement fixé par le nombre d'enfants laissés par le défunt au

⁵⁰⁵ M. BEAUBRUN, *L'ordre public successoral*, thèse préc. : la réserve n'est plus « une amputation rigide du patrimoine successoral sur la dévolution duquel le *de cuius* est dépourvu de prérogatives » (p. 6).

⁵⁰⁶ La question ne se pose plus, aujourd'hui que pour la réserve des descendants. Le conjoint survivant étant seul dans son ordre, dire à son égard que la réserve est collective ne présente aucun intérêt.

jour du décès, en ce compris le renonçant⁵⁰⁷. Cette solution présentait un avantage indéniable : le disposant savait toujours par avance quelle était l'étendue de la quotité disponible dont il pouvait disposer. Cependant, la disparition d'un descendant avait ceci de néfaste qu'elle ne profitait qu'à ses seuls cohéritiers : la part du réservataire renonçant accroissait celle des autres réservataires, non la quotité disponible, invariablement fixée au jour du décès. Stabilité juridique contre liberté testamentaire, la jurisprudence optait pour la première.

Par faveur pour la liberté de disposer du *de cuius*, la loi de 2006 a désormais instauré la règle inverse : l'enfant renonçant n'est plus compris dans le nombre d'enfants laissés par le défunt qui détermine le taux de la réserve globale⁵⁰⁸, sauf lorsque celui-ci est représenté⁵⁰⁹. Le principe de la réserve collective n'est nullement remis en cause, seul celui de l'invariabilité au jour du décès est désormais invalidé.

De même, afin de ne pas bouleverser les prévisions du *de cuius* dans l'organisation de la succession, la répartition de la réserve par souches s'est imposée.

Il convient de ne pas confondre répartition par souche et représentation successorale. Bien qu'ayant la même finalité – éviter les conséquences néfastes du hasard des décès – la répartition par souche va au-delà du champ d'application de la représentation successorale. Il est en effet admis que la représentation ne joue pas en présence d'une souche unique, la volonté d'égalité entre les souches malgré les aléas des décès ne présentant aucun intérêt en ce cas. Or, l'article 913-1 du Code civil, issu de la loi n° 72-3 du 3 janvier 1972⁵¹⁰, dispose que « sont compris dans l'article 913, sous le nom d'enfants, les descendants en quelque degré que ce soit, encore qu'ils ne doivent être comptés que pour l'enfant dont ils tiennent la place dans la succession du disposant ». La réserve se calcule par souche même lorsque les descendants viennent à la succession de leur propre chef, assurant ici encore une certaine prévisibilité au disposant.

⁵⁰⁷ Cass. civ., 13 août 1866, *Dufeu*, DP 1866, 1, p. 465, note THIERCELIN, S. 1866.1.383 ; GAJC, n° 137 ; v. déjà Cass. civ., 18 février 1818, *Laroque de Mons*, D. jur. gén., V° Succession, n° 1028 ; Cass. req., 25 juillet 1867, DP 1868.1.65 ; Cass. req., 10 juin 1902, DP 1904.1.425

⁵⁰⁸ Art. 913 al. 2 C. civ.

⁵⁰⁹ Art 913 al. 2, 744 et 751 C. civ.

⁵¹⁰ V. déjà, CA Rouen, 12 février 1887, DP 1889.2.181 ; S. 1888.2.42

77. La réserve a connu par la suite une évolution de ses titulaires avec l'élévation du conjoint survivant à la qualité de réservataire. En l'absence de descendants, le conjoint peut désormais prétendre à une réserve d'un quart. Innovation de la loi du 3 décembre 2001 répondant aux vœux du notariat⁵¹¹ et de la doctrine⁵¹², cette promotion du conjoint survivant est une véritable révolution, signe d'une reconnaissance non équivoque de la qualité d'héritier du conjoint survivant.

Il est vrai qu'au lendemain du vote de la loi de 2001, cette réserve était particulièrement contingente et, fait étrange, soumise à la libre disponibilité du *de cuius*. En effet, dans sa rédaction alors en vigueur, l'article 914-1 du Code civil limitait le bénéfice de la réserve héréditaire au conjoint non divorcé « contre lequel n'existe pas de jugement de séparation de corps passé en force de chose jugée et qui n'est pas engagé dans une instance en divorce ou en séparation de corps ». Il suffisait alors que le disposant introduise une action en divorce ou en séparation de corps pour supprimer les droits à réserve de son conjoint. Cette action, doublée d'un testament privant le conjoint survivant de tous ses droits dans la succession, aurait eu pour effet d'exhérer un conjoint pourtant réservataire ! Si les époux séparés de corps peuvent valablement renoncer à tous droits dans leurs successions réciproques⁵¹³, le disposant pouvait en outre unilatéralement – et indépendamment de la véracité des faits à l'origine de l'action en séparation de corps – parvenir au même résultat.

Cette exhéredation totale d'un héritier réservataire fait désormais partie du passé⁵¹⁴ : la loi de 2006, tout en supprimant les divergences relatives à la qualité

⁵¹¹ 72^e congrès des Notaires, *La Dévolution successorale*, Deauville, 1975, p. 448 et s.

⁵¹² M. DAGOT, « Le conjoint survivant, héritier réservataire ? », D. 1974, chron. p. 39 ; B. BEIGNIER, « Restauration de la légitime : à propos du projet de réforme du droit des libéralités », Dr. Fam. 1998, chron. 12 ; R. REVOL, « La réserve du conjoint survivant », Gaz. Pal. 2002, doct. 1409.

V. cependant semble-t-il plus dubitatif : C. BRENNER, « La succession », in *1804-2004. Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, spéc. n° 30

⁵¹³ Cf. infra

⁵¹⁴ Mais cette règle reste applicable aux successions ouvertes entre le 1^{er} juillet 2002, date d'entrée en vigueur de la loi du 3 décembre 2001, et le 1^{er} janvier 2007, date d'entrée en vigueur de la loi du 23 juin 2006. En matière successorale, le fait générateur – déterminant la loi applicable – est en effet le décès du *de cuius* (V, par ex. Cass. civ. 1^{ère}, 14 décembre 1971, D 1972.117 en matière de réserve héréditaire)

d'héritier du conjoint survivant séparé de corps⁵¹⁵, a abrogé au sein de l'article 914-1 du Code civil la référence à la demande en séparation de corps. En l'absence de descendants, le conjoint survivant est désormais toujours réservataire.

78. Parallèlement, suivant les prévisions quasi-prophétiques de I. KONDILY⁵¹⁶, le législateur a totalement supprimé en 2006 la réserve des ascendants, tant privilégiés qu'ordinaires, pour la remplacer par un droit de retour annoncé comme d'ordre public portant sur les biens donnés.

La plupart des droits de retour légaux ne sont pas d'ordre public et peuvent valablement être écartés par une manifestation expresse de volonté du *de cujus* ou par la transmission des biens en cause entre vifs ou à cause de mort. Tel est le cas notamment de l'actuel droit de retour dit « des frères et sœurs » prévu par l'article 757-3 du Code civil ou de l'ancien droit de retour des ascendants de l'article 747 du Code civil supprimé par la loi 72-3 du 3 janvier 1972⁵¹⁷.

A l'opposé, l'actuel droit de retour dit « des père et mère » est considéré comme d'ordre public. Ce droit successoral anomal⁵¹⁸, prévu par l'article 738-2 du Code civil tel qu'issu de la loi du 23 juin 2006, permet aux parents donateurs de revendiquer « dans tous les cas » le retour des biens par eux donnés à leur enfant. L'expression employée

⁵¹⁵ Les articles 732 et 301 du Code civil, respectivement modifiés par les lois du 3 décembre 2001 réformant les droits du conjoint survivant et du 26 mai 2004 relative au divorce étaient en effet contradictoires. Seule une réponse ministérielle du 27 juin 2006 (Question A.N. N° 77812, *Marleix*, JOAN 27 juin 2006, p. 6860, évoquant une « faveur » faite au conjoint survivant) et les principes généraux d'application de la loi dans le temps et d'abrogation implicite des textes anciens permettaient de conférer une vocation successorale au conjoint séparé de corps.

⁵¹⁶ « A notre avis, ce qui est à retenir dans le défaut de réciprocité quant au partage de la réserve héréditaire, sans tenir compte de son élimination progressive, est l'idée que cette institution est essentiellement conçue dans l'intérêt des générations plus jeunes au sein de la famille. Si, par conséquent, le législateur envisageait de restreindre dans l'avenir la protection accordée à la famille par la réserve, une restriction éventuelle aurait lieu au préjudice des générations les plus vieilles : les ascendants seraient les premiers à en souffrir » (I. KONDILY, *op. cit.*, spéc. n° 485).

⁵¹⁷ Cf. supra n° 11

⁵¹⁸ Bien que la qualification soit parfois contestée (v. not. J.-Cl. Not. Form., « Succession », fasc. 240, 2007, par N. LEVILLAIN, spéc. n° 18), la qualification de succession anormale nous paraît s'imposer. Depuis le célèbre arrêt *Roux-Ménard* (Cass. ch. réunies, 2 juillet 1903, Pand. Fr. 1903.1.497 note GENY, D. 1903.1.353 concl. BAUDOUIN, S. 1904, 1, p. 65, GAJC n° 264), la jurisprudence retient qu'une succession anormale est « un droit successoral formant, à côté de la succession ordinaire et dans les circonstances que la loi détermine, une succession privilégiée, dont la dévolution a lieu en vertu d'une vocation héréditaire spéciale, et qui a pour objet une classe particulière de biens », ce qui est sans conteste le cas du retour prévu par l'article 738-2 du Code civil.

par le législateur permet à la doctrine majoritaire de retenir l'existence d'un droit d'ordre public, dont le *de cuius* ne saurait disposer. L'assertion doit cependant être nuancée : ce caractère d'ordre public n'interdit nullement de disposer du bien en cause entre vifs, à titre gratuit ou onéreux, mais permet au donateur de prétendre recevoir un équivalent en valeur des biens donnés qui ne se retrouveraient pas en nature dans le patrimoine du donataire décédé sans postérité.

Substitut à la réserve héréditaire des ascendants privilégiés, supprimée par la loi du 23 juin 2006, ce droit de retour a été pensé comme une « mini-réserve », à ceci près que si le bien ne se retrouve pas en nature dans la succession, parce que par exemple donné ou légué, c'est la succession qui est redevable d'une somme d'argent envers l'ascendant donateur et non le gratifié. Seul le caractère d'ordre public de ce droit de retour permet une certaine analogie avec la réserve héréditaire. La sanction de la disparition du bien donné de la succession n'est en aucun cas comparable avec la réduction d'une libéralité excessive. En cela, le droit de retour des ascendants se révèle davantage *pars bonorum* que *pars hereditatis*. C'est un véritable droit de créance envers la succession qui est offert à l'ascendant.

La nomenclature des héritiers réservataires est ainsi, depuis l'entrée en vigueur de la loi du décembre 2001, en pleine évolution. Si le conjoint survivant est désormais en l'absence de descendants, réservataire à hauteur d'un quart de la succession⁵¹⁹, les ascendants ont quant à eux perdu leur droit à réserve en 2006⁵²⁰. Cette abrogation remarquée⁵²¹ la réserve des ascendants, spécialement des ascendants privilégiés, n'était le plus souvent qu'un leurre. *Pars hereditatis*, la réserve suppose que son titulaire vienne à la succession, ce qui n'était pas toujours le cas des ascendants avant 2006, en présence d'héritiers préférables, y compris non réservataires⁵²². Par ailleurs, l'illusion de la réserve des ascendants était accentuée par son étendue : en présence d'ascendants, le *de cuius*

⁵¹⁹ Art. 914-1 C. civ., issu de la loi 2001-1135 du 3 décembre 2001,

⁵²⁰ Art. 914 C. civ., abrogé par la loi 2006-728 du 23 juin 2006.

⁵²¹ C. RIEUBERNET, « La fin de la réserve des ascendants ! », Petites affiches, 13 octobre 2006, p. 4

⁵²² Tel était le cas en cas de concours entre ascendants ordinaires et collatéraux privilégiés : les frères et sœurs, ainsi que leurs descendants et le conjoint survivant depuis 2001, priment les grands-parents du défunt, pourtant réservataires jusqu'en 2006.

pouvait disposer, au profit du conjoint survivant exclusivement, de la nue-propriété de la réserve des ascendants⁵²³, réduisant celle-ci   un simple usufruit. Idée de maintenance plus que de transmission, cette réserve viagère réduisait les droits des ascendants à de simples prérogatives quasi-alimentaires.

Cette idée de maintenance semble aujourd'hui à première vue renforcée par la disparition d'un système de réduction en nature au profit de la réduction en valeur.

B - L'action en réduction : d'une indivision à une créance

Selon la conception romaine, la réserve est « *pars bonorum* », s'analysant en un droit de créance, un droit personnel contre la succession et s'apparentant ainsi à l'exécution d'une obligation alimentaire. Le droit coutumier admettait au contraire une réserve « *pars hereditatis* », représentant une fraction de l'hérédité elle-même. Selon cette dernière conception, retenue finalement par les rédacteurs du Code civil, la réserve consiste en un droit réel qui porte directement sur les biens composant la succession.

79. D'ordre public⁵²⁴, la réserve doit être fournie à son titulaire en pleine propriété et libre de toute charge, en application de l'article 912 du Code civil. Le texte, issu de la loi du 23 juin 2006, reprend sur ce point précis des principes bien plus anciens.

La réserve ne peut ainsi être assortie de conditions⁵²⁵ ou de charges⁵²⁶, sauf lorsque celles-ci sont plus favorables à l'héritier r servataire⁵²⁷. Le disposant ne peut

⁵²³ Art. 1094 al. 1^{er} C. civ., issu de la loi du 3 décembre 1930, supprimé par la loi du 23 juin 2006.

⁵²⁴ La jurisprudence est sur ce point constante : v. not. Cass. req., 26 juin 1882, DP 1883.1.70 ; Cass. civ. 1^{ère}, 15 juin 1960, Bull. civ. 1960, I, né 332 ; Cass. civ. 1^{ère}, 26 juin 1963, Bull. civ. 1963, I, né 347 ; Cass. civ. 1^{ère}, 8 juin 1982, Bull. civ. 1982, I, né 214 ; D. 1983, p. 19, note M. BEAUBRUN ; JCP N 1983, II, 20018, note HENRY, Defrénois 1982, art. 32944 obs. G. CHAMPENOIS

⁵²⁵ Cass. civ., 27 juin 1923, DP 1923.1.119 : condition prévoyant qu'en cas de décès de l'héritier avant sa majorité, les biens reçus reviendraient à un tiers.

⁵²⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 9 novembre 1959, JCP G 1960 II 11584, note P. VOIRIN ; D. 1959, jurispr. p. 613, note R. SAVATIER (nullité de l'obligation imposée par le testeur d'abandonner des droits dans une indivision) ; Cass. civ. 1^{ère}, 17 décembre 1968, D. 1969, jurispr. p. 149, note A. B. (nullité d'un legs *de residuo* : sur cette question, cf. supra né 18) ; Cass. civ., 22 février 1977, Bull. civ. 1977, I, né 100 ; JCP G

fournir la réserve sous forme de droits d'une autre nature, fussent-ils économiquement équivalents⁵²⁸. Mais il lui est loisible de laisser au légataire universel ou à titre universel, fût-il ou non par ailleurs héritier, la faculté de composer lui-même la quotité disponible⁵²⁹, lui permettant indirectement de fixer l'assiette de la réserve globale.

80. L'entrée en vigueur de la loi du 23 juin 2006, marque également le passage d'une réserve en nature à une réserve en valeur : pour les décès intervenus à compter du 1^{er} janvier 2007, la réduction des libéralités s'effectue principalement en valeur, sauf volonté contraire du gratifié⁵³⁰.

En 1804, le principe était autre : toute libéralité qui excédait la quotité disponible était en principe frappée d'une nullité dont l'étendue dépendait de l'importance de l'atteinte portée. Les réservataires étaient ainsi appelés à recueillir non pas l'équivalent en argent mais les biens mêmes qui étaient sortis du patrimoine du disposant à titre gratuit⁵³¹. Était donc juridiquement exacte l'affirmation de la jurisprudence selon laquelle l'exhérédation ne produit effet que dans la mesure de la quotité disponible⁵³². Pour le surplus, l'exhérédation, directe ou indirecte, était considérée comme nulle.

La réduction en valeur est progressivement et tardivement apparue en droit positif. Elle était cependant longtemps restée assez marginale, malgré les apports de la

1977, IV, 106 ; RTD civ. 1978, p. 173, obs. R. SAVATIER (nullité d'une clause imposant la gestion des biens par la mère de l'enfant réservataire).

⁵²⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 10 juin 1975, Bull. civ. 1975, I, n° 193 ; JCP G 1975 II 18141, note R. SAVATIER ; Defrénois 1975, art. 30986, p. 1185, note G. MORIN : le défunt peut imposer à son enfant marié sous le régime de la communauté universelle que les biens recueillis dans sa succession lui demeureront propres, y compris dans la mesure où ils constitueraient sa part de réserve. L'héritier détient en effet davantage de pouvoirs lorsque les biens sont propres et non communs.

⁵²⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 19 mars 1991, n° 89-17.094, Juris-Data n° 1991-000871 ; Bull. civ. 1991, I, n° 100 ; JCP G 1992 II 21840, note P. SALVAGE ; D. 1992, somm. p. 229, obs. B. VAREILLE ; Defrénois 1992, art. 35408, n° 168, obs. G. CHAMPENOIS ; RTD civ. 1992, p. 162, obs. J. PATARIN.

⁵²⁹ Cass. req., 29 juillet 1890, S. 1891.1.5, note LABBE ; DP 1891.1.28 ; Cass. req., 16 janvier 1912, DP 1912.1.501 ; Cass. civ. 1^{ère}, 21 décembre 1965, JCP G 1966 II 14628, note P. VOIRIN ; Cass. civ. 1^{ère}, 24 septembre 2008, Bull. civ. 2008, I, n° 214

⁵³⁰ Art. 924 et 924-1 C. civ. sur ce texte, F. SAUVAGE, « Le déclin de la réserve héréditaire précipité par la loi du 23 juin 2006 », JCP N 18 Juillet 2008 p. 1248

⁵³¹ M. NAST, « De la règle suivant laquelle la réserve héréditaire doit être fournie en nature à l'héritier », Defrénois 1931, art. 22858, p. 545 ; F-C. JEANTET, *Le droit à la réserve en nature*, préf. H. SOLUS, Dalloz, 1939

⁵³² Cass. civ. 1^{ère}, 19 juillet 1954, Bull. civ. 1954, I, n° 250 ; Cass. civ. 1^{ère}, 19 janvier 1982, pourvoi 81-10.760, D. 1982, IR 190, JCP 1982. IV. 128, D. 1982, jurispr. p. 589 note J. PREVAULT

loi du 3 juillet 1971. Cette loi a simplement substitué au principe de la réduction en nature des libéralités excessives celui de la réduction en valeur pour les dispositions entre vifs adressées aux héritiers acceptants. Le pas était toutefois symboliquement franchi, la réduction n'entraînant plus une nullité, partielle ou totale, de la libéralité excessive, mais l'obligation pour le gratifié d'indemniser en argent le réservataire lésé. Pour les décès antérieurs à l'entrée en vigueur de la loi du 23 juin 2006⁵³³, la réduction des legs consentis à des non successibles s'effectue toujours principalement en nature sauf cas de perte ou d'aliénation du bien légué⁵³⁴.

La réduction en nature est sans aucun doute le mode de réduction le plus proche de la notion de conservation des biens dans la famille. Elle avait pour effet de créer une indivision entre le gratifié et l'héritier réservataire⁵³⁵. Cet état de fait soumet bien évidemment l'héritier aux aléas du partage, y compris à la simple répartition du prix de vente après adjudication sur licitation, mais elle lui offre une chance, même minime, de recevoir le bien en pleine propriété. La réduction en valeur, quant à elle, ne permet au successeur que de recevoir sa part de réserve sous forme de liquidités. Cette forme de réduction a le mérite de simplifier le règlement de la succession – le gratifié est propriétaire de tous les biens à lui transmis et simplement débiteur de l'indemnité de réduction – mais exclut totalement le principe de conservation des biens dans la famille.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 23 juin 2006 – et la généralisation de la réduction en valeur, il n'y a plus lieu de confondre le titre d'héritier et l'émolument à recevoir. Depuis la disparition de la réduction en nature, le réservataire n'a plus de droits sur les biens existants, sauf si le gratifié lui-même le souhaite. Il conserve le titre d'héritier, mais celui-ci lui offre tout au plus la qualité de créancier, non le droit de revendiquer des droits dans les biens existants. Pourtant, la réserve n'en reste pas moins

⁵³³ Art. 47 L 23 juin 2006

⁵³⁴ M. GRIMALDI, *Les successions*, Litec, 2001, spéc. n° 788 et s.

⁵³⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 11 juillet 1977, Bull. Civ. n° 324

pars hereditatis. Ce n'est toujours pas la succession qui est redevable de l'éventuelle indemnité due, mais bien le gratifié⁵³⁶.

Cette réforme n'en reste pas moins essentielle : ravalé au rang d'un simple créancier⁵³⁷, l'héritier réservataire perd sa place de continuateur privilégié de la personne du défunt, privé de tous droits dans l'émolument dont celui-ci a disposé. Pourtant, ce recours à la valeur, par subrogation des biens donnés ou légués, n'est pas original, eu égard à l'évolution actuelle du droit français.

81. Universelle ou morale lorsqu'elle évoque les qualités d'une institution, constitutionnelle lorsqu'il s'agit d'un objectif, vénale lorsqu'elle suggère la dimension économique d'un bien, la valeur est un des thèmes forts du droit français actuel⁵³⁸. La notion de valeur a déjà fait l'objet d'études approfondies, en particulier en matière de sûretés⁵³⁹, mais également s'agissant des biens incorporels, notamment les propriétés intellectuelles. Biens sans *corpus*, leur intérêt se reporte essentiellement sur leur valeur, leur « accessibilité à l'échange ». Détachés de la matière, ces biens doivent trouver un autre « support ».

La valeur reste cependant une notion vague, polysémique. Elle a une certaine connotation morale, affective, faisant intervenir les sentiments individuels. Mais elle a aussi une définition plus technique, plus désincarnée ; la valeur est une chose, et plus précisément une chose ayant une représentation économique. Cependant, si la valeur a une consonance pécuniaire indéniable, dans le cadre familial, l'aspect affectif n'est jamais loin. Et, s'agissant de la réduction des libéralités excessives, la valeur vénale des biens, objet de la réduction, n'est jamais loin de la valeur émotionnelle de ces mêmes biens. L'ancien objectif de conservation des biens dans la famille disparaît au profit de la

⁵³⁶ M. GRIMALDI, *Les successions, préc.*, n° 283 *in fine* ; C. BRENNER, « La succession », in *1804-2004. Le Code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 427, spéc. n° 34 ; *adde* du même auteur, J-Cl. Civil Code, « Art. 912 à 930-5 », fasc. 10 2009, spéc. n° 28

⁵³⁷ Qui dispose certes du privilège des copartageants : art. 2374-3° C. civ.

⁵³⁸ J-M. MOUSSERON, « Valeur, bien, droit », in *Mélanges en hommage à André Breton et Fernand Derrida*, Dalloz, 1991, p. 277. Voir également l'intervention de MM. CAUSSE et ATIAS lors du colloque sur *Le gage commercial*, (Deauville, 11 et 12 juin 1994), RJC 1994, spéc. p. 84

⁵³⁹ Voir notamment C. ATIAS, « La valeur engagée (sur l'objet du gage) », RJC 1994 p. 72, C. VERBAERE, « Essai d'une théorie générale de la notion de valeur, application au droit de rétention », RRJ 1999-3 p. 685

sécurité juridique, la réduction en valeur permet d'assurer la propriété des gratifiés au détriment de la transmission familiale de ces biens.

Pourtant, l'indemnité due aux réservataires évincés ne leur est pas défavorable. Elle est calculée selon le système de la dette de valeur⁵⁴⁰, catégorie intermédiaire d'obligations participant à la fois des obligations en nature durant leur existence et des obligations de somme d'argent au moment de leur exécution⁵⁴¹, permettant ainsi une réévaluation de la dette en fonction de la valeur du bien transmis. Séduisante sur le plan des principes, mais difficile à mettre en œuvre en pratique, la technique des dettes de valeur est fréquemment employée en droit patrimonial de la famille⁵⁴². La dette de valeur fait partie de ces techniques permettant de repousser dans le temps l'évaluation des biens, ou plutôt de leur valeur, afin de les soustraire aux effets pervers de l'évolution des biens. Les dettes de valeur ont pour but de rééquilibrer les droits des héritiers, *comme si* le temps n'avait pas de prise sur le bien. D'un point de vue strictement comptable, réduction en nature et en valeur correspondent donc. Alors que la résolution légale de la libéralité permet de créer une indivision entre le gratifié et l'héritier, faisant ainsi peser sur celui-ci les moins-values subies par le bien et profiter des plus-values, l'indemnité due en cas de réduction en valeur est calculée « valeur partage », permettant ainsi une réévaluation des sommes dues en fonction de la valeur du bien au jour du partage.

Il n'en reste pas moins que même si d'un point de vue comptable l'héritier réservataire ne perd rien grâce à la réévaluation de la dette de valeur, symboliquement il est en tout ou partie écarté du règlement de la succession. Tout au plus peut-il exercer un droit de suite sur les biens donnés ou légués par la suite revendus, en garantie du paiement de sa créance, en application de l'article 924-4 C. civ. Néanmoins, cette intervention ponctuelle n'offre pas au réservataire une situation enviable : créancier

⁵⁴⁰ Sur ce thème, voir notamment la thèse de G. L. PIERRE-FRANCOIS, *La notion de dette de valeur en droit civil, Essai d'une théorie*, BDP, tome 138, LGDJ, 1975, préface P. RAYNAUD.

⁵⁴¹ G. L. PIERRE-FRANCOIS, *op. cit.*, spéc. p. 49 ; E. PUTMAN, « Observations à propos de la thèse de S. SPAHR, *Valeur et valorisme en matière de liquidations successorales*, (thèse Fribourg, Suisse) », RTDCiv 1995.226, spéc. p. 227

⁵⁴² Par exemple en matière de récompense : art. 1469 C. civ.

certes dans une situation favorable grâce au privilège qui lui est offert et au droit de suite qui lui est accordé, l'héritier n'en reste pas moins un simple créancier. Et il n'est pas rare en pratique de voir un héritier réservataire refuser⁵⁴³ de signer les actes afférents au règlement de la succession parce que vexé de ne pouvoir prendre part au partage des biens dépendant de la succession. L'humiliation est souvent d'autant plus mal vécue que les gratifiés sont ses frères et sœurs : ravalé au rang de « simple » créancier, le successible est *de facto* exclu de la famille au sens patrimonial du terme. Finie donc la copropriété familiale qui a, un temps, justifié le droit des successions⁵⁴⁴. Le disposant seul peut déterminer qui est digne de recevoir en nature ses biens et qui doit se contenter d'un simple chèque⁵⁴⁵.

Certains osent même, au vu des évolutions récentes de la réserve, suggérer non plus son contournement, mais sa disparition totale.

II – Une réserve héréditaire toujours en mutation

Si la réserve héréditaire est indubitablement d'ordre public, les règles du droit international privé ne lui offrent pas semblable protection. Le contournement de la réserve par l'éviction de la loi française permet alors de s'interroger sur la pertinence du maintien de la réserve en droit interne.

⁵⁴³ Refus souvent vain, les actes successoraux principaux (acte de notoriété, déclaration de succession, attestation immobilière) ne nécessitant pas l'unanimité...

⁵⁴⁴ Cf. intro

⁵⁴⁵ F. SAUVAGE, « Le déclin de la réserve héréditaire précipité par la loi du 23 juin 2006 », *préc.*, *in fine*

A – Une faille : le contournement de la réserve par l'éviction de la loi française

82. Le droit international privé français a, après moult hésitations et modifications des critères de rattachements⁵⁴⁶, opté pour une dualité de critères déterminant la loi successorale applicable. En application des dispositions de l'article 3 du Code civil⁵⁴⁷, la dévolution des immeubles est soumise à la *lex rei sitae*⁵⁴⁸, la loi de leur situation, alors que les meubles sont transmis en application de la loi régissant le dernier domicile du défunt.

L'existence de ces deux masses successorales impose un calcul fractionné de la quotité disponible : la réserve doit être déterminée selon la loi successorale désignée par la règle de conflit de lois⁵⁴⁹. Le calcul s'opère en distinguant les deux masses – mobilière et immobilière – indépendamment, sans compensation possible entre les masses. Le système scissionniste⁵⁵⁰ français, imposant la dualité de liquidation, sera

⁵⁴⁶ S'agissant notamment des successions mobilières : C. FREYRIA, *La loi applicable aux successions mobilières en droit international privé français*, thèse Lille, 1946. Les auteurs justifient généralement cette solution par l'application de l'adage *Mobilia sequuntur personam*.

⁵⁴⁷ Cass. civ., 14 mars 1837, *Stewart*, S. 1837.1. 95 ; DP 1837.1.275 ; GADIP n° 3 : « Attendu que l'article 3 du code civil, conforme aux anciens principes, soumet les immeubles situés en France, même ceux possédés par des étrangers, à la loi française ; que sa disposition embrasse, dans sa généralité, tous les droits de propriété et autres droits réels qui sont réclamés sur ces immeubles ».

⁵⁴⁸ V. par ex. Cass. civ. 2 juin 1806, S. 1806, 968 ; Cass. civ., 5 juillet 1933, *Nagalingampoullé*, DP 1934.1.133, note SILZ ; Rev. crit. DIP 1934, p. 166 note NIBOYET-HOEGY ; Cass. civ. 1^{ère}, 17 juin 2009, pourvoi 07-21.728 ; JCP N 2009 p. 1310, note É. FONGARO ; Defrénois 2010, art. 39068, p. 328, note M. REVILLARD

⁵⁴⁹ Cass. req., 28 avril 1836, DP 1836.1. 361 ; S. 1836.1. 749 ; Cass. civ., 14 mars 1837, S. 1837.1.195 ; Cass. civ. 1^{ère}, 22 décembre 1970, Journ. Not. 1971, art. 50097 p. 660, note G. A-L DROZ ; Rev. crit. DIP 1972, p. 467, note A.P. ; Cass. civ. 1^{ère}, 3 mars 1971, Rev. crit. DIP 1971, p. 291, note BATTIFOL ; Cass. civ. 1^{ère}, 4 décembre 1990, *Pearsch*, pourvoi 89-11352, Defrénois 1991, art. 35096, note M. REVILLARD ; Rev. crit. DIP 1992, p. 76, note G. A.-L. DROZ : « la réserve se calculant dans les successions internationales sur chaque masse de biens soumise à une loi différente, les héritiers réservataires peuvent recevoir toute la réserve que leur donne la loi française de la situation de l'immeuble ». La jurisprudence est sur ce point constante.

⁵⁵⁰ J. HÉRON, *Le morcellement des successions internationales*, préf. P. Mayer, Economica, 1986. L'auteur manifeste cependant une préférence pour la *lex rei sitae* qui, malgré un critère unique – le lieu de situation de chaque bien – aboutit finalement à un morcellement de la succession, mais à une unité de régime pour les biens en cause, au delà et après le règlement de la succession.

souvent à l'origine de résultats étonnants⁵⁵¹, voire contraires à l'égalité voulue par le défunt⁵⁵².

Grande pourrait être la tentation pour le *de cuius* d'utiliser le rattachement à la loi étrangère pour échapper aux règles de l'ordre public successoral français, en particulier la réserve héréditaire⁵⁵³. Il suffirait de choisir une loi étrangère qui ne connaisse pas la réserve et n'admette pas le renvoi.

83. Deux partis peuvent ainsi être envisagés : soit le choix d'une loi étrangère qui exclut telle ou telle catégorie de successible contrairement à la loi française, soit le choix d'une loi étrangère qui permet d'évincer des héritiers qui, en droit français, auraient été réservataires. L'éviction d'un successible par le choix d'une loi étrangère – spécialement les lois qui ne connaissent pas la réserve héréditaire – est d'autant plus facile que la réserve n'est pas protégée par l'ordre public international⁵⁵⁴, bien que composante de l'ordre public interne.

Le choix de la loi applicable – la *professio juris*⁵⁵⁵ – est traditionnellement prohibé en droit français, tout du moins en ce qui concerne le droit des successions⁵⁵⁶ : le *de cuius* ne peut, en choisissant la loi applicable à tout ou partie de la dévolution de sa succession, influencer sur les règles régissant sa succession. Les critères de rattachement

⁵⁵¹ Un réservataire pourra ainsi revendiquer tous les immeubles sis en France afin de composer sa réserve, sans pouvoir prétendre aux meubles (Cass. civ. 1^{ère}, 4 décembre 1990, *Pearsch, préc.*) ; *a contrario* un légataire de quotité disponible peut revendiquer l'application du testament sur une seule masse, sans rien pouvoir revendiquer sur l'autre (Cass. req., 19 avril 1841, S 1841.1.216 : le testament, nul en application de la loi étrangère, loi du dernier domicile, était valable en France, loi de situation de l'immeuble).

⁵⁵² Parmi de nombreux exemples cités en doctrine, retenons le suivant : un père donne deux immeubles de même valeur à ses deux enfants. Un immeuble est situé en France, l'autre en Angleterre. La libéralité portant sur l'immeuble sis en France pourra être réduite, alors que la libéralité relative à l'immeuble situé en Angleterre ne pourra être contestée sur le fondement d'une atteinte à la réserve, institution inconnue par cette législation (exemple cité par M. REVILLARD, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 17 juin 2009, *Defrénois* 2010, art. 39068, p. 328, spéc. n° 5

⁵⁵³ E. FONGARO, « La préparation d'une succession internationale – Ou l'art subtil d'éluider la réserve héréditaire », *JCP N* 13 juin 2008, p. 1221

⁵⁵⁴ CA Paris, 3 novembre 1987, *JDI* 1990 p. 109 note J. HERON ; CA Aix-en-Provence, 26 octobre 2005, *Juris-Data* 2005-296394

⁵⁵⁵ E. VASSILAKAKIS, « La *professio juris* dans les successions internationales » in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges Paul Lagarde*, Dalloz, Paris 2005, p. 803.

⁵⁵⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 22 décembre 1970, *Journ. Not.* 1971, art. 50097 p. 660, note G. A-L DROZ ; *Rev. crit. DIP* 1972, p. 467, note A.P.

sont hors d'atteinte de toute manifestation de volonté individuelle. Bien que le choix d'une autre loi ne doive pas nécessairement être vu comme attentatoire aux droits des héritiers, c'est essentiellement la crainte de l'exhérédation⁵⁵⁷ – et en particulier des héritiers réservataires – qui justifie pour la doctrine l'interdiction de la *professio juris* en droit successoral.

Néanmoins, le défunt peut déjà biaiser cette interdiction en déplaçant un critère de rattachement ou en modifiant la qualification⁵⁵⁸ des éléments de son patrimoine. L'exemple le plus topique⁵⁵⁹, et pourtant le plus difficile à mettre en œuvre, est le choix d'un dernier domicile dans un État offrant une plus grande latitude à la volonté du *de cuius*. Mais ceci suppose un changement de vie radical pour le disposant, tenu de s'expatrier jusqu'à son décès. Plus simple est la manipulation des qualifications, notamment l'acquisition d'un immeuble à l'étranger ou l'ameublissement des biens immobiliers détenus en France, ce afin de « vider » la succession soumise à la loi française, qu'il s'agisse de la loi du dernier domicile ou de situation des immeubles.

Bien que la *professio juris* ne soit pas encore admise par la loi française en droit successoral, l'autonomie de la volonté n'est cependant pas totalement bridée. En modifiant les critères de rattachement, le *de cuius* exerce une influence certaine sur la loi successorale applicable.

Il est vrai qu'un tel comportement peut tomber sous le coup de la fraude à la loi : telle a été la solution retenue dans l'affaire *Caron*⁵⁶⁰ : la modification des qualifications opérée par le défunt et destinée à exclure un de ses héritiers n'a pu qu'être sanctionnée. Il convient cependant de relativiser la portée de cette décision : en l'espèce, les faits étaient nettement caractérisés et l'intention d'exhérer évidente. Le défunt, de nationalité américaine mais possédant un immeuble en France, avait constitué avec les

⁵⁵⁷ Le défunt pourrait naturellement choisir une loi successorale différente dans un tout autre but que l'exhérédation : pour des raisons fiscales naturellement, mais également dans un souci de simplification des formalités, par exemple lorsque les héritiers sont eux-mêmes de nationalité étrangère, par le choix de leur loi nationale.

⁵⁵⁸ D. BUREAU, « L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999, spéc. p. 285

⁵⁵⁹ J-Cl. Civil Code, « Art. 3 », fasc. 50, 2007, par B. AUDIT, spéc. n° 9

⁵⁶⁰ CA Aix-en-Provence, 9 mars 1982, Rev. crit. DIP 1983, p. 282, note G. A-L DROZ ; Cass. civ. 1^{ère}, 20 mars 1985, *Caron*, Rev. crit. DIP 1986, p. 66, note Y. LEQUETTE ; JCP G 1986, II, 20630, note F. BOULANGER

tiers qu'il souhaitait gratifier une société de droit américaine. La société a acquis l'immeuble sis en France. Le disposant a alors constitué un trust auquel a été transférée la propriété des parts de société appartenant au disposant, avec stipulation qu'au décès de celui-ci lesdites actions seraient attribuées aux tiers que le défunt souhaitait gratifier. L'éviction de la loi française a ainsi été opérée grâce au changement de l'élément de rattachement, par la transformation du bien immobilier en droits mobiliers soumis à une loi étrangère ignorant la réserve héréditaire. En l'espèce, la volonté de frauder la loi successorale – et donc de priver ses héritiers de ses droits légaux – était patente, et ce d'autant que le défunt a vécu jusqu'à son décès dans l'immeuble concerné.

Il convient cependant de ne pas généraliser cette solution : un déplacement du critère de rattachement par changement de qualification n'est que rarement synonyme de fraude : cette sanction n'est en pratique que rarement retenue par les magistrats⁵⁶¹, principalement faute de preuve de l'élément intentionnel.

84. Unité de la succession, vision globale du patrimoine successoral et *professio juris* sont des vœux – alternatifs ou cumulatifs – régulièrement formulés par la doctrine⁵⁶². L'adoption en 1989 par la Conférence de La Haye d'une convention⁵⁶³ prévoyait un critère unique de détermination de la loi applicable aux successions, en autorisant le rattachement de sa succession, soit à la loi nationale du défunt, soit à la loi de son dernier domicile⁵⁶⁴. Le texte imposait en outre aux États signataires de préciser qu'ils n'admettront pas la *professio juris* lorsque la loi choisie prive totalement ou dans une proportion très importante le conjoint ou l'enfant d'attributions de nature

⁵⁶¹ Pour quelques décisions n'ayant pas retenu la fraude : Cass. civ. 1^{ère}, 18 mai 2005, pourvoi 02-15.425, Rev. crit. DIP 2006, p. 639, note B. ANCEL ; Cass. civ. 1^{ère}, 20 octobre 2010, pourvoi 08-17.033, 905

⁵⁶² Y. LEQUETTE, « Ensembles législatifs et droit international privé des successions », Travaux comité fr. DIP 1983-1984, p. 163, spéc. p. 171

⁵⁶³ Convention de la Haye du 1^{er} août 1989 sur la loi applicable aux successions à cause de mort. Sur ce texte : P. LAGARDE, « La nouvelle Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions », Rev. crit. DIP 1989, p. 249 ; G. A-L DROZ, « La Conférence de La Haye et le droit international privé notarial: deux récentes Conventions en matière de trusts et de successions », Journ. Not. Av. 1989, p. 507.

⁵⁶⁴ Art. 3 et 5 de la Convention

successorale auxquelles ils auraient eu droit selon les règles de la résidence habituelle du défunt⁵⁶⁵.

Malgré les réticences du gouvernement français⁵⁶⁶, les incitations à une unification des critères de rattachement se sont par la suite multipliées⁵⁶⁷.

Un pas en ce sens a récemment été franchi avec l'adoption de la proposition de règlement communautaire sur les successions le 7 juin 2012⁵⁶⁸. Le texte présente l'avantage de prévoir un rattachement unique à la loi de la dernière résidence habituelle du défunt au moment du décès. Il permet également – point le plus contesté – au *de cuius* de choisir comme loi régissant l'ensemble de sa succession, la loi de l'État dont il possède la nationalité. La modification est d'importance : le défunt peut non seulement

⁵⁶⁵ Art. 23 de la Convention.

⁵⁶⁶ Question Sénat n° 04893, *Souvet*, JO Sénat 26 février 1998, p. 678 : bien que reconnaissant les difficultés inhérentes au système scissionniste, le garde des sceaux ne jugeait pas opportun de signer et ratifiée une convention qui, à l'époque, n'avait été ratifiée que par un seul État (les Pays-Bas). Surtout, la consécration par la convention de la *professio juris* « de façon trop permissive en donnant la possibilité pour le testateur de choisir une loi successorale sans lien réel avec sa situation au moment du décès » était jugée contraire aux principes successoraux français.

⁵⁶⁷ F. BOULANGER, « Codifications nationales et convention de La Haye du 1er août 1989 : l'improbable unification du droit international des successions », in *Le droit international privé : esprit et méthodes, Mélanges Paul Lagarde*, Dalloz, Paris 2005, p. 155.

V. également les propositions du 100^e Congrès des Notaires, *Code civil, les défis d'un nouveau siècle*, Paris, 2004, spéc. n° 4383

Contra M. FERID, « Esquisse d'une solution à proposer pour les transmissions successorales », in *Le rattachement autonome de la transmission successorale en droit international privé*, Recueil des Cours de La Haye, Vol. 142, 1974, p. 176, spéc. p. 186 ; M. GORE, *L'administration des successions en droit international privé français*, préf. Y. LEQUETTE, Paris, Economica, 1994, spéc. p. 283 ; v. également du même auteur « De la mode dans les successions internationales contre les prétentions de la *professio juris* », in *Mélanges en l'honneur d'Yvon Loussouarn*, Dalloz 1994, p. 193 ; E. CORNUT, *Théorie de la fraude à la loi. Étude de droit international privé de la famille*, Defrénois 2006, n° 239 s., p. 143 s.

⁵⁶⁸ RÈGLEMENT (UE) N° 650/2012, « Règlement de Parlement européen et du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen » (JOUE 27/7). La proposition fait suite au Livre vert des successions et testaments présenté par la Commission des communautés européennes le 1^{er} mars 2005 (COM(2005) 65 final). Sur ce texte : M. REVILLARD, « Successions : proposition de règlement communautaire (Première présentation) », Defrénois 2009, art. 39056 ; C. NOURISSAT, « Le futur droit des successions internationales de l'Union européenne (à propos de la proposition de règlement du 14 octobre 2009) », Defrénois 2010, art. 39072

influer sur le règlement de sa succession *ab intestat* ou testamentaire⁵⁶⁹, mais également choisir la loi applicable à ses « pactes successoraux »⁵⁷⁰.

S'agissant de la réserve héréditaire, la proposition prévoyait initialement que « l'application d'une disposition de la loi désignée par le présent règlement ne peut être considérée comme contraire à l'ordre public du for au seul motif que ses modalités concernant la réserve héréditaire sont différentes de celles en vigueur dans le for » (art. 27-2). Bien que le caractère limité de cette disposition ait pu être souligné⁵⁷¹, il n'en reste pas moins que l'avenir de la réserve héréditaire est, une fois de plus, remis en cause. Le texte final ne reprend cependant pas cette précision.

Si ce règlement ne constitue pas un bouleversement, mais une petite brèche de plus, elle est cependant le symbole de l'ouverture vers davantage de possibilités de modulation de la succession.

85. Une seconde atteinte, tout aussi significative, a été portée par la suppression du droit de prélèvement. La loi du 14 juillet 1819, relative à l'abolition du droit d'aubaine et de détraction⁵⁷² prévoyait jusqu'à présent que « dans le cas de partage d'une même succession entre des cohéritiers étrangers et français, ceux-ci prélèveront sur les biens situés en France une portion égale à la valeur des biens situés en pays étranger dont ils seraient exclus, à quelque titre que ce soit, en vertu des lois et coutumes locales ».

⁵⁶⁹ Art. 22 du Règlement

⁵⁷⁰ Art. 22 du Règlement. Pour le Parlement, constitue "pacte successoral", « un accord, y compris un accord résultant de testaments mutuels, qui confère, modifie ou retire, avec ou sans contre-prestation, des droits dans la succession future d'une ou de plusieurs personnes parties au pacte » (art. 3).

⁵⁷¹ C. NOURRISSAT, *op. cit.*, spéc. n° 12 *in fine* ; Rapp. Inf AN, 9 décembre 2009, n° 2148, par. S. HUYGHES, spéc. p.16. L'exclusion du caractère d'ordre public ne visant que les législations dont les modalités de la réserve héréditaire sont différentes de celles en vigueur dans le for, un État pourrait refuser d'appliquer une loi étrangère ne connaissait pas du tout la réserve héréditaire.

⁵⁷² Le droit d'aubaine permettait l'attribution au roi des biens qui auraient pu être dévolus à un étranger (« aubain ») par la succession venant d'un parent français. Le droit de détraction autorisait un étranger à succéder à la double condition qu'un traité particulier de réciprocité existe et qu'un dixième de la succession aille au roi.

Le droit de prélèvement permettait de rétablir l'égalité entre héritiers *ab intestat*⁵⁷³ nonobstant une inégalité liée au contexte international de la succession, quelles que pussent être les causes de ce contexte, spécialement voulues par le *de cuius* ou purement fortuites.

Il a pu être soutenu que ce texte, « archaïque et source d'inutiles complications »⁵⁷⁴ était contraire au principe d'égalité des ressortissants européens⁵⁷⁵. L'interprétation extensive de ce texte par la jurisprudence, favorisée par les termes larges de ce texte⁵⁷⁶, en a fait un instrument source d'inégalités, alors que son objectif initial tendait à supprimer les inégalités entre héritiers, quelle que soit leur nationalité et quelle que soit la loi applicable à la succession. L'interprétation qui en fut donnée était toute autre : quelle soit la source de la discrimination, l'héritier français pouvait revendiquer l'application du droit de prélèvement. Tel n'était pas le sens originellement donné au texte⁵⁷⁷, et ce malgré une rédaction ambiguë de l'article⁵⁷⁸. Destiné à protéger l'héritier exclu *parce que* français, le texte était avant tout destiné à sanctionner une discrimination fondée sur la nationalité, sanctionnant indirectement les héritiers issus d'États qui n'acceptaient pas le principe de réciprocité et instaurent encore à l'époque un droit d'aubaine.

⁵⁷³ L'action était fermée aux légataires et ce même s'ils sont également héritiers : Cass. civ. 1^{ère}, 7 décembre 2005, pourvois 02-15.418 et 03-10.316, R. p. 408 ; Defrénois 2006, p. 562, note M. REVILLARD ; Dr. fam. 2006, comm. 117, note M. FARGE

⁵⁷⁴ P. LAGARDE, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 1er février 1972, D. 1973 p.

⁵⁷⁵ J.-P. MARGUÉNAUD, « La convention européenne des droits de l'homme et le notariat », Defrénois 1999, art. 37066, p. 1231 ; A. BOICHE, « Cas pratique, Succession internationale », AJ Fam. 2006 p. 414 ; M. REVILLARD, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 17 juin 2009, Defrénois 2010, art. 39068, p. 328

V. également les propositions de suppression régulièrement formulées à l'occasion des Congrès des Notaires (88e Congrès des Notaires, *Le notaire, le contrat et l'Europe*, Grenoble, 1992, spéc. p. 714)

⁵⁷⁶ C-F. ANTOINE, *De la Succession légitime et testamentaire en droit international privé, ou du Conflit des lois des différentes nations en matière de succession*, thèse Nancy, 1876, spéc. p. 154

⁵⁷⁷ Le contexte politique entourant la rédaction de la loi de 1819 n'était pas indifférent : à l'époque, la législation britannique interdisait aux étrangers de bénéficier d'héritages immobiliers. Voir sur ce point les observations éclairantes de BOISSY D'ANGLAS à la Chambre des Pairs, cité in Locré, tome X, p. 526

⁵⁷⁸ Le texte autorise le prélèvement en raison d'une exclusion « à quelque titre que ce soit », en vertu des lois étrangères.

Rapidement, la doctrine majoritaire⁵⁷⁹ et la jurisprudence⁵⁸⁰ ont admis l'application de ce texte, quelle que soit la cause qui excluait l'héritier français de tout ou partie de la succession soumise à la loi étrangère et ce même si l'extranéité de l'héritier, voire sa nationalité française, n'était pas la cause de son exclusion mais simplement le jeu de la loi étrangère. Le prélèvement a ainsi été autorisé lorsque l'exclusion n'était pas due à l'extranéité du successible, mais à un autre élément discriminant, notamment le sexe⁵⁸¹, la religion⁵⁸² ou la naissance⁵⁸³, voire de la simple application de la loi étrangère. L'absence de réserve héréditaire, et donc d'action protégeant les droits des réservataires contre les libéralités excessives consenties par le défunt, est devenue un des critères les plus fréquents d'exclusion permettant l'application du prélèvement⁵⁸⁴.

L'extension du champ d'application de l'article 2 de la loi de 1819 a été jusqu'à permettre le prélèvement en cas de concours non seulement entre cohéritiers français et étrangers mais également entre cohéritiers français seulement⁵⁸⁵.

Le droit de prélèvement a ainsi progressivement quitté son objectif initial – protection du principe de réciprocité – pour atteindre celui, sans doute moins louable, de protecteur, envers et contre tout, du modèle successoral français. Dépassant

⁵⁷⁹ J. CHAMPCOMMUNAL, *Étude sur la succession "ab intestat" en droit international privé*, éd. Rousseau, 1892, spéc. p. 600 ; DURANTON, tome VI, n° 83 ; AUBRY et RAU, tome 6, 4e éd., § 592, p. 279 et les nombreuses références citées. *Contra*, ANTOINE, *op. cit.* ; DEMOLOMBE, *Traité des successions*, tome I n° 93 (l'auteur changera néanmoins de position en 1862, rejoignant la doctrine majoritaire : tome XIII, n° 199).

⁵⁸⁰ Cass. req., 21 mars 1855, DP 1855.1.138 : l'exclusion des héritiers français n'était pas due à leur nationalité, mais à la qualité d'aîné de l'héritier étranger.

⁵⁸¹ Cass. civ., 18 juillet 1859, S. 1859.1.822

⁵⁸² Par exemple, l'article 332 du Code de la famille marocain déclare qu'il n'y a pas de successibilité entre un musulman et un non musulman. Un héritier français non musulman pourrait en France revendiquer l'application du droit de prélèvement.

⁵⁸³ CA Paris, 14 juillet 1871, S. 1871.2.141 : enfant naturel totalement exclu par la loi étrangère

⁵⁸⁴ Pour quelques exemples récents : Cass. civ. 1^{ère}, 20 mars 1985, pourvoi 82-15033 ; Cass. civ. 1^{ère}, 4 février 1986, pourvoi 84-16.168 ; Cass. civ. 1^{ère}, 3 juin 1997, pourvoi 95-18.006, D. 1997 IR p. 154 : « Le droit de prélèvement peut s'exercer sur les biens donnés, situés en France et qui, selon le droit français, auraient pu faire l'objet d'une action en réduction pour atteinte à la réserve si l'ensemble de la succession avait été régi par la loi française ».

⁵⁸⁵ Cass. req., 10 mai 1937, Rev. crit. DIP 1937, p. 677 ; Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} février 1972, Rev. crit. DIP 1973, p. 313, note G. A-L DROZ ; D. 1973, p. 59, note P. LAGARDE

l'objectif, parfois affiché en doctrine⁵⁸⁶ d'égalité entre héritiers, le droit de prélèvement est devenu chantre de la dévolution *ab intestat* « à la française ». Étrangement, alors qu'en droit interne l'égalité ne protège efficacement que les héritiers réservataires⁵⁸⁷, elle devient absolue en droit international et protège tous les héritiers, réservataires ou non. Cette surprotection de l'héritier français, indépendamment de toute question d'ordre public, est à l'origine de la suppression de ce texte. Ce n'est pas tant la violation du principe d'égalité que le mépris des lois étrangères qui justifie son abrogation. Le texte n'est pas seulement applicable en raison du non-respect de l'égalité, mais plus largement lorsque la loi étrangère n'offre pas à un successible autant de droits que lui offre la loi française⁵⁸⁸ : c'est la préférence nationale qui est contestable.

La suppression est dès lors devenue inévitable pour la majorité de la doctrine. Récemment soumise au contrôle de constitutionnalité⁵⁸⁹, cette disposition a été déclarée contraire à la Constitution comme violant le principe d'égalité devant la loi⁵⁹⁰.

86. Retenons une vision nuancée de cette abrogation. Bienvenue à propos d'un texte dont les lectures tant doctrinales que jurisprudentielles avaient largement dépassé son cadre initial – la protection des héritiers français contre les législations n'admettant pas le principe de réciprocité –, neutre s'agissant d'un texte qui ne faisait que doubler le principe de contrariété à l'ordre public international de législations

⁵⁸⁶ F. LYN, « L'unité successorale en droit international privé », D. 2003 p. 2391, spéc. note 13 ; H. GAUDEMET-TALLON, « Le droit de prélèvement ne peut s'exercer que dans la succession d'où l'héritier a été exclu (note sous Cass. civ. 1^{ère}, 24 février 1998) », RCDIP 1998 p. 445 : « le droit de prélèvement n'est pas fait pour rétablir l'égalité entre les enfants après le décès de leurs deux parents ».

⁵⁸⁷ Les non réservataires ne peuvent que revendiquer le rapport, si les multiples conditions en sont remplies (qualité du récipiendaire de la libéralité, absence de dispense de rapport, etc.)

⁵⁸⁸ Prenons l'exemple suivant : un défunt français propriétaire d'un immeuble en Allemagne mais décédé en France, laisse pour lui succéder son père et son frère. Suivant tant les règles de droit français que de droit allemand (4 et 25 EGBGB, admettant le renvoi de la loi française, loi nationale, vers la loi allemande, loi de situation du bien), la dévolution de l'immeuble est soumise à la loi allemande. En droit germanique, le père et le frère héritent, *ab intestat*, de la moitié de la succession chacun (art. 1925 BGB), soit des parts égales, alors qu'en droit français le frère hérite des trois quarts de la succession, le quart restant revenant au père (art. 738 al. 2 C. civ.). Le frère peut donc revendiquer l'application du droit de prélèvement dès lors que, naturellement, un déséquilibre apparaît après réunion de l'ensemble du patrimoine successoral.

⁵⁸⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} juin 2011, décision n° 11-40.008

⁵⁹⁰ Décision n° 2011-159 QPC, 05 août 2011, *Mme Elke B. et autres*, D. 2012 p. 1228 obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE, AJ Famille 2011 p. 440 note B. HAFTEL, Dr fam, novembre 2011, comm. 173 par D. BOULANGER

opérant une discrimination basée sur la nationalité, enfin critique envers un texte qui laisse un vide⁵⁹¹, source de confusions mais aussi riche de liberté. Se pose à présent la question de l'avenir du droit international privé successoral, dont l'équilibre se trouve bouleversé par la disparition du droit de prélèvement. L'existence de ce droit permettait en effet d'éviter la question de la prise en compte de la réserve héréditaire par l'ordre public international. La position de la jurisprudence était, jusqu'à présent, plutôt négative⁵⁹², malgré les hésitations doctrinales⁵⁹³.

B - Une perspective : la suppression de la réserve héréditaire ?

87. La suppression du droit de prélèvement et l'instauration de la *professio juris* en matière successorale présentent le mérite indéniable de soulever la question de l'avenir de la réserve héréditaire. C'est plus largement sa place au sein du *corpus* juridique français qui doit être repensée, avant que la question de sa place au sein des règles d'ordre public international ne puisse être résolue. L'attachement à la réserve héréditaire est aujourd'hui en cause, certains auteurs n'étant pas opposés⁵⁹⁴ à un remplacement par une pension alimentaire.

⁵⁹¹ Au sens commun du terme. Juridiquement, le vide juridique n'existe pas : il s'agit plutôt d'une impossibilité de choix entre les divers principes applicables à la question.

⁵⁹² Cf. *supra*

⁵⁹³ S. GODECHOT, *L'articulation du trust et du droit des successions*, préf. Y. LEQUETTE, éd. Panthéon Assas, 2004, spéc. n° 441

⁵⁹⁴ Voir notamment le titre, volontairement provocateur, de l'article de MM. RAFFRAY et SENECHAL, « Quel avenir pour la réserve ? » (JCP N 1986 I 249). Il est vrai que les auteurs ne souhaitaient pas nécessairement une remise en cause de celle-ci, mais soulignaient à juste titre son érosion face à de redoutables techniques d'éviction et d'anticipation successorale (ici, la tontine : cf. *supra* n° 25).

V. également P. CENAC et C. PEYROUX, « La mort de la réserve héréditaire ? », JCP N 4 Mars 2011, 1092 : « il est temps d'ouvrir clairement le débat : doit-on maintenir la réserve héréditaire en l'état ou lui offrir une nouvelle jeunesse ? »

La question est soulevée par les auteurs français, mais également étrangers. La question de l'avenir de la réserve héréditaire se pose dans la plupart des pays de tradition civiliste connaissant cette institution : pour l'exemple belge, voir Y.-H. LELEU et S. MASSANGE, « Succession et famille », rapport belge, in Association Henri CAPITANT, *Les successions*, Journées internationales, tome LX, Roumanie, 2010, p. 1, spéc. n° 22 ; H. CASIER, N. GEELHAND DE MERXEM, I. SCHUDERMANS et B. VERDICKT, « Le pacte sur succession future prohibé n'est plus contraire à l'ordre public », Rev. Not. belge, juin 2011, spéc. note 95.

L'argument selon lequel les législations qui ne prévoient pas de réserve héréditaire prévoient en général des règles destinées à protéger la famille la plus proche est parfois invoqué en doctrine⁵⁹⁵. Ainsi, en Angleterre, en application de l'*Inheritance (Provisions for Family and Dependants) Act* de 1975⁵⁹⁶, les personnes à la charge du défunt⁵⁹⁷ peuvent, si le testament en leur faveur ou leurs droits *ab intestat* ne leur offrent pas une « provision financière raisonnable »⁵⁹⁸, revendiquer en justice l'allocation de subsides.

Pourtant, s'il a été proposé⁵⁹⁹ non de supprimer mais d'aménager la réserve pour tenir compte du dévouement important d'un enfant envers ses ascendants, cette proposition n'a pas été retenue : la question n'est pas nouvelle, mais suscite à l'heure actuelle toujours la même réponse négative de la part du Garde des Sceaux, constatant un attachement des Français à la réserve héréditaire⁶⁰⁰. Et il n'est pas davantage envisagé de prendre en compte les sacrifices consentis par un héritier dans le cadre du règlement de la succession. Obligation alimentaire et réserve héréditaire conservent respectivement leurs domaines d'application, sans jamais se chevaucher ou s'entremêler⁶⁰¹. Une réponse ministérielle de 2004⁶⁰² nuance cependant ces propos, notant « l'inadaptation de cette institution au regard des évolutions démographiques, sociales et économiques, et notamment en ce qui concerne les successions dévolues aux descendants, pour lesquelles la rigidité du principe de la réserve restreint fortement, même avec l'accord des héritiers réservataires, la liberté du défunt de disposer de son vivant de ses biens, au profit de descendants de rang subséquents ». Le Garde des

⁵⁹⁵ LAGARDE (P.), « Goré (M.) : L'administration des successions en droit international privé français », revue des thèses, Rev. crit. DIP 1995, p. 895

⁵⁹⁶ Reprenant et étendant un système créé en 1938 : *Inheritance (Family Provisions) Act*

⁵⁹⁷ La liste, fixée par les textes, est plus large que la catégorie française des héritiers réservataires français. Outre le conjoint survivant et les descendants, sont également visés le concubin qui vivait avec le défunt depuis au moins deux ans, l'ex-conjoint divorcé ou toute autre personne qui était effectivement à la charge du *de cuius*.

⁵⁹⁸ « Reasonable financial provision »

⁵⁹⁹ « Propositions notariales pour les élections présidentielles 2012 », présentées par le Conseil Supérieur du Notariat en juin 2011, spéc. p. 16

L'attachement des notaires à la réserve héréditaire a cependant été solennellement réaffirmé à l'occasion du 108^e Congrès des notaires, consacré à la transmission (Montpellier, septembre 2012).

⁶⁰⁰ Question A.N. n° 118960, *Estrosi*, JOAN 7 février 2012 p. 1118

⁶⁰¹ Cf. supra n° 63 et s.

⁶⁰² Question A.N. n° 44201, *Morano*, JOAN 26 octobre 2004, p. 8459

Sceaux a admis la possibilité d'une évolution législative, évolution réalisée par la loi du 23 juin 2006. Notons que ces évolutions textuelles n'ont pas modifié le principe même et le *quantum* de la réserve, mais ont admis des assouplissements volontaires⁶⁰³.

L'avantage indéniable de la réserve héréditaire, et du régime juridique qui lui est associé, est sa prévisibilité. Même s'il existe naturellement un contentieux en la matière, celui-ci est restreint en raison de l'objectivité de la plupart des règles qui lui sont applicables. Hormis les difficultés relatives à l'évaluation des biens ou, plus rare, à la qualification des libéralités⁶⁰⁴, les règles applicables sont relativement stables et peu sujettes à interprétation. Les lois de 1971 et 2006 apportent dans l'ensemble une clarté⁶⁰⁵ et une précision, sources de sécurité juridique.

A l'inverse, les règles applicables aux pensions alimentaires, malgré leur simplicité apparente – soumission aux besoins du créancier et aux ressources du débiteur – sont une source indéniable de contentieux, l'évaluation des deux éléments déterminant le montant de la pension étant soumis à l'appréciation souveraine des juges du fond, empreinte d'une subjectivité souvent source de contestations⁶⁰⁶.

Au-delà des discussions juridiques, le maintien, l'aménagement ou la suppression de la réserve héréditaire est une question de politique législative, correspondant à un besoin de société. Le temps de la disparition de la réserve héréditaire n'est probablement pas encore venu et sans doute pas souhaitable eu égard au souci de pacification du règlement des successions souhaité par le législateur français⁶⁰⁷. Au-delà de la protection de la famille, groupement collectif ou somme d'individualités, c'est la paix des familles que souhaite assurer le législateur.

⁶⁰³ Cf. infra n° 92

⁶⁰⁴ Notamment la détermination des donations déguisées et indirectes, et, singulièrement, en présence d'un contrat d'assurance-vie : cf. supra n° 30

⁶⁰⁵ Mais qui n'est pas nécessairement synonyme de facilité ! Les recueils de solutions d'exams professionnels regorgent de pièges et chausse-trappes...

⁶⁰⁶ Suite aux propositions du rapport GUINCHARD, un barème indicatif en matière de contribution à l'entretien et à l'éducation des enfants est proposé aux magistrats, afin de guider leur travail et éviter une trop grande disparité entre les décisions de justice (Commission sur la répartition des contentieux, présidée par S. GUINCHARD, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Rapport au Garde des Sceaux, 2008). La fixation des autres pensions reste aujourd'hui soumise à l'appréciation souveraine des juges.

⁶⁰⁷ Rapp. AN 8 février 2006 n° 2850, par S. HUYGHE, spéc. p. 19

C'est l'objectif même de la réserve héréditaire qui se pose aujourd'hui avec davantage d'acuité. Alors que la réserve des collatéraux a été fermement écartée lors des travaux préparatoires à la rédaction du Code civil⁶⁰⁸, celle des descendants et des ascendants⁶⁰⁹, comme marque d'un devoir sacré, a été considérée comme incontournable. A l'opposé, parfois vue comme un accident, la transmission successorale au profit d'autres héritiers que les descendants n'a pas toujours été assimilée à une succession au sens sociologique du terme : « parce qu'elles sont trop aléatoires, trop accidentelles, [ces successions] ne reflètent plus cette régularité du phénomène collectif que l'on décrit comme remplacement d'une génération entière par une autre. Ce sont des cas aberrants »⁶¹⁰. L'octroi ou le maintien d'une réserve héréditaire à leur profit est progressivement apparu de plus en plus inutile. Toutefois, la disparition de la réserve des ascendants et la création quasi-corrélative de celle du conjoint survivant ne se sont pas réalisées sans heurts. En particulier, contrairement au caractère définitif de la filiation⁶¹¹, la rupture du mariage, entraînant *de facto* perte des droits successoraux et notamment des droits à réserve, est relativement aisée. La création d'une réserve au profit du conjoint survivant apparaît dès lors d'autant plus symbolique, marque d'une évolution non seulement juridique mais surtout idéologique de la succession, resserrée autour du groupe familial primaire.

88. Techniquement, la suppression de la réserve modifierait-elle réellement le droit positif ? Serait-elle vraiment utile ? Au-delà de la symbolique, il n'est pas évident que la disparition des textes relatifs à la réserve – au demeurant fort simple⁶¹² – apporte réellement au droit positif français. Depuis le passage progressif de la réduction en

⁶⁰⁸ FENET, tome 12, p. 530 et s.

⁶⁰⁹ Son abrogation a d'ailleurs été suivie de l'instauration d'un droit de retour d'ordre public : cf. supra n° 77

⁶¹⁰ J. CARBONNIER, *Sociologie juridique : sociologie du droit des successions*, Cours de droit, 1963-1964, spéc. p. 177

⁶¹¹ Ou tout du moins difficilement contestable...

⁶¹² Il suffit de supprimer purement et simplement les articles 912 et suivants du Code civil et les textes y faisant référence. La réserve n'étant qu'une part de la succession elle-même, son abrogation consisterait simplement en la suppression des textes la concernant.

nature à une réduction en valeur, la physionomie du règlement de la succession a été considérablement modifiée. Hormis le dernier paravent de l'article 924-4 du Code civil⁶¹³, la seule obligation imposée au gratifié est le versement d'une somme d'argent au réservataire dont les droits ne sont qu'insuffisamment remplis par les biens existants. La transformation progressive du réservataire-indivisaire au réservataire-créancier rend presque inutile la question de la suppression de la réserve héréditaire.

D'une part, l'héritier réservataire n'est pas le seul créancier – et pas forcément le plus « gourmand » ! – à revendiquer le paiement de droits au jour de l'ouverture de la succession. L'État, par le biais des droits de mutation à titre gratuit et des divers impôts et taxes dus au jour et du fait du décès⁶¹⁴, peut revendiquer jusqu'à 60 % de la valeur des biens transmis à titre gratuit entre vifs ou à cause de mort, après un abattement de 1 594 €⁶¹⁵. Parfois qualifié de « quasi-réserve »⁶¹⁶, l'impôt successoral est souvent un des premiers freins à l'acceptation de la libéralité par le gratifié.

D'autre part, sans pour autant changer la nature de la réserve – elle ne saurait être considérée comme une créance contre la succession – le basculement d'une réduction en nature vers une réduction en valeur a renforcé les effets néfastes de l'exhérédation. Fragmentation de la famille entre ceux qui reçoivent et ceux qui ne reçoivent pas et modélisation du règlement de la succession en fonction des affinités du disposant.

Même si la doctrine rappelle constamment que la réserve répond à deux objectifs essentiels – l'interdiction de l'exhérédation des réservataires et l'impossibilité d'avantager un réservataire par rapport aux autres au-delà des limites de la quotité disponible⁶¹⁷ – force est de constater que ces deux buts sont régulièrement contournés tant par les facultés qu'offre la loi au disposant que par la possibilité qui lui est offerte de répartir également ou inégalement les biens composant sa succession.

⁶¹³ Cf. supra n° 81

⁶¹⁴ Évoquons notamment l'enregistrement des testaments (art. 636 CGI : 125 €), le salaire du conservateur dû pour l'établissement de l'attestation immobilière constatant la transmission d'un bien donné ou légué, etc.

⁶¹⁵ Art. 777 et 788 CGI

⁶¹⁶ VALLIER, *Le fondement du droit successoral en droit français*, thèse Paris, 1902, spéc. § 795

⁶¹⁷ J.-Cl. Civil Code, « Art. 912 à 930-5 », fasc. 10 et 20, 2009, par C. BRENNER, spéc. n° 2

Faut-il dès lors supprimer la réserve héréditaire ? Malgré les atteintes récemment portées par la loi et la jurisprudence, il ne semble pas qu'une abrogation soit opportune et efficace. Le risque de contentieux portant sur la validité même des actes entraînant privation des droits dans les biens existants s'accroîtra d'autant et la judiciarisation du règlement successoral n'est pas nécessairement une bonne chose, dans la mesure où, de par sa nature même, l'intervention du juge en matière successorale est essentiellement soumise à son appréciation souveraine. Existence d'une intention libérale, capacité et santé d'esprit du disposant, interprétation des volontés testamentaires parfois confuses sont autant de domaines contingents, nécessitant une appréciation au cas par cas, nécessairement aléatoire.

Au-delà de la conservation des biens dans la famille, de la démonstration de l'affection – présumée à défaut d'être prouvée du défunt – et de la protection de l'égalité successorale, la réserve présente aujourd'hui une nouvelle utilité : la garantie de la stabilité dans le règlement de la succession.

La disparition de la réserve héréditaire est aujourd'hui particulièrement malvenue. Elle a, par la généralisation de la réduction en valeur, atteint le stade offrant le maximum de liberté au disposant. La supprimer totalement inciterait d'une part les héritiers à trouver d'autres compensations financières à leur exhérédation, quitte à fragiliser pour cela le règlement de la succession.

Chapitre 2 – Une prérogative exorbitante du *de cuius*

Hormis la protection de la réserve héréditaire par la réduction des libéralités excessives, dernier bastion de l'ordre public successoral, force est de constater que la décision du disposant est particulièrement forte et permet à elle seule de modeler le règlement de la succession. Liberté de forme et liberté de pensée sont révélateurs de l'exhérédation : le *de cuius* peut librement supprimer l'émolument potentiel de ses héritiers présomptifs, sans connaître de véritables limites.

La volonté du *de cuius* est à ce point souveraine qu'elle s'exerce seule (Section 1), sans le concours de tiers et sans subir de réel contrôle des motifs qui ont déterminé le disposant à exclure tout ou partie de ses héritiers présomptifs de la succession (Section 2).

Section 1 – Autonomie et suprématie de la volonté du *de cuius*

S'il est vrai que de récentes modifications législatives ont accru les possibilités d'intervention de l'héritier présomptif *ante mortem*, ces manifestations anticipées de volonté du successible ne modifient pas fondamentalement le caractère unilatéral de la transmission – ou de la non-transmission – de la succession. Celle-ci reste essentiellement soumise au bon vouloir du disposant (I), y compris dans l'élaboration des nouveaux « pactes de famille » (II)

I - L'autonomie de la volonté du disposant

Ni contractuelle ni conjonctive, l'exhérédation est nécessairement une manifestation unilatérale de volonté, émanant du disposant seul. Elle suit en cela le schéma classique de la transmission successorale, qui exclut indubitablement tout caractère contractuel.

A - Une expression de volonté unilatérale

89. Pendant longtemps s'est posée la question de la nature de la transmission successorale *ab intestat* : est-elle un simple fait, un acte unilatéral émanant de la volonté présumée du *de cuius* ou un contrat passé entre celui-ci et son présumé héritier ? Vaste question qui agite encore la doctrine, certains auteurs n'hésitant pas à voir dans la transmission successorale la seule transmission d'une option, laissée au libre choix de l'héritier et non un transfert *de plano* des biens dépendant de la succession, transfert que pourrait refuser l'héritier⁶¹⁸. Certains auteurs, pour simplifier le propos et faire rentrer la transmission successorale dans les catégories bien connues du droit français, préfèrent voir dans ce transfert l'acceptation d'une stipulation pour autrui, se rapprochant ainsi en quelque sorte de la technique contractuelle⁶¹⁹. Il nous semble au contraire, suivant en cela la doctrine dominante⁶²⁰ et la jurisprudence⁶²¹, que le transfert de propriété à cause de mort n'est qu'un simple fait, dont les effets pourront être librement acceptés ou refusés par l'héritier qui en est bénéficiaire, sous réserve de la fraude aux droits des tiers⁶²². La transmission *ab intestat* n'est pas le testament présumé du défunt, mais les effets d'un simple fait juridique – le décès –, effets que pourront,

⁶¹⁸ C. JUBAULT, *Droit civil : les successions, les libéralités*, Montchrestien, 2^e éd., 2010, spéc. n° 896

⁶¹⁹ G. MARTY et P. RAYNAUD, *Traité de droit civil, Les successions*, Sirey, 1983, spéc. n° 266

⁶²⁰ M. BANDRAC, *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, préf. P. RAYNAUD, Economica, 1986, spéc. § 106

⁶²¹ Cass. civ. 1^{ère}, 4 juillet 2012, pourvoi 11-10.594

⁶²² Cass. req., 2 mai 1899, DP 1900.1. 217. ; Cass. civ. 1^{ère}, 7 novembre 1984, Bull. civ. 1984, I, n° 298 ; JCP G 1985, IV, 19

contrairement au droit commun et en raison du principe selon lequel il n'existe pas d'héritier nécessaire⁶²³, accepter ou refuser les héritiers.

90. Qu'en est-il de l'exhérédation ? A première vue, une assimilation avec la transmission *ab intestat* paraîtrait envisageable, l'exhérédation pouvant être vue comme une modification des bénéficiaires de la transmission à cause de mort.

Pourtant, il convient de ne pas omettre que si le transfert *ab intestat* s'opère indépendamment de la volonté du *de cuius*, tel n'est pas le cas de l'exhérédation, qui suppose toujours une manifestation de volonté, plus ou moins clairement exprimée, du disposant tendant à modifier la répartition des biens existants différente de celle prescrite par la loi. Alors que la succession *ab intestat* ne saurait être vue comme le testament présumé du disposant, tel est au contraire le cas de l'exhérédation. Plus précisément, c'est le caractère unilatéral du testament qui permet de tenter une assimilation. Si, pour une doctrine autorisée, « le droit de tester peut se définir comme le droit de disposer à titre gratuit et à cause de mort »⁶²⁴, il nous semble que la référence au titre gratuit est superfétatoire. Le droit de tester et de transmettre ses biens à cause de mort implique nécessairement celui de s'écarter de la dévolution légale, sans que cet écart ne soit considéré comme une disposition à titre gratuit.

L'exhérédation n'est pas pour autant un engagement unilatéral de volonté⁶²⁵. Outre les doutes doctrinaux quant à la pertinence et la réalité de ce concept⁶²⁶, il ne nous semble pas applicable à l'exhérédation. Si l'on admet que l'engagement unilatéral est « l'acte par lequel une personne manifeste l'intention de se lier personnellement par la seule expression de sa propre volonté, en vue de créer une obligation à sa charge »⁶²⁷,

⁶²³ Cf. supra

⁶²⁴ M. GRIMALDI, *Droit civil, Successions*, Litec, 6^e éd., 2001, spéc. p. 52 note 133.

⁶²⁵ R WORMS, *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations en droit romain et en droit français*, thèse Paris, 1891 ; A. TALANDIER, *De l'engagement par volonté unilatérale*, thèse Toulouse, 1911 ; M-L. IZORCHE, *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, préf. J. Mestre, PUAM, 1995 ; C. GRIMALDI, *Quasi-engagement et engagement en droit privé, recherches sur les sources de l'obligation*, préf. Y. LEQUETTE, Defrénois 2006 ; L. TODOROVA, *L'engagement en droit: l'individuation et le Code civil au XXI^{ème} siècle*, éd. Publibook, 2007

⁶²⁶ V. not. J. MARTIN DE LA MOUTTE, *L'acte juridique unilatéral*, Sirey, 1951, spéc. pp. 258 et s. ; L. TODOROVA, *op. cit.*, spéc. pp. 105 et s.

⁶²⁷ TALANDIER, *op. cit.*, spéc. p. 34

l'exhérédation ne saurait entrer dans le cadre d'une telle définition. En effet, le *de cuius* ne s'oblige en rien : il dispose de son patrimoine comme il l'entend – respectant, naturellement, les normes juridiques en vigueur – mais ne s'impose aucune obligation. Ce n'est pas son comportement futur qui est en jeu, mais la transmission *mortis causa* de son patrimoine. L'expression volitive du disposant est, pour lui, neutre.

Il nous semble ainsi inadéquat de qualifier l'exhérédation, à l'instar d'ailleurs de toute transmission successorale volontaire, d'engagement unilatéral de volonté. Cette théorie ne permet même pas d'expliquer à elle seule le phénomène⁶²⁸ de transfert successoral dérogoire de l'exhérédation.

L'exhérédation ne peut être, à l'instar d'un testament, qu'une manifestation unilatérale de volonté permettant une répartition différente des biens existants que celle prescrite par la dévolution légale. L'unilatéralité du *negotium* permet, en usant d'un certain abus de langage, d'assimiler exhérédation et transmission testamentaire.

91. Lorsque l'exhérédation a pour support un testament, l'unilatéralité de l'*instrumentum* ne gêne nullement celle du *negotium*. Le testament est en effet un des archétypes de l'acte unilatéral. Même si le destinataire – principalement le légataire – doit accepter la transmission consentie pour que celle-ci devienne définitive, il n'existe aucune relation contractuelle⁶²⁹ entre le *de cuius* et le bénéficiaire de la libéralité. Dans un même mouvement, dans un même acte, l'exhérédation par voie testamentaire transfère les biens à un tiers gratifié et prive nécessairement et parallèlement l'héritier légal de ces mêmes biens.

S'agissant de la privation indirecte des droits successoraux, par institution d'un tiers, l'assertion est évidente : si le gratifié doit accepter⁶³⁰ la libéralité promise par le disposant, l'héritier ne peut que subir son exclusion unilatéralement décidée par le disposant. A aucun moment, son acceptation n'est sollicitée. Il en va de même de

⁶²⁸ Selon J. CHABAS, « la principale utilité, voire la seule utilité d'admettre la possibilité d'un engagement par simple déclaration de volonté serait de nous donner une explication théorique simple, de phénomènes juridiques que nos principes traditionnels n'expliquent qu'avec une certaine complication » (J. CHABAS, *De la déclaration de volonté en droit civil français*, Sirey, 1931, p. 167).

⁶²⁹ CA Alger, 9 juin 1900, D 1901.2.43

⁶³⁰ Que la libéralité prenne la forme d'un contrat ou d'un acte unilatéral

l'exhérédation directe, le successible évincé n'ayant pas à consentir à sa propre exclusion. Il convient cependant de noter que l'héritier exhérédié est tout de même tenu au respect de certaines obligations, notamment de gestion et de police de la succession⁶³¹. Pourtant, ce n'est pas la déclaration de volonté du disposant visant à l'exclure en tout ou partie de la succession qui crée des obligations à la charge de l'héritier, mais son titre légal qu'il lui appartient d'accepter ou non. Ces deux missions qui lui sont naturellement dévolues, mais qui présentent plus d'acuité encore en cas d'exhérédation, n'en sont nullement la conséquence.

On objectera que, lorsque l'exhérédation prend la forme d'une donation entre vifs, le donateur ne peut que rarement reprendre ce qu'il a donné⁶³², et s'oblige ainsi. Néanmoins, ce serait ici confondre moyen et résultat : si la donation peut servir de support à une exhérédation, il s'agit de deux actes, de deux manifestations de volontés distinctes. L'exemple le plus topique est celui de la donation consentie hors part successorale : elle constitue une forme d'exhérédation⁶³³ dans la mesure où non seulement elle prive les successibles d'un bien qui aurait pu faire partie des biens existants, mais elle supprime également la faculté de rapport successoral. La dispense de rapport peut indifféremment⁶³⁴ être stipulée dans la donation elle-même ou dans un acte postérieur, donation ou testament⁶³⁵. Ce n'est que lorsque la clause de préciput est insérée dans une donation, initiale ou postérieure, qu'il est possible d'affirmer que la clause présente un caractère contractuel ; elle ne constitue pas pour autant une exhérédation unilatérale.

La seule véritable exception paraît être la stipulation d'avancement de part successorale contenue dans une donation. Cette dérogation au caractère unilatéral de

⁶³¹ Cf. *infra*

⁶³² Les cas de révocation des libéralités entre vifs sont limités et justifiés par un intérêt légitime (art. 953 et s. C. civ.)

⁶³³ Cf. *supra* n° 38

⁶³⁴ Une disposition postérieure à l'acte de donation initial aura simplement pour effet de décaler dans le temps les effets successoraux de la donation : bien que cette solution n'ait jamais été expressément consacrée par la jurisprudence, la doctrine la plus autorisée considère que la libéralité s'impute à la date de la clause de dispense de rapport (P. CATALA, *La réforme des liquidations successorales*, Defrénois, 3e éd., 1982, n° 62 ; B. VAREILLE, *op. cit.*).

⁶³⁵ Art 919 C. civ.

l'exhérédation se comprend logiquement : si la clause de préciput équivaut, pour les autres héritiers, à une exhérédation, l'avance de part successorale permet d'exclure par imputation sur ses droits successoraux éventuels le gratifié. Elle est le principe en matière de donation, mais peut librement être écartée par la volonté du disposant. Pourtant, la stipulation d'« avancement d'hoirie » est de droit pour les donations : cette exception n'en est en réalité pas une, dans la mesure où l'exhérédation par avance de part successorale est avant tout l'expression de la loi⁶³⁶, à laquelle le défunt peut déroger, et non la manifestation de volonté du disposant.

Excepté cette disposition bien particulière, l'exhérédation est nécessairement un acte unilatéral, soit exprimée *dans* cet autre acte unilatéral qu'est le testament, soit associée à une libéralité entre vifs ou à cause de mort.

B - Un acte juridique indépendant

92. L'exclusion d'un successible ne saurait par ailleurs être conjonctive : deux personnes – et deux époux en particulier – ne peuvent ainsi dans un même acte exprimer une même volonté d'exhérer.

Il convient, naturellement, de ne pas confondre acte conjonctif et acte portant sur la chose d'autrui : le mécanisme paraît être le même, mais l'expression tantôt unilatérale, tantôt collective de la volonté du disposant les en distingue nettement. Une limite est ainsi, fort logiquement, imposée par la jurisprudence : le testateur ne peut réaliser le partage anticipé que des biens dont il a la pleine propriété. Ceci signifie qu'un disposant ne peut par testament partager des biens dont il n'est pas seul propriétaire, notamment les biens communs⁶³⁷ ou ceux dépendant d'une indivision post-

⁶³⁶ Art. 919-1 C. civ., reprenant mutatis mutandis le principe osé par l'ancien article 864, en vigueur jusqu'au 1^{er} janvier 2007, date d'application de la loi du 23 juin 2006.

⁶³⁷ Voir notamment Cass. civ. 1^{ère}, 6 mars 2001, pourvoi 99-11.308, Bull. Civ. I 53 ; JCP 2001 I 366, obs. R. LE GUIDEC ; JCP N 2001. 1232, note MAURY ; Dr. fam. 2001 comm. 62, note B. BEIGNIER ; RTDCiv. 2001. 648, obs. B. VAREILLE ; Cass. civ. 1^{ère}, 9 décembre 2009, pourvoi 08-18.677, D. 2010 p. 91 note C. LE DOUARON ; Dr. famille 2010, comm. 27 note B. BEIGNIER ; AJ Fam. 2010, p. 91, note F. BICHERON, à propos d'un testament-partage portant sur des biens dépendant d'une indivision post-communautaire. Sur cet arrêt, voir également D. AUTEM, « Partage testamentaire de biens indivis, jusqu'où peut-on

communautaire. Ce n'est pas tant ici la conjonctivité qui est en jeu que le partage de biens appartenant à autrui. Si le legs du bien d'autrui est formellement prohibé, tel n'est pas le cas du legs d'un bien indivis⁶³⁸. Chaque indivisaire peut naturellement léguer ses droits indivis dans un bien, mais il peut également transmettre la totalité du bien.

La véritable conjonctivité, manifestation de deux volontés concomitantes dans un même acte, ne peut permettre une exhérédation conjointe.

La forme testamentaire s'oppose indubitablement à cela. Si, en tant que telle, la conjonctivité n'est pas prohibée dans les actes unilatéraux⁶³⁹, elle est traditionnellement prohibée en matière testamentaire, par crainte d'une atteinte aux droits et libertés du disposant. Les testaments conjonctifs, contenant l'expression d'au moins deux volontés, de manière indissociable, dans un seul corps de texte matérialisant une seule volonté de disposer⁶⁴⁰, sont par principe et sans exception possible, interdits⁶⁴¹. Inchangé depuis 1804, l'article 968 du Code civil assure la liberté testamentaire en évitant une éventuelle influence néfaste du co-testateur et permet la libre révocation de la disposition à cause de mort. Tant la volonté autonome, créatrice ou révocatoire, du testateur que la nécessité de respecter la parole promise⁶⁴² sont sauvegardées par la prohibition des

aller ? », Defrénois 2010 art. 39103. V. également Cass. civ. 1^{ère}, 3 février 2010, pourvoi 08-18.196 ; RTDCiv 2010 p. 607 note M. GRIMALDI

⁶³⁸ Cass. civ., 6 mai 1913, Journ. Not. 1913, art. 3075 ; Cass. civ. 1^{ère}, 20 février 1957, Gaz. Pal. 1957.1.423 (rejet du pourvoi formé contre CA Poitiers, 5 mai 1954, JCP 1955 II 8742, note P. VOIRIN) ; Cass. civ. 1^{ère}, 28 mars 2006, Bull. Civ. I n° 186 ; D. 2006 IR 1132 ; Defrénois 2006 p. 1586 note FARGE, RDLC août 2008, p. 58 note C. LAREE

⁶³⁹ R. CABRILLAC, *L'acte conjonctif en droit privé*, préf. P. CATALA, LGDJ, Bibl. dr. privé, tome 213, 1990, spéc. n° 247

⁶⁴⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 21 avril 1971, pourvoi 70-10.213, JCP 1973. II. 17328, note M. DAGOT. Sont à l'inverse autorisés les testaments rédigés au pluriel mais signés par un seul époux (TGI Paris, 30 avril 1981, Gaz. Pal. 1982. 1. 256), comportant deux signatures mais réglant uniquement la succession de l'un d'eux (CA Paris, 27 avril 1984, Defrénois 1985. 438, note D. Talon), ou deux testaments identiques rédigés en contemplation l'un de l'autre, mais sur des feuillets distincts (Cass. civ., 2 mai 1842, S. 1842. 1. 553 ; Cass. req., 21 juillet 1851, DP 1851. 1. 267, S. 1851. 1. 570).

⁶⁴¹ Malgré quelques opinions doctrinales souhaitant l'admission de la forme conjonctive pour les testaments-partages : M. DAGOT « La loi successorale du 3 juillet 1971 », JCP G 1971 I 2434, spéc. n° 147 ; 68e congrès des notaires de France, 1972, vol. 5, p. 91 ; 29e session de l'Assemblée de liaison des notaires de France, Defrénois 1979, act. not., p. 73

⁶⁴² Tel était l'un des arguments avancés par les rédacteurs du Code civil : autoriser à la fois les testaments conjonctifs et la libre révocation testamentaire heurte nécessairement la confiance existant entre les co-testateurs. Révoquer unilatéralement ce qui a été décidé à deux reviendrait à remettre en cause la foi accordée à l'autre en faisant primer la libre révocation des testaments. La prohibition des

testaments conjonctifs. L'exhérédation portée par voie testamentaire⁶⁴³ est par conséquent nécessairement unilatérale, qu'il s'agisse d'une privation expresse ou indirecte. La volonté de l'auteur de l'exhérédation doit se manifester de manière autonome.

La seule exception actuellement admise en droit français, est celle des donations-partages conjonctives : des époux peuvent, par anticipation, régler ensemble leurs successions et décider d'allotir par avance leurs héritiers présomptifs. Il ne s'agit pas ici de les exclure définitivement de la succession mais de déterminer par avance les droits qui composeront leurs parts successorales respectives. L'originalité de la donation-partage conjonctive est de permettre aux époux, d'une seule voix, de partager par anticipation certains biens devant faire partie de leurs successions futures. La forme conjonctive n'en pose pas moins de redoutables difficultés pratiques, notamment s'agissant de la prise en compte des biens donnés par les deux époux lors du règlement des successions respectives. Elle permet pourtant une co-organisation bien utile de deux successions. Mais s'agit-il ici encore d'une véritable exhérédation ? Si l'avancement de part successorale ne permet pas de douter du caractère exhérédant de la donation-partage, la présomption légale de l'article 919-1 du Code civil permet de douter du caractère volontaire de cette exhérédation, marque essentielle de l'exhérédation.

Bien que le caractère unilatéral de l'exhérédation ne fasse aucun doute, un certain trouble s'est levé depuis quelques années, en raison de la faculté grandissante offerte au successible de s'immiscer dans le règlement anticipé de la succession.

testaments conjonctifs permet d'éviter une libéralité à cause de mort qui soit « incompatible soit avec la bonne foi, soit avec la nature des testaments » (FENET, tome 12, p. 553).

⁶⁴³ Testament auquel ne doit pas être assimilé la donation entre époux à cause de mort : l'article 1094 du Code civil autorise expressément dans ce cas la forme conjonctive. La difficulté est en réalité autre : si une exhérédation contenue dans une telle donation entre époux n'est pas interdite en raison de sa nature conjonctive, elle l'est en raison de sa nature contractuelle : cf. infra n° 94.

II – Les pactes de famille, une ingérence subordonnée à l'autorité du *de cujus*

93. Malgré les apparences, l'intervention anticipée de l'héritier n'est qu'une fausse exception au caractère unilatéral de l'exhérédation. Si, depuis quelques années, il est de coutume⁶⁴⁴ d'associer les nouvelles formes d'anticipation successorale sous le vocable « pacte successoral » ou « pacte de famille », tantôt licite, tantôt prohibé, cette expression ne doit pas tromper. Le pacte conclu entre le disposant et son présomptif héritier ne saurait constituer une quelconque contractualisation de la succession et, partant, de l'exhérédation.

Heureuse évolution, le pacte s'affranchit de la rigidité du contrat, pour épouser davantage de formes : les pactes ont « vocation à qualifier des accords originaux quelquefois avec des contours imprécis, toujours à la marge de la théorie générale des obligations »⁶⁴⁵. L'utilisation du mot « pacte » permet de rassembler en une seule catégorie juridique des actes et montages aux natures et régimes divers, sans pour autant prendre parti sur leur unité ou sur l'inclusion dans une même catégorie dont dépendrait un régime unique. La notion de pacte transcende les diverses catégories juridiques et unit ce qui ne l'est pas par nature.

A la traditionnelle prohibition des pactes sur succession future répond la renaissance actuelle des pactes successoraux⁶⁴⁶. Ce renouveau n'est ni récent ni surprenant : la prohibition des pactes sur succession future est annoncée depuis de nombreuses années déjà comme déclinante et dépassée⁶⁴⁷. Il a cependant connu une

⁶⁴⁴ I. DAURIAC, « La renonciation anticipée à l'action en réduction », D. 2006 p. 2574, spéc. n° 5 *in fine* ; I. NAJJAR, « Pacte successoral et discrimination entre les héritiers... », D. 2006, Tribune, p. 993 ; I. DAURIAC ET M. VAN SEGGELEN, « Prévenir l'insécurité », JCP N, 22 Avril 2011, p. 1138 ; D. BRAC DE LA PERRIERE, « Les pactes successoraux et la réserve héréditaire », JCP N 22 Septembre 2006, 1302 ; M. NICOD, « L'anticipation de la succession », JCP N 24 Mars 2006, p. 1136 ; M-C. MONSALLIER-SAINT MLEUX, « Une contractualisation certaine mais contrôlée du droit des incapacités, des successions et des libéralités », JCP N 5 Février 2010 p. 1062, spéc. n° 5

⁶⁴⁵ B. ALIBERT, « Le pacte en droit privé », D 1996 Chron. p. 73

⁶⁴⁶ N. PETERKA, « L'héritier face aux nouvelles techniques de transmission du patrimoine », *Droit et Technique, Etudes à la mémoire du Professeur Xavier Linant de Bellefonds*, Litec, 2007, p. 355

⁶⁴⁷ M. VU VAN MAU, « La prohibition de la donation à cause de mort. Contribution à l'étude des successions contractuelles », RTD civ. 1953 p. 247 ; A. LUCAS, « Le recul de la prohibition des pactes sur succession future en droit positif », RTDCiv. 1976, p. 455

accélération essentielle avec la loi du 23 juin 2006 : l'intervention de l'héritier *ante mortem* a été généralisée, prenant une place importante au sein des techniques d'anticipation successorale. Mais cette réforme n'a pas pour autant offert au présomptif héritier une place similaire à celle du *de cuius* : son intervention restera toujours subordonnée au bon vouloir du disposant.

Par ailleurs, ces interventions anticipées ne permettront jamais un règlement définitif de la succession. Celle-ci restera toujours subordonnée aux aléas des décès, de la composition des patrimoines, ainsi qu'au bon vouloir du disposant.

A - L'impossible règlement anticipé de la succession

94. Depuis quelques années, il devient habituel de voir dans les revues juridiques fleurir des techniques permettant un règlement anticipé de la succession, promettant une certaine sécurité juridique dans l'organisation patrimoniale du disposant. Pourtant, il convient de ne pas confondre anticipation successorale et droits de l'héritier, réservataire ou non. La répartition de ce qui constituera la masse de biens existants selon les souhaits du *de cuius* dépend avant tout de sa volonté, libre et éclairée. L'anticipation successorale manifeste une attitude positive du *de cuius*, mais toujours contingente, jamais définitive.

L'anticipation successorale⁶⁴⁸ se distingue en effet d'une notion bien plus ancienne, celle de présuccession⁶⁴⁹. Il a pu un temps être admis⁶⁵⁰ que le défunt puisse régler par anticipation sa succession, en consentant notamment une donation-partage, insusceptible de remise en cause. Ce règlement partiel et anticipé mais définitif de la succession constituait un véritable partage de succession : la succession se trouvait comme partiellement ouverte, quoique le *de cuius* soit encore en vie

⁶⁴⁸ J.-C. HALLOUIN, *L'anticipation (Contribution à l'Étude de la Formation des Situations Juridiques)*, thèse Poitiers, 1979, spéc. p. 216 et s.

⁶⁴⁹ M. GRIMALDI, *Libéralités. Partages d'ascendants*, 2000, Litec, spéc. n° 1747

⁶⁵⁰ Cass. req. 4 février 1845, DP 1845. 1. 49

Cette théorie a par la suite été abandonnée au profit de celle dite « de l'anticipation successorale », la donation étant considérée comme un partage anticipé d'une succession non encore ouverte. En application de cette théorie, l'évaluation des biens pour le calcul de la réserve et de la quotité disponible ne peut s'effectuer qu'au décès⁶⁵¹, en tenant compte des autres biens existants et pour les valeurs retenues à cette date, ce nonobstant la règle du « gel des valeurs » de l'article 1078 du Code civil⁶⁵². Depuis lors, le principe veut qu'une succession s'ouvre uniquement au décès du disposant, sans exception possible, étant soumise à un règlement unique.

Pourtant, loi et jurisprudence ont admis progressivement le principe de l'intervention de l'héritier avant le décès du *de cuius*. Il convient cependant de ne pas se leurrer : l'intervention croissante de l'héritier présomptif du vivant du *de cuius* ne permet pas au successible de s'immiscer dans la gestion du patrimoine de son auteur. S'il est vrai que le donataire engage son avenir successoral en acceptant une transmission initiée par le disposant⁶⁵³, il ne s'agit pas pour autant du règlement anticipé d'une partie de la succession. Tant que le décès n'est pas intervenu et que la succession n'est pas ouverte, les droits de l'héritier ne sont qu'éventuels. Si l'anticipation successorale permet de dessiner, plus ou moins grossièrement, les contours de la future succession, elle ne permet pas à l'héritier de prétendre que ses droits sont certains et intangibles, ni même d'exiger de la part du *de cuius* le respect de ces droits⁶⁵⁴. L'intervention de l'héritier ne permet pas de tenir les droits éventuellement acquis pour définitifs.

La place grandissante offerte aux pactes successoraux ne doit pas leurrer : il serait illusoire d'y voir la reconnaissance d'un droit sur le futur héritage, voire d'un droit à l'héritage. Celui-ci n'est, du vivant du *de cuius*, pas un droit juridiquement protégé,

⁶⁵¹ Cass. req. 13 février 1860, DP 1860.1.169

⁶⁵² Les biens contenus dans une donation-partage sont évalués, par exception, au jour de l'acte lorsque tous les enfants vivants ou représentés au décès de l'ascendant aient reçu un lot et qu'il n'ait pas été prévu de réserve d'usufruit portant sur une somme d'argent

⁶⁵³ Tels sont les cas notamment de la donation-partage, de la clause de rapport en cas de renonciation.

⁶⁵⁴ Sauf principe général de respect des conventions : art. 1134.

permettant de donner à l'héritier présomptif des prérogatives juridiques ou qui pourrait lui être opposé ou auxquelles il pourrait renoncer par anticipation.

95. En particulier, un héritier ne saurait par avance s'exclure de la succession : si le défunt peut valablement l'exhérer, l'héritier ne peut, parallèlement, renoncer définitivement à la succession tant que celle-ci n'est pas ouverte.

Il n'est ainsi pas possible d'exhérer le conjoint par une clause de son contrat de mariage prévoyant qu'en contrepartie d'une donation minime consentie, à titre de gain de survie, par contrat de mariage, la future épouse n'aurait aucun droit de jouissance sur les biens de son époux⁶⁵⁵. Et le propos vaut pour tout héritier, réservataire ou non. L'exhérédation est nécessairement unilatérale, elle ne saurait être conventionnelle.

Accepter par contrat de renoncer à une succession consisterait indubitablement un pacte sur succession future prohibé, en application des articles 722 et 1130 du Code civil⁶⁵⁶. Que cette renonciation soit purement unilatérale ou, comme souvent en pratique, la conséquence d'une convention passée avec le *de cuius* ou un autre présomptif héritier⁶⁵⁷, la nullité est inévitable.

Doit ainsi être vue comme constituant logiquement un pacte sur succession future la clause insérée dans une donation entre époux à cause de mort prévoyant, outre une institution contractuelle au profit du conjoint survivant, la privation de ses droits légaux *ab intestat*. L'acceptation par le conjoint survivant d'une telle libéralité revient à accepter d'être exhéréde avant l'ouverture de la succession, chose contraire au principe de prohibition des pactes sur succession future⁶⁵⁸.

⁶⁵⁵ Trib. Civ. civ. Le Puy, 3 mai 1932, Gaz. Pal. 1932. 2. 307, RTDCiv. 1932. 811, obs. R. SAVATIER

⁶⁵⁶ Ce texte, issu de la loi du 23 juin 2006,

⁶⁵⁷ V. par ex. CA Paris, 9 avril 2008, Juris-Data n° 2008-359906 : nullité d'une convention passée entre les enfants du *de cuius* par laquelle ils renonçaient partiellement à leurs droits dans la succession au profit de l'un d'eux pour le dédommager de ses investissements dans un immeuble successoral ; CA Montpellier, 10 août 1887, cité ss Cass. req., 8 avril 1889, DP 1890.1.205 : nullité d'une clause d'un contrat de mariage aux termes de laquelle une nièce avait renoncé à la succession de ses père et mère en contrepartie d'une donation qu'un oncle lui avait consentie.

⁶⁵⁸ Question A.N. n° 76457, *Bocquet*, JOAN 11 avril 2006, p. 3999. Réponse commentée dans l'article de M. VAREILLE, « La donation de biens à venir entre époux ne peut servir à une exhérédation », *Defrénois* 2006, art. 38446, p. 1359. V. déjà, mais plus nuancé, G. CHABOT, « Brèves observations sur l'insertion d'une clause d'exhérédation dans une donation entre époux », PA 8 janvier 2004, p. 3

Une exception notable à ce principe a été expressément prévue par le législateur. Aux termes de l'article 301 du Code civil, en cas de séparation de corps prononcée par consentement mutuel, les époux peuvent valablement inclure dans leur convention une renonciation aux droits successoraux qui leur sont conférés par les articles 756 à 757-3 et 764 à 766 du Code civil. Dérogation conventionnelle au principe suivant lequel le conjoint séparé de corps conserve sa qualité et ses droits de conjoint survivant, cet article 301 du Code civil, issu de la loi n° 2004-439 du 26 mai 2004 relative au divorce, permet une véritable renonciation anticipée aux droits successoraux.

La renonciation ne peut-elle cependant viser que les droits légaux *ab intestat*, à l'exception du droit à réserve de l'article 914 du Code civil, ainsi que du droit temporaire au logement de l'article 763 du même code ? Certains auteurs⁶⁵⁹ légitiment cette exclusion par le caractère d'ordre public de ces textes. S'il est vrai que la réserve héréditaire du conjoint survivant et le droit temporaire au logement sont d'ordre public, cette caractéristique nous semble inopérante ici : la réserve n'étant qu'une part de la succession⁶⁶⁰, l'exclure du champ de la renonciation prévue par l'article 301 du Code civil méconnaît sa nature même.

Excepté cette dérogation textuellement autorisée, il n'est pas possible pour un héritier présomptif de renoncer par anticipation à une succession non ouverte, que cette renonciation soit pure et simple ou conditionnée.

Pourtant, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 23 juin 2006, a été créée une faculté permettant à un présomptif héritier réservataire de renoncer par avance à solliciter la réduction d'une libéralité. Ne serait-ce pas un premier pas vers une contractualisation – et, partant, d'un règlement anticipé – de l'exhérédation ?

⁶⁵⁹ J.-Cl. Civil Code, « Art. 296 à 304 », fasc. unique, 2009, par C. WATINE-DROUIN, spéc. n° 117

⁶⁶⁰ Art. 912 C. civ.

B – Une possible contractualisation de l'exhérédation ?

96. La loi du 23 juin 2006 autorise désormais « tout héritier réservataire présomptif [à] renoncer à exercer une action en réduction dans une succession non ouverte » (art. 929 C. civ.). Exception au principe suivant lequel la renonciation à un droit d'ordre public ne peut s'effectuer tant que le droit n'est pas né⁶⁶¹, la renonciation anticipée à l'action en réduction est un véritable « monstre juridique ». Si la renonciation à réduction est valable une fois la succession ouverte⁶⁶², une renonciation anticipée ne pouvait jusqu'à présent que heurter le principe de prohibition des pactes sur succession future.

Cet acte, passé impérativement devant deux notaires et en leur seule présence, en application de l'article 930 du Code civil, suscite la méfiance. Elle emporte en effet des effets importants, puisqu'interdisant au renonçant de contester la libéralité en cause. Cet ostracisme étonne cependant : pourquoi imposer un tel formalisme alors que d'autres actes produisent des effets davantage dévastateurs ? Il convient par exemple de ne pas confondre le mécanisme de la renonciation anticipée à l'action en réduction avec celui, instauré par la même loi, de la donation-partage transgénérationnelle. Le « saut de génération »⁶⁶³ permet à des petits-enfants de recueillir le lot d'une donation-partage en lieu et place de leur auteur, enfant du disposant. Cette faveur pour les générations futures⁶⁶⁴ est également une des innovations de la loi du 23 juin 2006.

A priori moins rigoureuse que la renonciation à l'action en réduction, cette transmission par interposition, se révèle, en réalité, plus redoutable. Prenons l'exemple suivant : un père a deux enfants, ayant eux-mêmes deux petits-enfants chacun. Le père

⁶⁶¹ Cass. civ. 3^e, 27 octobre 1975, pourvoi 74-11.656 Bull. civ. III, no 310 ; *Adde* Ph. MALAURIE, note ss CA Poitiers, 18 déc. 1953, D. 1954, p. 519 ; Rép. Civ. Dalloz, « Acte », 2006, par C. BRENNER, spéc. § 237

⁶⁶² Cass. civ. 1^{ère}, 4 novembre 1975, n° 73-14.300 : Juris-Data n° 1975-000311 ; Bull. Civ. 1975, I, n° 311

⁶⁶³ Du nom parfois donné en pratique à la donation-partage transgénérationnelle, née elle aussi de la loi du 23 juin 2006 : art. 1078-4 et s. C. civ.

⁶⁶⁴ E. GAILLARD-SEBILEAU, *Génération futures et droit privé : vers un droit des générations futures*, préf. M. DELMAS-MARTY, LGDJ, Bibl. dr. privé, tome 527, 2011, spéc. n° 100

a un patrimoine estimé à 90⁶⁶⁵. Il consent une donation de 60 à ses petits-enfants (15 chacun). Les deux enfants renoncent par anticipation à demander la réduction de cette libéralité. Le grand-père consent un legs de 30 à un tiers. La donation s'imputera sur la quotité disponible qu'elle dépasse, mais aucune réduction ne pourra en être demandée. Le legs sera quant à lui intégralement réductible, la quotité disponible étant d'ores et déjà épuisée. Si le grand-père envisage la même opération, mais par le biais d'une donation-partage transgénérationnelle, les enfants seront réputés avoir été remplis de leurs droits à réserve par la donation. Le legs, qui s'imputera sur une quotité disponible intègre, ne sera pas réduit.

Les enfants réservataires, étant réputés remplis de leurs droits par la donation-partage transgénérationnelle, ne pourront contester les autres libéralités consenties. Finalement bien plus sévère que la renonciation anticipée à l'action en réduction, la donation-partage transgénérationnelle suscite moins la méfiance, sans doute parce que bénéficiant aux seuls descendants de l'enfant qui a accepté de « passer son tour »

97. Quelle est la nature de la renonciation anticipée à l'action en réduction ? La difficulté vient du fait que la renonciation n'engage le renonçant que du jour où elle a été acceptée par celui dont il a vocation à hériter, en application de l'article 929 du Code civil. L'« acceptation de la renonciation » par le *de cuius* est donc un élément indispensable à la formation de cette renonciation. Peut-on dès lors déduire de cette intervention la nature juridique de la renonciation anticipée à l'action en réduction ?

Deux analyses ont été avancées en doctrine. Pour certains auteurs, la renonciation anticipée à l'action en réduction est un acte unilatéral⁶⁶⁶, comme la plupart des renonciations⁶⁶⁷. D'autres, suivant en cela les débats parlementaires, y voyaient un contrat⁶⁶⁸ passé entre le disposant et son héritier présomptif. Malgré quelques opinions

⁶⁶⁵ Pour des raisons de commodité, ce patrimoine sera réputé ne pas varier.

⁶⁶⁶ V. not. F. SAUVAGE, « La renonciation anticipée à l'action en réduction », AJ fam. 2006 p. 355

⁶⁶⁷ F. DREIFUSS-NETTER, *Les manifestations de volonté abdicatives*, préf. P. TERCIER, LGDJ, Bibl. dr. privé, tome 185, 1985, spéc. p. 29

⁶⁶⁸ Rapp. AN 8 février 2006 n° 2850, par S. HUYGHE, spéc. p. 258 ; N. LEVILLAIN, « La renonciation anticipée à l'action en réduction », JCP N 2006, 1349, spéc. n° 3 ; D. MARTEL, « Présent et futur proche des pactes sur succession future : Comment être sans avoir été ? », RLDC, mars 2006, p. 49 ; I. DAURIAC, « La renonciation anticipée à agir en réduction », D. 2006, p. 2574, spéc. n° 12

doctrinales tendant à voir dans la renonciation anticipée à l'action en réduction un contrat, il nous semble préférable de maintenir la qualification d'acte unilatéral.

Le caractère unilatéral de l'engagement pris dans une renonciation anticipée à l'action en réduction résulte clairement de l'article 929 alinéa 3 du Code civil : « l'acte de renonciation ne peut créer d'obligations à la charge de celui dont on a vocation à hériter ou être conditionné à un acte émanant de ce dernier ». Le renonçant ne peut monnayer sa renonciation ou la faire dépendre de la conclusion d'un autre acte, par exemple une donation consentie par le disposant.

Au surplus, aux termes de l'article 930-1 alinéa 2, « la renonciation, quelles que soient ses modalités, ne constitue pas une libéralité »⁶⁶⁹. Le bénéficiaire de la libéralité excessive ne tient pas ses droits de l'héritier réservataire renonçant mais du disposant ; Aucun transfert n'a lieu entre l'héritier réservataire renonçant et le gratifié. La volonté exprimée par le renonçant est purement abdicative et non translatrice, ce qui est le principe de toute renonciation.

L'intervention nécessaire du disposant ne fait pas de cet acte de renonciation un contrat passé entre celui-ci et son présomptif héritier. Il ne s'agit que d'une autorisation donnée par un tiers à l'acte, sans pour autant conférer la qualité de partie à celui-ci. Un tel système d'autorisation n'est pas nouveau, mais bien connu de la doctrine : en application de l'article 215 alinéa 3 du Code civil⁶⁷⁰, toute aliénation d'un bien constituant le logement de la famille suppose l'accord unanime des deux époux. Or, lorsque le bien appartient à un époux seul, le consentement donné par le conjoint qui n'est pas propriétaire du bien n'est qu'une autorisation : celui-ci n'en devient pas pour autant cocontractant.

Quant à ses effets, la renonciation anticipée à l'action en réduction ne modifie pas la liquidation de la succession. Toutes les libéralités consenties doivent être réunies, imputées et enfin réduites dans les conditions habituelles. Les indemnités de réduction des libéralités objets de la renonciation anticipée ne seront simplement pas versées au

⁶⁶⁹ Disposition reprise par l'article 756 du CGI : « La renonciation à l'action en réduction prévue à l'article 929 du Code civil n'est pas soumise aux droits de mutation à titre gratuit ».

⁶⁷⁰ B. THUILLIER, *L'autorisation. Étude de droit privé*, LGDJ, Bibl. dr. pr., 1996

renonçant⁶⁷¹. Cette position est au demeurant fort logique : une seule volonté individuelle, singulièrement celle d'un héritier, ne saurait modifier la physionomie de la succession.

La renonciation anticipée à l'action en réduction n'équivaut ni à une renonciation à succession, ni à une renonciation à réserve, mais à une simple renonciation à demander le paiement d'une créance éventuelle. Par analogie, elle se rapproche de la renonciation à demander la requalification d'une vente en libéralité, prévue par l'article 918 du Code civil, ou à la renonciation à invoquer le droit de suite contre le tiers acquéreur du bien donné ou légué, instauré par l'article 924-4 du Code civil.

La renonciation anticipée à l'action en réduction constitue un premier pas vers l'admission de renonciations anticipées plus larges.

Bien que véritable révolution symbolique, le « pacte successoral » français n'est que la timide copie du pacte suisse, véritable institution contractuelle définitive. Si l'intervention de l'héritier ante mortem est davantage prise en compte, elle reste toujours soumise à l'appréciation et à la volonté souveraine du *de cuius*.

Section 2 – Efficacité de la volonté du *de cuius*

La liberté dont jouit le disposant est à ce point souveraine que la cause ayant présidé à l'exhérédation est totalement différente (I). Les motifs qui ont guidé le *de cuius*, même peu louables ou guidés par la haine et la vengeance, ne déterminent pas la validité de la privation, sauf à constituer une cause d'insanité d'esprit.

La volonté du *de cuius* est à ce point libre qu'elle incite à se demander s'il ne s'agit pas d'un droit discrétionnaire, non contrôlé, dont l'exercice ne connaîtrait aucune limite (II).

⁶⁷¹ Sur cette controverse : N.LEVILLAIN, *art. préc.*, J-Cl. Civil Code, « Art. 929 à 930-5 », fasc. unique, 2008, par C. BRENNER, spéc. n° 55 et s.

I - L'indifférence de la cause ayant présidé à l'exhérédation

98. L'exhérédation est un acte juridique unilatéral dont le contenant n'est pas nécessairement indépendant : il peut valablement être inclus dans un acte à titre gratuit ou onéreux dont il est à la fois dépendant et indépendant. Insérer une double manifestation de volonté dans un même *instrumentum* n'est, en soi, pas disqualifiant : les deux actes sont, en tant que *negotium*, indépendants, bien que complémentaires.

L'exemple le plus topique est donné par la vision classique de l'exhérédation : « exhéredier, c'est instituer »⁶⁷². Libéralité et privation des droits légaux sont par nature souvent intimement liés. Pourtant, il s'agit bien de deux manifestations de volontés différentes, qui ne sauraient être confondues : si une libéralité vaut souvent exhérédation, la privation des droits légaux ne suppose pas automatiquement l'existence d'une libéralité. Bien que formant parfois un ensemble indivisible, il convient de distinguer les motifs ayant présidé les deux décisions.

D'une part, l'intention de gratifier un tiers peut avoir l'exhérédation comme motif déterminant. Une libéralité peut être principalement guidée par la volonté de priver un successible de ses droits légaux dès lors que l'intention libérale peut être prouvée, même si elle n'est que subsidiaire. La libéralité ne devient alors qu'un instrument au service de l'exhérédation. Mais est-ce pour autant condamnable ? Dès lors que l'exhérédation est en elle-même licite, la libéralité doit être validée.

D'autre part, l'exhérédation, bien que distincte de la libéralité, suppose une cause constituée des mêmes éléments que la cause en matière de libéralités : il convient de clairement distinguer les deux manifestations de volonté, la nullité pouvant affecter l'une n'entraînant pas nécessairement l'invalidation de l'autre.

Plus qu'une addition, exhérédation et libéralité forment une pyramide : la cause subjective de la libéralité peut être l'exhérédation des héritiers et la cause de l'exhérédation est l'ensemble des motifs ayant déterminé la volonté du disposant.

⁶⁷² Cf. supra n° 56

99. L'exemple le plus patent est celui d'un acte contenant à la fois exhérédation expresse d'un successible et institution d'un tiers en tant que légataire.

Dans une telle hypothèse, examinée à l'occasion d'un arrêt rendu le 30 septembre 2009⁶⁷³, la Cour de cassation a pu estimer que « *la volonté de priver un héritier réservataire de la quotité disponible n'exclut pas l'intention libérale du testateur vis-à-vis d'une tierce personne ; qu'ayant non seulement relevé que le motif déterminant du testament consistait dans la volonté de Georgette X d'exhérer son fils, mais également constaté que l'intéressée, qui disposait de sa pleine capacité juridique et dont le consentement n'était pas vicié, avait disposé de la quotité disponible de sa succession comme elle l'entendait au profit de cette association, la cour d'appel, appréciant souverainement l'existence de son intention libérale, a pu décider que le testament était valable* ».

Cette décision particulièrement intéressante résout parfaitement le conflit entre exhérédation et libéralité. La cause de l'un n'est pas la cause de l'autre, il s'agit de deux manifestations de volonté séparées, bien qu'interdépendantes. Plus précisément, si la libéralité n'existe que parce que la défunte entendait priver son fils d'une partie de ses droits successoraux, cette dernière n'en a pas moins une autonomie propre, et son invalidation n'entraînera pas nécessairement celle de l'exhérédation.

100. En présence d'une simple libéralité, dont un des effets est la privation totale ou partielle des droits légaux des successibles, la réponse doit être moins affirmée. L'exhérédation peut en effet avoir été souhaitée – bien que non exprimée – ou peut n'être que la conséquence fortuite de la libéralité, presque un « accident ». La question de l'interdépendance de l'exhérédation et de la libéralité se pose avec davantage d'acuité. Plus précisément, en cas de caducité du legs consenti, il est légitime de s'interroger sur le sort de l'exhérédation : en cas de disparition du legs, les héritiers légaux peuvent-ils à nouveau revendiquer des droits dans la succession ?

⁶⁷³ Cass. civ. 2^e, 30 Septembre 2009, pourvoi 08-17.919, AJ Fam. 2009 p. 460 obs. F. BICHERON, Dr. fam., novembre 2009, comm. 144 par B. BEIGNIER ; Defrénois 2010 art. 39053 note R. LIBCHABER ; RLDC juin 2010, art. 3858, note R. MESA

Tout est ici question de preuve de l'intention du *de cuius* : l'exhérédation n'était-elle qu'accidentelle ou avait-elle été souhaitée par le disposant bien que non exprimée ? Dans le premier cas, la privation des droits légaux doit suivre le sort de la libéralité⁶⁷⁴ et disparaître avec elle, alors que dans la seconde hypothèse l'exhérédation survivra à la caducité du legs.

En matière patrimoniale, le raisonnement n'est pas inconnu. S'agissant des libéralités avec charge, une distinction entre les charges réelles et personnelles est opérée⁶⁷⁵. En présence d'un legs inefficace⁶⁷⁶, les charges personnelles grevant ce legs, c'est-à-dire les charges consenties en considération même de la personne du légataire, disparaissent avec le legs principal⁶⁷⁷. A l'inverse, les charges réelles, c'est-à-dire inhérentes aux biens précédemment légués, sont maintenues et pèsent sur les héritiers légaux⁶⁷⁸. Il ne s'agit ici que d'appliquer les règles de l'indivisibilité⁶⁷⁹ : selon le caractère déterminant ou non de la stipulation éteinte de l'intention du disposant, les autres dispositions liées disparaîtront ou non.

101. A ce titre, les motivations du *de cuius* sont par principe indifférentes. Contrairement au droit romain et à l'Ancien droit, le Code civil minimise l'importance

⁶⁷⁴ Cass. civ., 10 février 1869, DP 1869.1.175 ; Cass. req., 15 avril 1885, S. 1886.1.453 ; Cass. req., 19 novembre 1906, DP 1907.1.288 : l'exhérédation était en l'espèce expresse, le défunt ayant précisé par testament « j'ai dû maintenir à l'égard de mon neveu [...] cette exclusion formelle de ma succession, qui depuis longtemps était bien arrêtée dans mon esprit ».

⁶⁷⁵ J. HERAIL, « Charges et conditions dans les legs », JCP N 23 février 2007, p. 1102

⁶⁷⁶ Par exemple en cas de caducité ou de renonciation aux legs.

⁶⁷⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} juillet 2003, Bull. Civ. I, n°156, Juris-Data n° 2003-019695 ; Dr. famille 2003, comm. 107, note B. BEIGNIER ; AJF 2003, p. 389, note S. DEIS-BEAUQUESNE ; JCP G 2004 II 10161 note J-G. MAHINGA. Dès lors, naturellement, qu'il s'agit d'une véritable charge et non d'un legs particulier : sur cette distinction, cf. J. HERAIL, art. *préc.* ; CA Bordeaux, 22 novembre 2007, Juris-Data n° 2007-347912

⁶⁷⁸ J-Cl. Not. form., « Testaments », fasc. 210, 1998, spéc. n° 61 et ss., par D. MONToux

⁶⁷⁹ V. not. en matière contractuelle : S. PELLE, *La notion d'interdépendance contractuelle*, préf. J. FOYER et M-L. DEMEESTER, Dalloz, NBT, 2007 : plus que la notion d'indivisibilité, c'est la notion d'interdépendance, d'imbrication des prestations fournies donnant naissance à l'opération globale souhaitée par les parties.

Cette analyse correspond aux préoccupations actuelles de la doctrine, qui tend à prendre en compte les questionnements spécifiques des ensembles contractuels : voir notamment, parmi une abondante littérature : D. MAZEAUD, « Groupes de contrats : liberté contractuelle et réalité économique », D. 2011 p. 566 ; C. AUBERT DE VINCELLES, « Réflexions sur les ensembles contractuels : un droit en devenir », RDC 2007/3 p. 983 ; S. AMRANI-MEKKI, « Indivisibilité et ensembles contractuels : l'anéantissement en cascade des contrats », Defrénois 2002 art. 37505

des sentiments qui ont pu présider à l'expression de la volonté exhérédatrice du défunt⁶⁸⁰.

Étonnamment, alors que les sentiments, la haine, l'amour et la passion sous-tendent le droit des successions et des libéralités⁶⁸¹, ils n'ont que peu de prise sur la validité des actes juridiques, en particulier des donations et testaments. Les motifs ayant incité le *de cuius* à se dépouiller au profit de tiers – donc aux dépens de ses héritiers présomptifs – sont par principe indifférents. Bien que les auteurs originaires du Code civil n'aient pas repris la rédaction initiale de l'article 901 du Code civil⁶⁸², il est unanimement admis⁶⁸³ que l'action *ab irato* n'existe plus en droit français, sauf, ainsi que nous le verrons, lorsque la colère du défunt est source d'insanité d'esprit.

102. Dire que les mobiles de l'acte ayant entraîné l'exhérédation du successible n'ont aucune importance n'est cependant pas totalement vrai : ils peuvent servir à définir et s'assurer de la validité de la cause fondant l'acte d'exhérédation. Cause que l'on dit en plein renouveau⁶⁸⁴ tout en la jugeant – voire souhaitant⁶⁸⁵ – moribonde. Tantôt purement et simplement supprimée, mais sous-entendue dans les textes

⁶⁸⁰ G. CORNU, « Du sentiment en droit civil », in *De l'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p.71 ; voir également, en droit pénal : P. MARTIN, « La haine, origine de droit », in *Pouvoir et liberté*, in *Etudes offertes à Jacques Mourgeon*, Bruylant, 1998, p. 229

⁶⁸¹ Cf. supra § 1 et 2

⁶⁸² « La loi n'admet point la preuve que la disposition n'a été faite que par haine, colère, suggestion ou captation » (projet de la commission du Gouvernement, présenté le 24 thermidor an VIII, cité in FENET, *op. cit.*, tome 2, p. 275).

⁶⁸³ V. not. J.-Cl. Civil Code, « Art. 901 », fasc. unique, 2010, par J. BERNARD DE SAINT-AFFRIQUE, spéc. n° 60 ; LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome 11, Durand et Pédone Lauriel, 1874, spéc. p. 160 ; AUBRY et RAU, *op. cit.* tome 10, spéc. n° 648 : « Mais, le Code civil ayant gardé le silence sur ce point; l'action *ab irato* ne doit plus être admise comme une action spéciale, distincte de celle qui serait fondée sur l'insanité d'esprit ».

⁶⁸⁴ *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, sous la direction de M. le Professeur CATALA, La documentation française, 2006, spéc. pp. 37 et s. ; P. CATALA, « Deux regards inhabituels sur la cause dans les contrats », *Defrénois* 2008 art. 2365 ; J. GHESTIN, « Le futur : exemples étrangers. Le Code civil en France aujourd'hui », *RDC* 2004/4 p. 1152, spéc. pp. 1164 et s, *adde* du même auteur *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006.

⁶⁸⁵ La Chancellerie a proposé et soumis en septembre 2008 à la consultation publique un « projet de réforme droit des contrats ». Le texte proposé par le Groupe de l'Académie des Sciences Morales, sous la direction du Professeur TERRE, suggère également de supprimer la notion de cause : TERRE (F.), (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2009. Sur ce projet : D. MAZEAUD, « Une nouvelle rhapsodie doctrinale pour une réforme du droit des contrats », *D.* 2009 p. 1364 ; F. TERRE, « La cause est entendue », *JCP G* 2008. Act. 609.

connexes⁶⁸⁶, tantôt remplacée par la notion d'« intérêt au contrat »⁶⁸⁷, la cause embarrasse les juristes. Elle se décompose traditionnellement⁶⁸⁸ en deux éléments, la cause objective et la cause subjective.

En matière de libéralités, la cause objective se confond avec le consentement : l'absence d'intention de se dépouiller irrévocablement et à titre gratuit, c'est-à-dire l'absence d'intention libérale, ne peut qu'entraîner la nullité de la libéralité. Les auteurs⁶⁸⁹ et la jurisprudence⁶⁹⁰, s'agissant de libéralités, préfèrent abandonner la vision dualiste de la cause pour se concentrer exclusivement sur la cause subjective, c'est-à-dire les motifs déterminants ayant incité le disposant à se dépouiller à titre gratuit. Particulièrement difficile à cerner, l'*animus donandi* se distingue des motifs ayant présidé à la décision du disposant⁶⁹¹. Elle est l'intention de dépouiller définitivement et irrévocablement, à titre gratuit, sans contrepartie. Si la doctrine tente régulièrement de proposer une définition de l'intention libérale⁶⁹², ses tentatives se heurtent aux motivations ayant suscité la libéralité. Dire qu'une libéralité ne suppose aucune

⁶⁸⁶ S'agissant plus spécifiquement des libéralités, l'article 63 du projet dirigé par le Professeur Terré dispose ainsi que « les libéralités sont nulles, de nullité relative, en l'absence du motif qui a déterminé leur auteur à disposer ».

⁶⁸⁷ Art. 85 à 87 du projet présenté par la Chancellerie. A mi-chemin entre cause objective et subjective, cette notion n'est cependant pas plus éclairante que la notion de cause et ne semble pas recueillir l'unanimité en doctrine : pour une critique sévère, v. not. D. MAZEAUD, Rapport de synthèse, colloque « La réforme du droit français des contrats en droit positif », RDC 2009/1 p. 397, spéc. n° 25 et s. ; D. FENOUILLET, « Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres : présentation des dispositions du projet de réforme du droit des contrats relatives à la formation et à la validité du contrat », RDC 2009/1 p. 279, spéc. n° 35.

⁶⁸⁸ La cause est probablement une des notions les plus complexes du droit français. Constamment décriée, mais jusqu'à présent irremplaçable, elle a fait l'objet de nombreux travaux et développements. Il n'est naturellement pas ici question d'en faire une étude complète. Signalons simplement un ouvrage : J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006.

⁶⁸⁹ J. GHESTIN, *Cause de l'engagement et validité du contrat*, préc. ; S. LAMBERT, *L'intention libérale dans les donations*, préf. E. PUTMAN, PUAM, 2006 ; H. CAPITANT, *De la cause des obligations : Contrats, engagements unilatéraux, legs*, 3^e édition, Dalloz, 1927, spéc. p. 438 et s. ; JUBAULT, *op. cit.*, spéc. n° 699 et s. ; J. FLOUR et J.-L. AUBERT ; *Les obligations – 1. L'acte juridique*, Armand Colin, 8^e éd., 1998, n° 261 et s. ; Rép. Civ. Dalloz, « Cause », 2005, par J. ROCHFELD, spéc. n° 89 et s. ; J.-Cl. Civil Code, « Art. 1131 à 1133 », fasc. 10, 2010, par Ph. SIMLER et les très nombreuses références citées.

⁶⁹⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 6 octobre 1959, D 1960 J 515 note Ph. MALAURIE ; JCP 1959 II 11305, note ESMEIN : « la cause d'une libéralité réside dans le motif déterminant qui l'a inspirée ».

⁶⁹¹ Certains auteurs utilisent pour cela la notion de « cause-condition », marque du caractère temporaire du lien unissant le disposant au gratifié. Sur cette notion, v. M. GRIMALDI, *Libéralités, Partages d'ascendants*, Litec, 2000, spéc. n° 1275 et s. ; V. GODRON, *La cause, instrument d'unification du régime des libéralités au sein du couple*, thèse Lille 2, 2006

⁶⁹² V. not. J.-J. DUPEYROUX, *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, Paris, LGDJ, 1955 ; S. LAMBERT, *L'intention libérale dans les donations*, préc.

contrepartie, de quelque nature que ce soit n'est que très rarement vrai. Une libéralité dénuée de toute idée de morale, de toute arrière-pensée ne se conçoit que théoriquement : la doctrine, juridique⁶⁹³ ou non⁶⁹⁴, a démontré depuis longtemps que le don purement gratuit était une utopie. Le disposant s'attend nécessairement à un résultat précis, résultat qui est la cause subjective de son engagement. La dichotomie entre cause objective et cause subjective est souvent mise à mal, tant la distinction entre les deux notions est subtile. La jurisprudence n'hésite ainsi pas à disqualifier des libéralités au motif que les mobiles ayant déterminé le consentement du disposant excluent l'intention libérale : si l'intérêt fiscal attendu de la libéralité⁶⁹⁵ peut fonder cette disqualification, le caprice, la fantaisie ou la vanité⁶⁹⁶, voire la satisfaction religieuse ou morale⁶⁹⁷ ont pu être considérés comme exclusifs de toute intention libérale.

En matière d'exhérédation, le même schéma pourrait être retenu : l'intention d'exhérer se confond avec le consentement, seuls les motifs ayant déterminé la volonté du disposant constituent la cause subjective de son engagement. L'intention de priver un héritier de tout ou partie de ses droits successoraux se rapproche de l'intention libérale en ce qu'elle suppose un mobile, une volonté d'exhérer moteur et justificatif de l'exhérédation. Elle s'en distingue en ce qu'elle est fondée sur une valeur négative, la volonté de priver.

⁶⁹³ Certains auteurs évoquant, non sans raisons, le concept de « gratuité intéressée », distinguant une atténuation de la dichotomie existant entre les actes gratuits et à titre onéreux (D. GUEVEL, « La gratuité intéressée, oxymore d'avenir ? », *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, LGDJ, 2009, p. 229).

⁶⁹⁴ Précurseur, M. MAUSS a notamment démontré que le don n'était pas un acte gratuit, mais suppose et induit une obligation de réciprocité (M. MAUSS, *Essai sur le don*, PUF, 2007). Les travaux du MAUSS (« Mouvement anti-utilitariste dans les sciences sociales ») sont sur ce point éclairants : v. not. J-T. GODBOUT, « De la continuité du don », *Revue du MAUSS*, 2004/1 n° 23, p. 224, spéc. pp. 230 et 231 ; « La sympathie comme opérateur du don », *Revue du MAUSS*, 2008/1 n° 31, p. 201 ; v. ég., en réponse au précédent : M. HENAFF, « Métamorphoses du don : continuités et discontinuités réponses à Jacques Godbout », *Revue du MAUSS*, 2004/2 n° 24, p. 441. V. également M. BERGADAÀ, M. LE GALL-ELY et B. URIEN, *Don et pratiques caritatives*, préf. O. VALLET, éd. de Boeck, 2011. Étudiant les pratiques caritatives, les auteurs tentent de circonscrire le phénomène tant individuel que social du don et de sa réciprocité.

⁶⁹⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 11 février 1986, Bull. Civ. I n° 25, Defrénois 1986 art. 33825 obs. G. CHAMPENOIS ; RTDCiv. 1987 p. 586 note J. PATARIN ; JCP 1988 II 21027 note C. DAVID

⁶⁹⁶ Cass. civ., 8 novembre 1911, D. 1912.1.389 ; Cass. req., 24 avril 1863, DP 1863.1.402 ; S. 1863.1.p. 362

⁶⁹⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 8 décembre 1982, Gaz. Pal. 1983, 1, pan. jur. p. 65 ; Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} mars 1988, JCP G 1989 II 21373 note M. BEHAR-TOUCHAIS, RTDCiv. 1988, p. 800, obs. J. PATARIN

S'agissant de la cause objective de l'exhérédation, celle-ci se confond avec le consentement exigé du disposant. Si l'action *ab irato* n'existe plus en droit français⁶⁹⁸, la colère ou la haine éprouvées par le *de cuius* sont parfois pris en compte par la jurisprudence. Lorsque ces sentiments sont excessifs, et que l'auteur de l'acte est « animé envers les membres de sa famille d'une haine aveugle et dérégulée de nature à obnubiler ses facultés de discernement et à altérer gravement sa faculté de jugement »⁶⁹⁹, l'acte pourra être annulé en raison de l'insanité d'esprit du *de cuius*. La haine ou la colère sont vues comme la preuve de l'insanité d'esprit du testateur. Il est cependant nécessaire que ces sentiments soient particulièrement exacerbés, annihilant par là-même la volonté consciente du *de cuius*. Le simple fait d'exprimer un ressentiment envers tel ou tel proche n'est naturellement pas suffisant : la jurisprudence exige la preuve d'une colère déraisonnable.

En pratique, force est de constater que cette cause d'incapacité n'est guère retenue par les juges, la haine exprimée n'étant que rarement d'une intensité telle qu'elle ne s'expliquerait que par une véritable insanité d'esprit.

103. L'expression des sentiments permet quant à elle de déterminer la cause subjective de l'exhérédation. Par principe, le défunt n'a pas à justifier les raisons de l'exhérédation : aucune formule sacramentelle n'étant exigée⁷⁰⁰ ; il n'a pas non plus à causer l'exhérédation. Pourtant, il est légitime de s'interroger sur la cause de l'exhérédation. En elle-même, l'exhérédation est valable, dès lors naturellement que son auteur a eu conscience de la suppression des droits légaux, conséquence de la

⁶⁹⁸ Cf. supra § 4

⁶⁹⁹ CA Lyon, 23 mars 1904, DP 1905.2.262 ; v. aussi Cass. req., 9 mars 1875, DP 1877.1.220 ; Cass. civ. 1^{ère}, 15 mars 1966, Bull. Civ. I n° 188 ; Cass. civ. 1^{ère}, 13 avril 1964, Bull. Civ. n° 185, JCP 1964 II 13721 note P. VOIRIN : « la colère que [la testatrice] aurait éprouvée envers ses fils au moment de la rédaction de ses dernières volontés ne saurait, à elle seule, entraîner la nullité » ; CA Chambéry, 20 janvier 1987, JCP 1988 II 21073 : « ces manifestations d'animosité et de malveillance, si elles témoignent du caractère difficile et désagréable [de la défunte], voire de sa partialité, et si elles traduisent la mésentente familiale, ne sont pas suffisamment révélatrices d'une haine aveugle, morbide et irraisonnée susceptible d'obnubiler l'intelligence et les facultés de jugement de l'intéressée » (le pourvoi contre cette décision a été rejeté par l'arrêt Cass. civ. 1^{ère}, 8 décembre 1988, pourvoi 87-11894).

Pour deux décisions ayant prononcé la nullité : Cass. req., 29 février 1876, DP 1876.1.367, S 1876.1.155 ; Cass. req., 4 mai 1943, DA 1943, p. 66

⁷⁰⁰ Contrairement aux prescriptions du droit romain : cf. supra § 4

manifestation de sa volonté. L'exhérédation est en elle-même licite : la réserve héréditaire peut entre autres en limiter les effets, mais aucune interdiction de principe n'est posée en droit français.

La haine en tant que telle est tout au plus une cause de nullité pour insanité d'esprit, sauf si cette colère est justifiée par des motifs répréhensibles : l'exhérédation peut être guidée par des motifs illicites ou contraires à la morale et aux bonnes mœurs. Ce n'est pas le sentiment exprimé par le défunt qui peut être sanctionné, mais les raisons profondes qui l'ont guidé. La jurisprudence est particulièrement rare en la matière. Hormis le cas des clauses pénales⁷⁰¹, un exemple nous est offert par la jurisprudence : un homme a, par testament olographe légué la quotité disponible de sa succession à ses neveux et nièces⁷⁰² dans le but clairement exprimé de sanctionner ses filles, victimes d'attouchements et qui avaient refusé de pardonner à leur père. En l'espèce ce n'était pas la libéralité en elle-même qui était illicite, mais la cause de l'exhérédation, véritable but poursuivi par le défunt. En sanctionnant ses filles qui avaient refusé de lui pardonner ses actes coupables, le testateur a porté atteinte aux fondements même de la législation pénale, qui réprovoe les comportements incestueux.

Dès lors que les motifs ayant incité le défunt à exhériter tout ou partie de ses héritiers sont illicites ou contraires à la morale et aux bonnes mœurs, la nullité de l'exhérédation doit être encourue : il ne s'agit ici que d'appliquer les dispositions de l'article 900 du code civil, prohibant les dispositions entre vifs ou testamentaires contraires aux lois ou aux mœurs.

Dans l'arrêt du 30 septembre 2009 précédemment évoqué⁷⁰³, si l'exhérédation a bien été le motif déterminant du legs, la colère envers son fils a été celui de l'exhérédation. Plus qu'une addition, c'est d'un enchevêtrement de manifestations de volonté dont il est ici question. Indépendance et interdépendance du legs et de l'exhérédation ne sont pas contradictoires. Comme toute libéralité, le legs consenti par

⁷⁰¹ Cf. supra n° 47 et s.

⁷⁰² TGI La Roche-sur-Yon, 2 mai 1995, Juris-Data n° 1995-053286, D 1997 Jur. 13, note H. VRAY, Dr. famille 1997 p. 21, note B. BEIGNIER

⁷⁰³ Cf. supra n° 99

la défunte correspond à une intention émise par la testatrice. Ce qui peut paraître ici choquant est que l'intention principale – le motif déterminant – fut la privation de la quotité disponible revenant naturellement à son fils. D'aucuns⁷⁰⁴ ont pu juger la décision surprenante, eu égard notamment à l'importance que présentait l'exhérédation pour la testatrice, importance par ailleurs relevée par la Cour de cassation. Pourtant, s'il est vrai qu'une libéralité comporte nécessairement l'intention de gratifier, il n'est pas requis que cette intention en constitue le motif déterminant. L'intention libérale ne se confond pas avec les motifs ayant déterminé la volonté du disposant, elle est l'élément sans lequel il n'existe point de libéralité. Retenir à la fois que l'exhérédation fut le motif déterminant du consentement de la défunte et que l'intention libérale ne faisait pas défaut est tout à fait exact. Ces deux affirmations ne se contredisent pas : l'intention libérale est la cause efficiente de la libéralité, l'exhérédation sa cause finale.

Quelle aurait été la position de la Cour de cassation, si la défunte s'était contentée de priver son fils de tous droits dans sa succession, voire, ce qui ne revient pas nécessairement au même⁷⁰⁵, de limiter ses droits à sa part réservataire ? Il est traditionnellement admis en jurisprudence qu'un testament puisse ne comporter qu'une seule exhérédation, sans institution parallèle de légataire⁷⁰⁶. La cause de l'exhérédation ne se confond pas avec la cause de la libéralité qui y est éventuellement associée : il s'agit de deux manifestations de volonté bien distinctes – quoique parfois associées – dont les éléments constitutifs diffèrent et ne sauraient être assimilés.

Si la Cour de cassation rappelle très justement que « la volonté de priver un héritier réservataire de la quotité disponible n'exclut pas l'intention libérale du testateur vis-à-vis d'une tierce personne », la volonté de priver un successible de l'émolument légal est-il en lui-même contestable ? En se plaçant sur le terrain de la cause, la Cour de cassation reste dans la droite ligne de sa jurisprudence, et ce malgré une formulation confuse : il n'est point question ici de consentement – l'insanité d'esprit de la testatrice est clairement écartée par la juridiction – mais uniquement de cause, plus

⁷⁰⁴ R. MESA, note sous Cass. civ. 2^e, 30 Septembre 2009, RLDC juin 2010, art. 3858, spéc. p. 50

⁷⁰⁵ S'agissant notamment, d'une réduction en valeur de la libéralité universelle consentie : cf. supra n° 78.

⁷⁰⁶ Cf. supra n° 54 et s.

particulièrement de cause subjective. Dès lors que les motifs ayant présidé la décision du *de cuius* ne sont pas contraires à l'ordre public, à la morale et aux bonnes mœurs, l'acte doit être considéré comme valable.

En l'espèce, l'exhérédation n'était pas illicite : la défunte avait justifié sa décision en invoquant un contentieux relatif au règlement et au partage de la succession de leur père et époux, décédé quelques années auparavant. Aucune contrariété à l'ordre public et aux bonnes mœurs ne pouvant être retenue ici, l'exhérédation devait logiquement être considérée comme valable, de même que la libéralité qui y était associée.

II - Une exhérédation discrétionnaire ?

104. S'il est évident que l'exercice d'un droit subjectif influence les droits et obligations des tiers, contractants ou non, le droit français limite ces influences : l'exercice d'un droit ne permet pas de porter une atteinte excessive aux intérêts d'autres. Pourtant, certains droits, particulièrement protégés, permettent à leurs titulaires de faire prévaloir leurs prétentions par-delà, voire en contradiction avec les droits des tiers. Le droit de nuire⁷⁰⁷ est ainsi accordé à certains droits subjectifs, au détriment d'autres. Le droit de grève est typiquement le droit subjectif, pourtant générateur de nuisances parfois importantes pour les tiers, que la loi protège tout en l'encadrant.

Qu'en est-il de l'exhérédation ? Son potentiel nuisible est indéniable : en s'écartant de la dévolution légale, le disposant déjoue les espoirs de ses héritiers présomptifs. Si les successibles, tant que la succession n'est pas ouverte, ne peuvent rien solliciter du disposant, ne peuvent-ils pour autant contester les actes accomplis lorsque ceux-ci paraissent particulièrement excessifs ? Si la volonté du disposant est autonome, est-elle pour autant souveraine ?

⁷⁰⁷ Ch. ATIAS, « Le droit de nuire », D. 1997 Chr. 385 ; J. KARILA DE VAN, « Le droit de nuire », RTDCiv. 1995 p. 533.

Si l'on admet que, par principe, l'exercice dommageable⁷⁰⁸ d'un droit subjectif permet d'engager sur le fondement de l'abus de droit⁷⁰⁹, la responsabilité de son titulaire, force est de constater que fort peu de droits ne sont pas soumis à ce régime général. Pourtant, définir tant la catégorie juridique à laquelle appartiendraient ces droits absolus, discrétionnaires que leur régime juridique est totalement incertain. Qu'est-ce qu'une volonté discrétionnaire⁷¹⁰ ? Est-elle susceptible d'abus ? Autant de questions qui ont agité depuis de nombreuses années les auteurs. La catégorie des droits discrétionnaires est elle-même contestée en doctrine, voire en jurisprudence⁷¹¹, bien qu'un certain nombre d'exemples soient régulièrement évoqués. Citons pêle-mêle le droit pour un ascendant de faire opposition au mariage d'un descendant⁷¹², le droit d'acquérir la mitoyenneté d'un mur⁷¹³, le droit de solliciter le partage d'une indivision⁷¹⁴.

Plusieurs critères ont été avancés pour tenter de trouver le dénominateur commun, afin de rassembler les droits à caractère discrétionnaire dans une catégorie unique. En vain. Seules les circonstances qui entourent l'exercice du droit permettent en réalité de caractériser ou non l'abus⁷¹⁵.

⁷⁰⁸ Pour ne pas dire fautif, la faute n'étant pas toujours la responsabilité dite objective pouvant être mise en œuvre

⁷⁰⁹ Théorie rendue célèbre par l'affaire *Clément Bayard* (Cass. req., 3 août 1915, DP 1917.1.79 ; GAJC n° 62 : érection de piques de plusieurs mètres de haut dans le seul but de nuire au voisin, propriétaire de ballons dirigeables) ou l'affaire des cheminées (CA Colmar, 2 mai 1855, DP 1856.2.9 : création de fausses cheminées destinées à nuire à un voisin). Sur cette notion, M-O. GAIN, *Essai sur l'abus de droit, thèse Lille 1991*

⁷¹⁰ L. JOSSERAND, *Essai de téléologie juridique*, t 1, « De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits », Dalloz, rééd. 2006 ; J. GHESTIN, G. GOUBEUX et M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 4^e éd., 1994, spéc. n° 773 et s. ; A. ROUAST, « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », RTDCiv. 1944 p. 1 ; A. PIROVANO, « La fonction sociale des droits : réflexions sur le destin des théories de Josserand », D. 1972. Chr.67 ; D. ROETS, « Les droits discrétionnaires : une catégorie juridique en voie de disparition ? », D. 1997 Chron. 92 ; A. BENABENT, « Le discrétionnaire », *Études offertes au Professeur Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, p. 11

⁷¹¹ La Cour de cassation a pu affirmer que le refus du maître de l'ouvrage d'accepter le sous-traitant a un « caractère discrétionnaire [...] limité par un éventuel abus de droit » (Cass. civ. 3e, 2 février 2005, n° 03-15.409 03-15.482, Bull. Civ. 2005 III N° 24 p. 21)

⁷¹² Art. 173 et 179 al. 1^{er} C. civ.

⁷¹³ Art. 661 C. civ. ; Cass. civ. 3^e, 25 avril 1972, D. 1972. 660 ; JCP 1972 II 17152, note GUILLOT

⁷¹⁴ Art. 815 C. civ.

⁷¹⁵ S. ZAKI MAGDI « Le formalisme conventionnel : illustration de la notion de contrat-cadre », RIDC 1986 p. 1043, spéc. n° 129

105. *Quid* de la modification de la dévolution légale et plus spécifiquement de l'exhérédation ? La qualification même de cette modification est totalement incertaine.

Dans un domaine proche, la révocation des testaments et institutions contractuelles, la doctrine écarte, pour qualifier le droit de rétractation, la notion de « condition purement potestative » et préfère celle de « droit de repentir »⁷¹⁶. En révoquant un testament, le testateur exerce simplement ce droit de repentir. A supposer que la dévolution légale constitue le « testament présumé » du *de cuius*, une analyse identique pourrait être retenue. En ce qui concerne l'exhérédation, il semble préférable de qualifier la volonté du défunt de « faculté de choix » plutôt que de repentir : si la révocation testamentaire permet, par le repentir, d'annihiler une volonté précédemment exprimée, ce vocable ne paraît pas adapté à l'exhérédation. Celle-ci n'est pas la modification ultérieure d'une volonté précédemment exprimée par le *de cuius*, mais l'expression d'une faculté offerte par la loi de s'écarter d'un modèle simplement proposé. En exhérédant ses successibles, le disposant ne modifie pas une volonté préexistante⁷¹⁷, mais choisit soit de conserver la dévolution telle que proposée par le Code civil, soit de s'en écarter. L'exhérédation n'est pas la modification unilatérale d'un choix préexistant, mais le choix unilatéralement opéré par le disposant.

Cette faculté de choix offerte au disposant est-elle suffisante pour déterminer le caractère discrétionnaire ou non de l'exhérédation ? Il ne semble pas que ce critère soit réellement pertinent. D'une part, un droit peut être discrétionnaire, qu'il s'agisse d'un choix opéré ou de l'expression d'un repentir. D'autre part, ce n'est pas tellement l'expression d'une volonté qui permet de définir l'acte discrétionnaire, mais la faculté offerte au *de cuius* d'exprimer cette volonté malgré et au-delà des droits concurrents des tiers qui permet de caractériser un tel droit.

⁷¹⁶ D. BONNET, *Cause et condition dans les actes juridiques*, préf. P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, LGDJ, Bibl. dr. privé, tome 449, 2005, spéc. § 1046. L'auteur qualifie de « potestativité destructrice autorisée » la faculté de révocation attachée aux dispositions à cause de mort. V. également CA Paris, 16 mars 1987, D. 1987 IR 98 : les dispositions de l'article 1174 du Code civil, édictant la nullité de l'obligation contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige, ne concerne pas le testament, acte juridique unilatéral essentiellement révocable et provisoire.

⁷¹⁷ Contrairement au droit de repentir en matière de droit d'auteur (droit de faire cesser unilatéralement l'exploitation de sa création : art. L. 121-4 CPI), de droit des baux commerciaux (droit de se soustraire au paiement de l'indemnité d'éviction en offrant le renouvellement du bail : art. L. 145-58 C. com.) ou de droit de la consommation (droit de se rétracter dans les 7 jours suivant l'acceptation de l'offre : v. not. Art. L. 311-15 C. cons.).

106. Il convient en réalité de prendre le problème à rebours : avant d'inclure un acte ou un droit dans une catégorie juridique, il échet de l'exclure des catégories qui en sont le pendant négatif. C'est sans doute dans la sanction de l'acte en cause qu'il convient de chercher, afin de déterminer en particulier s'il s'agit d'un acte non contrôlé, insusceptible d'abus. Est-ce le cas de l'exhérédation ? Bien qu'il n'existe aucune jurisprudence rendue en la matière, il est possible, par analogie, d'avancer quelques arguments. En effet, la jurisprudence retient que la faculté de révoquer un testament « constitue un droit discrétionnaire exclusif de toute action en responsabilité »⁷¹⁸. En l'espèce, un disposant avait consenti à sa compagne, au su et au vu de cette dernière, le legs d'un appartement servant de domicile au couple. Dès le lendemain, le testateur a secrètement révoqué ledit testament. La Cour de cassation, désapprouvant en cela la cour d'appel qui avait condamné les héritiers légaux au paiement de dommages-intérêts eu égard aux « conditions fautives » de la révocation, a refusé toute indemnisation, retenant le caractère discrétionnaire de la révocation testamentaire.

L'exhérédation est-elle susceptible d'abus de droit ? La réponse doit indéniablement être négative, les héritiers n'ayant aucun droit concurrent ou voisin qui pourrait être heurté par le choix opéré par le défunt. Plus précisément, les héritiers présomptifs ne subissent aucun préjudice du fait d'une modification de la dévolution successorale. L'espérance déçue n'est pas suffisante pour fonder une quelconque action en responsabilité, nonobstant le comportement parfois jugé immoral du disposant. On ne saurait rendre responsable sur le fondement de l'abus de droit le disposant (ou ses héritiers) qui aurait exercé le choix que lui offre la loi : s'écarter ou non de la dévolution légale, qui n'est que proposée, non imposée. Si l'intention de nuire n'est pas toujours retenue comme critère de l'abus de droit, force est de constater que cet aspect est totalement indifférent en matière d'exhérédation, sauf lorsque cette intention révèle un défaut de consentement du disposant⁷¹⁹.

Même s'agissant des héritiers réservataires, à supposer l'atteinte à la réserve constituée par l'existence de libéralités, une sanction spécifique existe, exercée après le

⁷¹⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 30 novembre 2004, pourvoi 02-20.883, JCP G 2005 II 10179 note J-R. BINET

⁷¹⁹ Cf. supra

décès : l'action en réduction. L'héritier réservataire ne saurait revendiquer en outre une indemnisation pour le préjudice causé par les libéralités consenties par le défunt.

Si l'abus de droit ne peut être retenu, l'exhérédation est-elle au surplus susceptible de fraude, sanctionnable par l'action paulienne sur le fondement de l'article 1167 du Code civil ? Abus de droit et fraude ne présentent finalement que peu de différences, leurs finalités théoriques étant très proches. L'intention de porter atteinte aux droits concurrents des tiers est identique⁷²⁰. Seule la sanction diffère : alors que la fraude rend inopposable l'acte, l'abus de droit impose la réparation civile.

Tant que la succession n'est pas ouverte, la réponse est ici encore négative : un successible ne disposant pas de droits à opposer au défunt de son vivant, il ne saurait être question de fraude. Une action *post-mortem*, bien évidemment dirigée contre tous les héritiers serait-elle envisageable ? Théoriquement, rien ne s'y oppose. Les droits de propriété de l'héritier, déjoués par la volonté du défunt, devraient être protégés contre la fraude orchestrée. La jurisprudence elle-même a pu, un temps, être séduite par cette analyse⁷²¹. Mais cette position minoritaire est abandonnée : seul le dépassement de la quotité disponible ne peut entraîner la nullité pour fraude de la libéralité, seulement sa réduction⁷²². Et en l'absence d'héritiers réservataires, aucune sanction de l'acte consenti ne devrait être prononcée. Ceci est parfaitement normal : ne disposant pas de droits dans la succession, les héritiers non réservataires peuvent être valablement exhérédés. Ils ne sauraient prétendre avoir de droits, tant avant qu'après l'ouverture de la succession, dont l'exclusion pourrait constituer une fraude. Quant aux réservataires, disposant déjà de l'action en réduction, ils ne pourraient prouver aucun intérêt à agir.

Pourtant, dans un cas particulier, la fraude pourrait être envisagée, lorsque l'acte exhérédant ne prend pas la forme d'une libéralité. L'action en réduction est alors

⁷²⁰ « L'abus des droits, la cause illicite, la fraude et le détournement de pouvoir apparaissent comme autant de techniques de contrôle judiciaire des mobiles » (E. GAILLARD, *Le pouvoir en droit privé*, préf. G. CORNU, Economica, 1985, spéc. n° 155)

⁷²¹ V. par ex., Cass. civ. 16 juillet 1913, DP 1914.1.246 (dissimulation de donations sous couvert d'actes à titre onéreux)

⁷²² Cass. req., 11 décembre 1934, S. 1935. 1. 63 ; Cass. civ. 1^{ère}, 2 février 1971, pourvoi 69-13.778, D. 1971. 590, note J. GHESTIN, JCP 1971. II. 16926, note M. D., RTDCiv. 1971. 681, obs. R. SAVATIER ; Cass. civ. 1^{ère}, 15 décembre 1975, RTDCiv. 1976. 384, obs. R. SAVATIER, JCP N 1976. Prat. 6429

impuissante à sanctionner l'atteinte aux droits de l'héritier. Aucune action ne serait-elle elle alors ouverte à l'héritier exclu ? La jurisprudence a déjà semblé admettre l'efficacité de l'action paulienne⁷²³.

L'utilisation de cette action n'est pas en soi choquante : principe général du droit français, la prohibition des actes frauduleux doit s'imposer, en ce compris en droit successoral. Ce sont les conditions de recevabilité de l'action qui, le plus souvent, gêneront sa mise en œuvre. Dans un premier temps en effet, il incombe à celui qui prétend qu'une fraude porte atteinte à ses droits de prouver l'existence desdits droits. S'il est vrai que la jurisprudence, relativement souple, n'exige pas que la victime de la fraude prouve l'existence d'une créance certaine, liquide et exigible dont l'acte en cause n'aurait eu pour seul but que d'en empêcher le recouvrement, elle impose cependant la preuve d'un droit bafoué au moins certain dans son principe. A ce titre, la jurisprudence admet, exceptionnellement, l'action paulienne alors même que le demandeur n'avait, au jour de l'acte frauduleux, aucun principe certain de créance⁷²⁴. Cette jurisprudence pourrait-elle permettre, après le décès, l'exercice de l'action paulienne contre un acte conclu *ante mortem* ayant pour finalité le contournement des droits à réserve de l'enfant ?

La réponse doit selon nous être négative, tant que la succession n'est pas ouverte. Et la jurisprudence rendue en la matière ne permet que peu d'ouvertures en ce sens : dans chaque espèce le disposant, auteur de la fraude, était décédé avant l'introduction de l'action en justice par l'héritier bafoué, les droits successoraux

⁷²³ Cass. civ. 1^{ère}, 17 février 2010, *préc.* n° 38 *in fine* ; Cass. civ. 1^{ère}, 4 décembre 1990, Bull. Civ. I, n° 278 ; Defrénois, 1991, art. 35018, obs. G. CHAMPENOIS ; RTDCiv. 1992 p. 157, obs. J. PATARIN, dans une espèce où un père avait renoncé à une succession afin d'éviter que son propre enfant adultérin ne puisse recueillir les biens dépendant de cette succession

⁷²⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 18 février 2009, pourvoi 08-12.306, Juris-Data n° 2009-047128 : « les dispositions de l'article 1167 du Code civil peuvent s'appliquer si la créance est postérieure à l'acte litigieux dans le cas d'une fraude organisée en vue de porter préjudice à un créancier futur ». Voir déjà Cass. civ. 1^{ère}, 7 janvier 1982, Bull. civ. 1982, I, n° 4 ; D. 1982, inf. rap. p. 175 (une personne, avant de commettre un crime et de se suicider, avait fait donation de ses immeubles à sa fille unique, afin de rendre inefficace le recours ultérieur des héritiers de la future victime) ; Cass. civ. 1^{ère}, 15 février 1967, Bull. civ. 1967, I, n° 66 (une personne donnant tous ses biens avant d'emprunter).

éventuels étaient devenus actuels. *Ante mortem*, trop d'incertitudes persistent pour admettre l'ouverture de l'action paulienne⁷²⁵.

Seule une action paulienne *post mortem*, une fois l'étendue de l'atteinte déterminée et quantifiée, devrait être acquise.

107. Il convient d'ajouter que l'action paulienne ne devrait être admise lorsque l'héritier dispose d'autres voies de droit permettant de sauvegarder ses droits successoraux. Pensons en particulier à la requalification des actes en libéralités, permettant d'exercer l'action en réduction, ou la sanction du recel successora⁷²⁶. Ce n'est que dans des hypothèses où aucune libéralité ne peut être révélée que la sanction de la fraude pourra être sollicitée.

Tel pourrait être le cas du montage, souvent proposé en pratique⁷²⁷, destiné à éluder le droit de retour de l'article 738-2 du Code civil, dit « des père et mère »⁷²⁸. Droit généralement considéré comme d'ordre public, une manifestation de volonté contraire, notamment une libéralité, ne pourrait priver les parents donateurs de ce droit de retour, le transformant tout au plus en une créance contre la succession. Cependant, en présence d'une communauté universelle avec attribution intégrale au survivant, le droit de retour ne peut pas jouer, non pas en raison d'une manifestation de volonté contraire, mais parce que la succession se trouve vidée par l'avantage matrimonial. Dès lors que le bien est inclus par les époux dans la communauté suite au changement de régime⁷²⁹ et la communauté attribuée au conjoint survivant, le bien ne se retrouve pas en nature dans la succession. Dans cette hypothèse, le droit de retour s'exerce en valeur mais dans

⁷²⁵ L'héritier survivra-t-il ? Acceptera-t-il la succession ? Celle-ci ne sera-t-elle déjà pas suffisante pour le remplir de ses droits à réserve ?

⁷²⁶ Cette question s'écarte néanmoins de notre sujet : si la fraude du disposant peut permettre de caractériser le recel successoral, c'est avant tout la mauvaise foi du receleur, animé de l'intention de rompre l'égalité du partage au détriment de ses cohéritiers, qui permet de caractériser le recel. L'intention exhérédante du *de cuius* ne saurait, à elle seule, permettre de fonder le recel.

⁷²⁷ V. CORDIER, « Prévenir les difficultés liées au prédécès d'un enfant dans les libéralités », JCP N, 24 décembre 2010, 1386 ; J-Cl. Not. Form., « Changement de régime matrimonial », fasc 20, 2010, par M. MATHIEU, spéc. n° 16

⁷²⁸ Cf. supra n° 77

⁷²⁹ Et sauf clause contraire, contenant interdiction d'apport à communauté, insérée dans l'acte de donation consentie par les ascendants donateurs.

la limite de l'actif successoral⁷³⁰. Or, en présence d'une communauté universelle avec attribution intégrale, cet actif successoral est particulièrement réduit, voire nul, la masse propre du disposant marié sous le régime de la communauté universelle avec attribution intégrale au survivant étant généralement très réduite⁷³¹. *De facto*, le droit de retour des père et mère ne pourrait donc jouer, faute d'actif successoral. Si ce droit ne peut jouer, ce n'est pas en raison de l'existence d'un avantage matrimonial, mais parce que cet avantage matrimonial vide la (quasi-totalité) de la succession. Une telle technique n'est-elle pas exempte de fraude ? Il est permis de soulever la difficulté : si un certain nombre d'actes neutres⁷³² permettent de contourner la réserve héréditaire, l'absence de possibilité d'exercice d'une action en réduction devrait permettre, si les conditions en sont remplies, d'exercer l'action paulienne contre ces actes emportant exhérédation.

Il serait ainsi tentant et assez approprié de parler de droit discrétionnaire à propos de l'exhérédation. Mais ceci supposerait la catégorie juridique encadrée et définie, tant en doctrine qu'en jurisprudence, ce qui est loin d'être le cas aujourd'hui. Il nous semble préférable de définir l'exhérédation comme un droit non contrôlé : à supposer naturellement les conditions de droit commun sans lesquelles point de manifestation de volonté réunies⁷³³, aucun contrôle ne peut être accompli. La volonté du disposant est souveraine. Même la réserve héréditaire ne saurait la limiter, surtout depuis les récentes réformes législatives. La réduction des libéralités excessives n'est qu'une question d'exécution de la libéralité concernée, non son existence. Et même en cas de réduction, seule une charge d'indemniser est imposée au gratifié : la nullité de l'acte n'est plus de droit. Seule la fraude, dernier rempart contre l'arbitraire du

⁷³⁰ Art. 738-2 al. 3 C. civ.

⁷³¹ Certes, bien que la communauté universelle paraisse représenter la grande majorité des biens du défunt, elle n'a pas forcément vocation à absorber tous ses biens. Il existe en effet un certain nombre de biens ayant la nature de propres, même en communauté universelle. Il en va ainsi des propres par nature (Art. 1404 C. civ., auquel renvoie l'article 1526 du Code civil), ou des biens donnés ou légués avec clause d'exclusion de la communauté, ou encore des biens propres qui n'auraient conventionnellement pas été inclus dans la communauté. En pratique, ces biens sont le plus souvent inexistants ou d'une valeur minime.

⁷³² Cf. supra

⁷³³ Consentement, cause, objet, ces trois éléments étant différemment analysés selon la nature de l'acte envisagé : acte gratuit, neutre ou onéreux, entre vifs ou à cause de mort...

disposant, permet de sanctionner des actes qui, ouvertement, portent atteinte aux droits à réserve de l'héritier protégé sans pourtant constituer des libéralités.

Conclusion. Tant que la succession n'est pas ouverte, l'héritier présomptif n'est rien, ou presque ; il est totalement soumis à la libre volonté du disposant. Tout au plus peut-il, après l'ouverture de la succession, solliciter la réformation de l'acte qui a porté atteinte à ses droits, que ce soit en raison de l'atteinte portée à ses droits à réserve, de la fraude constituée ou d'une cause de nullité affectant l'acte d'exhérédation lui-même. Mais, aboutissement d'une longue évolution législative, jurisprudentielle et doctrinale, force est de constater que la parole de l'héritier est bien faible en comparaison de celle du disposant. Plus que d'un droit de transmettre, l'exhérédation est une liberté quasi-absolue qui lui est offerte, corollaire et suite directe de l'absolutisme du droit de propriété.

Pourtant, étrangement, une fois la succession ouverte, l'héritier dispose d'une place de choix lors du règlement de la succession. On objectera que cette position est logique puisque liée à la qualité de propriétaire qui vient d'être dévolue à l'héritier. Pourtant, l'absence de toute transmission successorale à son profit et l'absence de caractère de propriétaire ne lui font pas perdre cette qualité exorbitante. La perte totale ou partielle de l'émolument n'a aucune incidence sur le titre : bien qu'exhéréhé, l'héritier conserve la faculté sinon de diriger, du moins d'interférer dans le règlement de la succession.

Seconde partie :

Le maintien du titre d'héritier malgré l'exhérédation

108. Le titre d'héritier est en général lié à l'émolument subséquent : en l'absence de manifestation de volonté du défunt, l'héritier est à la fois propriétaire de tout ou partie des biens existants. La qualité d'héritier se cumule avec celle de propriétaire⁷³⁴. Mais l'analyse du titre – du titre seul, sans l'émolument – permet au contraire d'en révéler les qualités propres. l'émolument ne suppose pas nécessairement le titre⁷³⁵. Déconnecté de l'émolument, la plénitude du titre apparaît alors, loin de l'attraction de la propriété.

C'est en particulier en analysant la situation de l'héritier exhéréde après l'ouverture de la succession que le titre d'héritier se distingue : l'analyse « en négatif » de l'héritier privé de tout droit dans la succession permet de révéler ce qui était latent, ce qui n'apparaît pas lorsque l'héritier peut revendiquer les droits légaux que la loi lui octroie, ce qui reste lorsque tout a été enlevé. Exclu de la succession, l'héritier légal n'en continue pas moins d'exister : son titre d'héritier survit à la perte – partielle, voire totale – de l'émolument⁷³⁶. Qualité conférée à l'héritier légal, le titre est indépendant de

⁷³⁴ *Lato sensu*, étant compris sous le vocable « propriétaire » les titulaires de droits en pleine propriété ou démembrements.

⁷³⁵ J-P. SORTAIS, *Le titre et l'émolument*, préf. R. LE BALLE, LGDJ, Bibl. dr. privé, tome 29, 1961, spéc. p. 74

⁷³⁶ Cass. req., 22 juillet 1896, D 1897.1.580 ; Cass. req., 8 novembre 1932, DH 1932.585, S. 1933, 1, 281, note H. VIALLETON : « Si les héritiers non réservataires primés par des légataires universels

l'émolument et confère à son titulaire, malgré l'absence d'émolument, un certain nombre de prérogatives.

109. Pourtant, cette qualité est simplement proposée à l'héritier, elle ne saurait lui être imposée. Le successible peut toujours refuser la succession qui lui est offerte⁷³⁷. L'héritier peut, de lui-même, choisir de s'exclure de la succession, d'y renoncer. Il sera alors réputé n'avoir jamais été héritier⁷³⁸ et ne pourra ni revendiquer de droits successoraux, ni subir d'obligations liées à la qualité d'héritier⁷³⁹.

Rappelons que la renonciation à succession n'est pas une exhérédation, mais le refus par l'héritier lui-même de la qualité qui lui est offerte⁷⁴⁰ : le Code civil n'a pas repris l'ancienne notion romaine d'« héritier nécessaire »⁷⁴¹. Il est toujours loisible à l'héritier de refuser l'émolument et, partant, le titre qui lui est offert. La qualité d'héritier accordée par le titre a ceci d'étonnant que le défunt ne peut le supprimer alors qu'il peut ôter l'émolument, au contraire l'héritier en refusant l'émolument refuse

perdent l'émolument que la loi les appelait à recueillir dans la succession, ils conservent néanmoins, tant qu'ils n'y ont pas renoncé, le titre que la loi leur confère et, avec lui, tous les droits inhérents à ce titre ».

⁷³⁷ Au surplus, en cas de choix précipité, l'héritier a la faculté de revenir sur acceptation en invoquant erreur, dol ou violence, à la condition naturellement de prouver l'existence d'un vice du consentement. L'article 777 du Code civil, issu de la loi du 23 juin 2006, reprend sur ce point une jurisprudence ancienne. Si le dol (v. par ex. CA Angers, 3 novembre 2004, Juris-Data n° 2004-264387 ; Dr. famille 2005, comm. 118, obs. B. BEIGNIER) ou l'erreur dans la renonciation (v. not. Cass. civ., 24 mai 1948, D. 1948, p. 517, note R. LENOAN) étaient admis, l'erreur dans l'acceptation ne l'était pas (Cass. civ., 3 mai 1865, DP 1865.1.153). La loi de 2006 consacre sur ce point une avancée incontestable, permettant à celui qui a, par erreur, accepté une succession qui ne lui est pas favorable, d'y renoncer.

⁷³⁸ Art. 805 C. civ.

⁷³⁹ Sauf de manière ponctuelle, pour des raisons liées non pas à la nécessité d'assurer la transmission des biens du défunt, mais pour respecter sa mémoire et les liens de famille qui unissaient le *de cujus* à ses héritiers. Telle est notamment le cas des dispositions de l'article 806 du Code civil, qui permettent de mettre à la charge de l'héritier renonçant, à proportion de ses moyens, les frais funéraires de l'ascendant ou du descendant à la succession duquel il renonce. Ce texte, issu de la loi du 23 juin 2006, mais reprenant une jurisprudence plus ancienne (v. notamment Cass. civ. 1^{ère}, 14 mai 1992, Bull. Civ. I, n° 140 ; p. 95, RTDciv 1993, p. 171 note J. PATARIN ; JCP N 1993 II 137 note P. SALVAGE ; Defrénois 1992, art. 35395 n° 121 obs. J. MASSIP) permet d'assurer au-delà de la mort, le respect de l'obligation alimentaire imposée entre les membres d'une même famille (sur ce thème, v. D. DUTRIEUX, « Les frais d'obsèques », JCP N 1999, p. 1771).

⁷⁴⁰ Cf. supra n° 7

⁷⁴¹ Les héritiers nécessaires, institués par testament, ne disposaient d'aucun choix : la volonté seule du défunt faisait d'eux des héritiers testamentaires : B. SCHMIDLIN, *Droit privé romain. I, Origines et sources, famille, biens, successions*, Université de Genève, Bruylant, 2008, spéc. p. 307 ; P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, rééd. Par J.-P. LEVY, Dalloz, 2003, spéc. p. 922

nécessairement le titre y afférent⁷⁴². Le titre d'héritier s'impose au défunt, mais est proposée au successible : il n'y a pas en droit français d'héritier obligatoire⁷⁴³.

110. Étrangement, la loi ne définit pas le titre d'héritier. Pourtant, la notion existe en filigrane, derrière le concept de saisine successorale. Le titre d'héritier n'est que peu envisagé, au détriment de la saisine, notion historique, socle du droit successoral actuel. Il convient toutefois de s'abstenir de confondre ces deux notions : si tous les héritiers légaux sont saisis, tous les saisis ne sont pas des héritiers légaux. Ainsi, les légataires universels, dans une certaine mesure, sont également saisis⁷⁴⁴.

La saisine n'est à vrai dire qu'une des conséquences du titre d'héritier. Elle ne lui est certes pas propre – tous ceux qui sont saisis ne sont pas héritiers⁷⁴⁵ – mais elle lui est indispensable. Pourtant, ici encore, l'absence de définition légale de la saisine⁷⁴⁶, suscite l'interrogation. Contestée, décriée⁷⁴⁷, souvent qualifiée de « construction archaïque, déviée d'ailleurs de sa raison primitive par l'organisation qu'on lui a donnée »⁷⁴⁸, la saisine fait partie de ces institutions dont on ignore à la fois le but et les effets. Fruit de l'Histoire et résultante d'un compromis entre droit coutumier et droit écrit, la saisine a

⁷⁴² Sauf en ce qui concerne le cantonnement de l'émolument du légataire ou du donataire de biens à venir (art 1002-1 et 1094-2 C. civ.) : en cantonnant l'émolument qui lui est offert, le légataire ou donataire n'a aucune influence sur le titre choisi par le défunt. Si un légataire universel cantonne son émoulement à un seul bien, il n'en devient pas pour autant légataire particulier : il reste légataire universel, bénéficiant des droits mais également tenu aux obligations liées à cette qualité.

⁷⁴³ Même l'État, qui a vocation à recueillir la succession en l'absence de successibles (ou dans l'hypothèse où ceux-ci auraient tous été exhérés) peut choisir soit de demander l'envoi en possession de la succession en déshérence (art 811 C. civ.), devenant ainsi propriétaire des biens existants, ou de d'en prononcer la vacance (art. 809 C. civ.), n'endossant le rôle que de simple gérant (cf. infra). En pratique, la vacance est bien plus fréquente que la déshérence.

⁷⁴⁴ Art. 724, 1004 et 1006 C. civ.

⁷⁴⁵ Il en va ainsi du légataire ou de l'État ayant revendiqué l'envoi en possession d'une succession en déshérence : « C'est en vertu de sa souveraineté que l'État recueille les biens d'une succession en déshérence, l'envoi en possession qu'il est tenu de demander ayant pour effet de lui conférer la saisine, mais non la qualité d'héritier » (Cass. civ. 1^{ère}, 6 avril 1994, D. 1994, Jur. p. 505, note F. BOULANGER, RTDCiv. 1994, p. 649 et 652, note J. PATARIN ; M. H., « Nature du droit de l'État sur les successions en déshérence », JCP N 1993 I 388.

⁷⁴⁶ Art. 724 C. civ.

⁷⁴⁷ A. BONNIN, *Étude critique de la notion de saisine*, thèse Paris, 1899 ; E. VALLIER, *Le fondement du droit successoral en droit français*, thèse Paris, 1902, spéc. n° 902 ; H. VIALLETON, « La place de la saisine dans le système dévolutif français actuel », in *Mélanges P. ROUBIER*, tome 2, p. 283 ; J. MAURY, « Réquisitoire contre la saisine », in *Mélanges C. MOULY*, Litec, tome 1, 1998, p. 335 ; W. DROSS, « La saisine successorale », *Defrénois* 2004 art. 37913

⁷⁴⁸ E. VALLIER, *préc.*

pourtant été maintenue dans le Code civil et n'a subi que quelques très légères retouches au cours des réformes successorales⁷⁴⁹.

Elle est à la fois la mise en possession solennelle⁷⁵⁰ de l'héritier et l'ensemble des prérogatives subséquentes, à la fois caractéristique et effet du titre d'héritier. Saisi, l'héritier a la faculté d'appréhender seul la succession, d'exercer sans contrôle les droits et actions y afférent.

Le titre d'héritier, quant à lui, dépasse cette notion : englobant à la fois la saisine, dispense d'investiture et mise en possession des biens, mais également l'intérêt à agir contre les actes lui faisant grief. La saisine est insuffisante à expliquer toute la richesse du titre d'héritier.

Pourquoi dès lors la maintenir, alors que l'on en ignore tout et, partant, qu'elle pourrait même se révéler dangereuse ? Sa véritable utilité ne serait-elle pas plutôt dissimulée, simplement mal exprimée ? Ainsi que le souligne le Professeur BRENNER, « *ce n'est pas dire que le système actuel ne doive pas être révisé, mais les améliorations qui s'imposent sont certainement à rechercher dans une organisation et une coordination plus rationnelles de la délivrance et de l'envoi en possession plutôt que dans un abandon de la saisine, dont la fonction d'exclusion conserve, dans l'organisation moderne de la succession, tout son intérêt et sa raison d'être* »⁷⁵¹.

Cette position ne peut qu'être approuvée : l'existence d'un titre, lié à la saisine, conféré aux héritiers légaux indépendamment de leur émolument, correspond à un double besoin. Volonté de contrôle des héritiers testamentaires – avec, en contrepartie, la liberté d'appréhension de l'héritage par le successible légal – et volonté d'éviter la vacance successorale sont les deux objectifs présidant à l'investiture de l'héritier. Ainsi que le résume le Professeur DROSS⁷⁵², police de l'hérédité et administration de la succession sont les deux fonctions de la saisine.

⁷⁴⁹ La Commission de réforme du Code civil proposait toutefois de supprimer la référence à la saisine (art. 35 du projet), que le Professeur JULLIOT DE LA MORANDIERE considérant notamment cette expression comme « archaïque et [correspondant] à une notion démodée » (Travaux de la Commission de réforme du Code civil, années 1953-1954 et 1954-1955, éd. Sirey, 1957, spéc. p. 100).

⁷⁵⁰ A-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, PUF, 1989, spéc. n° 12

⁷⁵¹ C. BRENNER, « La succession », in *1804-2004 Le Code civil un passé un présent un avenir*, Dalloz, 2004, spéc. p. 448

⁷⁵² W. DROSS, « La saisine successorale », *Deffrénois* 2004, art. 37913

La crainte ancestrale des captations d'héritage (Chap. 1) d'une part et la volonté d'éviter au maximum la vacance de la succession d'autre part (Chap. 2) sont les deux piliers fondateurs du titre d'héritier. Pourtant, force est de constater que ces deux objectifs louables ne sont nullement atteints. Une étude approfondie de la mise en œuvre par le droit positif de ces deux objectifs révèle un titre inadapté qui, partant, constitue une « côte mal taillée », bien confortable à première vue, mais dont la justification et la cohérence ne résistent pas à une analyse succincte et qui pourraient susciter quelques propositions de modification.

La multiplication et l'entassement des textes, le flou des procédures et le conflit avec les autres grands principes de notre droit – en particulier le droit de propriété – font du titre d'héritier une institution archaïque et confuse. Malgré tout, dès lors que le droit refuse au *de cuius* une liberté testamentaire totale, le contrôle par l'héritier est indispensable : il évite une judiciarisation à outrance du droit des successions, créant une sorte de filtre.

Le titre d'héritier est une institution utile, dont le régime juridique nécessite un dépoussiérage certain et un repositionnement évident.

Titre 1 – Le titre d’héritier, garant de la police successorale

111. Bien que l’exhérédation puisse autant prendre la forme de dispositions tant entre vifs qu’à cause de mort, ce sont ces dernières dispositions qui concentrent la majeure partie des interrogations. Les testaments et institutions contractuelles, parce qu’ils ne prennent effet qu’à compter du décès, suscitent la méfiance : un contrôle a toujours été jugé nécessaire. Malgré le décès du testateur, les héritiers conservent la faculté de s’immiscer dans le règlement de la succession, par crainte des captations d’héritage (Chap. 1)

L’investiture du légataire ne concerne pas les actes entre vifs, à titre gratuit ou onéreux, puisque le défunt a déjà lui-même transféré la propriété du bien. Et ce même si le paiement n’intervient éventuellement qu’après son décès : il ne s’agit pas d’investir le donateur ou le vendeur, mais d’exécuter les obligations que le défunt avait, de son vivant, à sa charge⁷⁵³. Mais les actes entre vifs ne sont pas pour autant négligés : le décès du disposant ne met pas un terme aux actions visant les actes entre vifs. Les héritiers évincés ont toujours – mais parfois à des conditions plus strictes – la possibilité de contester les actes passés par leur auteur : le transfert de propriété qui résulte de l’acte ne garantit pas sa totale validité. Au-delà de l’investiture des seuls légataires, les héritiers ont la possibilité de surveiller, voire de contester, les actes entre vifs et à cause de mort, passés par leur auteur et ce même s’ils n’ont d’héritier que le titre. Cette tutelle sur les actes du défunt, offerte aux héritiers indépendamment de leur émolument, est la marque de la confiance présumée du *de cuius*. (Chap. 2).

⁷⁵³ Art. 928 C. civ. : « la donation dûment acceptée sera parfaite par le seul consentement des parties ; et la propriété des objets donnés sera transférée au donataire, sans qu’il soit besoin d’autre tradition ».

A ce but louable répond une mission d'investissement des légataires et de surveillance de la succession. Pourtant, les moyens mis en œuvre pour parvenir au résultat projeté ne sont pas adaptés et méritent une indéniable refonte.

Chapitre 1 – L’investiture du légataire : une mission

La méfiance envers les dispositions à cause de mort justifie un contrôle de la part des héritiers que l’on penserait définitivement évincés de la succession, ou tout du moins privés de tout droit dans un ou plusieurs éléments successoraux.

L’ancestrale crainte des captations d’héritages et des testaments contrefaits a incité les rédacteurs du Code civil à imposer aux légataires la vérification de leur titre. Acte secret, n’étant pas destiné à être connu avant l’ouverture de la succession, le testament suscite traditionnellement méfiance et convoitise, justifiant par là-même l’intervention des héritiers, à qui l’acte pourrait faire grief (Section 1). Pourtant, ces objectifs louables de respect de la volonté du défunt et de protection des héritiers évincés ne justifient pas totalement l’ensemble des mesures mises en place dans ce but. Tant l’envoi en possession que la délivrance de legs, puisque c’est d’eux dont il s’agit, forment une cote mal taillée, fruit du passé et d’une méconnaissance de la transmission successorale. L’exclusion de certains gratifiés spécialement préservés (Section 2) et la confusion au sein des règles existantes suscitent la critique.

Section 1 – Un contrôle à double détente

112. Les testaments sont soumis à un contrôle alternatif, dépendant à la fois de la forme du testament, de l’émolument reçu, de la personne des héritiers, réservataires ou non, ainsi que de la personne du légataire, héritier *ab intestat* ou étranger à la succession. L’ensemble forme un *corpus* quelque peu labyrinthique, voire incohérent, dont les subtilités surprennent parfois le professionnel chargé de mettre en œuvre ces contrôles.

La formalité principale est la délivrance des legs (I), formalité effectuée par les héritiers légaux eux-mêmes. Parallèlement, pour certains types de legs, une procédure judiciaire dérogatoire est prévue, l'envoi en possession (II).

Les legs consentis aux héritiers saisis, quant à eux, ne nécessitent en principe pas besoin d'un contrôle et jouissent le plus souvent d'un statut relativement confortable.

I - La délivrance de legs, formalité principale

113. Légataires particuliers et à titre universels, ne disposant pas de la saisine, sont tenus de faire vérifier leur titre auprès des héritiers légaux. Aux termes de l'article 1011 du Code civil, texte auquel renvoie l'article 1014 du même code pour les legs particuliers, « les légataires à titre universel seront tenus de demander la délivrance aux héritiers auxquels une quotité des biens est réservée par la loi ; à leur défaut, aux légataires universels et, à défaut de ceux-ci, aux héritiers appelés dans l'ordre établi au titre *Des successions* ».

Notons que l'énumération prévue par la loi correspond à la liste des héritiers saisis, mais dans un ordre spécifique. Le classement prévu par le Code civil s'harmonise avec la hiérarchie des héritiers et légataires ayant vocation à recueillir le legs objet de la délivrance dans l'hypothèse où son titulaire ne pourrait ou ne voudrait le recevoir. Il paraît en effet logique, par le biais de la délivrance, d'informer celui qui, en cas de défection du légataire, aura vocation à récupérer l'objet de la libéralité et qui a le plus intérêt à vérifier le testament pour s'assurer de sa validité. Rappelons à ce titre que les héritiers ayant renoncé à la succession ne peuvent être sollicités pour délivrer les legs: étrangers à la succession, ils ne sont plus considérés comme des héritiers⁷⁵⁴.

A titre accessoire, notons que si les légataires universels sont compris dans la liste des personnes tenues à la délivrance, s'agissant d'une étude consacrée à l'exhérédation, notre propos se concentrera exclusivement sur le sort des héritiers légaux – réservataires ou non. Mais bien évidemment, les solutions dégagées pour les

⁷⁵⁴ Cf. supra

héritiers légaux s'appliqueront, *mutatis mutandis*, aux légataires universels tenus de délivrer.

A - L'intervention nécessaire des héritiers

114. Les légataires non saisis doivent obtenir une délivrance de la part de chaque héritier saisi ; chacun devant, pour sa part, délivrer le legs⁷⁵⁵. Bien que la saisine soit considérée comme indivisible⁷⁵⁶, la délivrance ne peut être accordée par un seul des héritiers, au nom de toute la cohérite. Il s'agit en effet, on le verra, d'un acte personnel pouvant entraîner renonciation à agir en justice. Ce caractère personnel justifie donc parfaitement l'exigence d'une délivrance unanime mais individuelle par les héritiers légaux. Par tempérament, une jurisprudence ancienne admet la validité d'une demande en délivrance formée par un légataire contre quelques-uns seulement des héritiers, si ceux-ci étaient alors seuls connus du légataire⁷⁵⁷. Mais encore faut-il que ces héritiers soient inconnus, ou connus mais introuvables.

La délivrance de legs n'est soumise à aucune formalité⁷⁵⁸. Elle peut être amiable ou judiciaire. Rien n'interdit de former une demande en justice *ab initio*, sans interrogation amiable préalable ; mais cette démarche, outre le surcoût financier, est souvent une perte de temps pour le légataire, voire une mesure pouvant être considérée comme abusive, surtout en l'absence de toute opposition de principe de la part des héritiers légaux. Une demande amiable précède donc souvent une demande judiciaire.

La délivrance amiable est souvent écrite, contenue dans un acte spécifique, authentique ou sous seing privé. Si un acte authentique est souvent dressé⁷⁵⁹, celui-ci peut tout aussi bien contenir la délivrance, que rappeler une délivrance antérieurement

⁷⁵⁵ Cass. civ., 20 février 1922, D 1925.1.163

⁷⁵⁶ Cf. *supra*

⁷⁵⁷ Cass. req., 13 novembre 1855, D.P. 1856.1.185

⁷⁵⁸ V. not. Cass. req., 18 novembre 1840, DP 1841.1.17 ; Cass. civ., 4 février 1908 : S. 1908.1.319

⁷⁵⁹ Notamment pour respecter les exigences de la publicité foncière (cf. infra n° 164).

consentie⁷⁶⁰, l'acte étant alors simplement requis à des fins probatoires. La délivrance peut aussi prendre la forme d'une correspondance entre les parties⁷⁶¹, être contenue dans un autre acte⁷⁶² ou résulter d'une demande en partage⁷⁶³. Elle peut également être tacite et résulter soit du paiement volontaire du legs⁷⁶⁴ par l'héritier, soit de la mise en possession des biens sans opposition de la part de l'héritier réservataire⁷⁶⁵. La délivrance tacite peut ainsi se révéler dangereuse pour le légataire : bien qu'indépendante de l'option du légataire⁷⁶⁶, les deux opérations sont souvent liées dans la mesure où la demande en délivrance emportant acceptation du legs⁷⁶⁷. Le légataire se doit donc d'être prudent et de ne solliciter la délivrance qu'après connaissance de l'étendue tant active que passive de son legs.

A défaut de délivrance amiable, le légataire se trouvera contraint de solliciter la délivrance judiciaire de son legs. Alors que l'envoi en possession est par principe une procédure gracieuse⁷⁶⁸, la délivrance judiciaire est, quant à elle, contentieuse. Les héritiers tenus de délivrer le legs doivent donc être assignés individuellement. Ceci signifie notamment que la demande en délivrance judiciaire ne permet pas d'intenter immédiatement une action judiciaire en demande de délivrance de legs, sans avoir préalablement recherché les héritiers légaux qui, le plus souvent⁷⁶⁹, soit ne répondront pas, soit renonceront « en chaîne » à la succession. Si la délivrance judiciaire permet de

⁷⁶⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 18 novembre 1840, *préc.*

⁷⁶¹ Cass. req., 23 avril 1851, DP 1852.1.151

⁷⁶² Notamment la déclaration d'option souscrite par le conjoint survivant entre l'une des trois quotités disponibles à laquelle sont intervenus les héritiers réservataires : Cass. civ. 1^{ère}, 5 mai 1987, Bull. Civ. I, n° 143; R. 1987 p. 146 ; RTDCiv. 1988 p. 560, obs. PATARIN

⁷⁶³ Cass. req., 4 février 1908, *préc.* S'agissant d'un legs de biens indivis, la demande en partage est une demande en paiement du legs et induit donc la délivrance simultanée du legs.

⁷⁶⁴ Par exemple par la remise de la chose léguée : cf. infra

⁷⁶⁵ V. not., parmi une jurisprudence abondante : Cass. req., 18 novembre 1940, *préc.*, Cass. req., 25 janvier 1865, S. 1865.1.68 ; Cass. Civ. 1^{ère}, 18 novembre 1968, JCP 1969 II 15973, note M.D. ; 17 février 1971, D. 1971, somm. p. 141 ; 12 mai 1987, JCP N 1987, Prat. 358

⁷⁶⁶ Acceptation ou renonciation, voire, pour les légataires tenus au paiement du passif, acceptation à concurrence de l'actif net.

⁷⁶⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 26 septembre 2007, pourvoi 06-15.191, JCP N 2009 p.1094 n° 2, obs. R. LE GUIDEC ; Dr. famille 2007, comm. 225, note B. BEIGNIER.

⁷⁶⁸ Cf. infra n° 120

⁷⁶⁹ En présence notamment de legs à titre universels importants ou de legs particuliers qui représentent la quasi-totalité de l'actif successoral.

contourner la carence ou le refus des héritiers *ab intestat*, elle suppose cependant que ceux-ci soient au moins identifiés. En effet, la délivrance judiciaire doit être introduite par voie d'assignation devant le tribunal de grande instance du lieu d'ouverture de la succession⁷⁷⁰. Or, l'assignation est un acte d'huissier de justice⁷⁷¹ qui, comme tel, doit respecter les prescriptions de l'article 648 du Code de Procédure Civile. Et, ce texte impose que soient notamment indiqués les nom et domicile du ou des destinataires, ce qui les suppose donc identifiés.

Faute d'héritiers légaux, ou si ceux-ci révèlent introuvables, il convient de faire déclarer la succession vacante⁷⁷². Le Service des domaines – en tant que curateur à la succession vacante – est en effet défendeur dans toutes les actions relatives à cette succession.

B – Une formalité incontournable mais inutile

115. Ce titre volontairement provocateur révèle toute la complexité de la délivrance de legs. Héritier, défunt et légataire ne peuvent s'en détourner. Pourtant, aucune sanction particulière n'est attachée à la délivrance de legs : curieuse institution d'ordre public dont le non-respect ne peut être puni ! C'est son utilité même qui est dès lors en cause.

⁷⁷⁰ Si l'article 45 du Code de procédure civile prévoit la compétence exclusive, en matière successorale (notamment en ce qui concerne « les demandes relatives à l'exécution des dispositions à cause de mort »), du tribunal du lieu d'ouverture de la succession, la compétence matérielle du Tribunal de Grande Instance n'avait, quant à elle, jusqu'à présent pas été prévue par les textes.

La doctrine et la jurisprudence estimaient toutefois que, dans la mesure où les quelques textes du Code civil évoquant la compétence judiciaire renvoyaient tous au TGI (v. not art. 727-1, 811, 820, 821 et s., 887, 1026 du Code civil et 1355, 1359 CPC ; Cass. civ., 28 juin 1880, S. 1882.1.448 pour une délivrance de legs, Cass. civ. 1^{ère}, 28 février 2006, pourvoi 03-19.853 pour une demande en partage, la seule exception concernant les mesures conservatoires, dont la compétence étant expressément confiée au greffe du tribunal d'instance : art. 1304 s. CPC), cette compétence devait être généralisée à toutes les demandes successorales. L'article R. 211-4, 3° du Code de l'organisation judiciaire, issu des décrets n° 2008-522 du 2 juin 2008 et n° 2009-1693 du 29 décembre 2009, confirme désormais cette compétence exclusive.

⁷⁷¹ Art. 55 NCPC; Rép. Proc. Civ. Dalloz, « Assignation », 2008, par F-J. PANSIER

⁷⁷² Art. 811 C. civ. et art. 1er de l'arrêté du 2 novembre 1971 ; Cf. infra

Pourtant, il est admis que le défunt ne peut dispenser le légataire de la demande en délivrance⁷⁷³. Bien que la jurisprudence et la doctrine⁷⁷⁴ soient divisées sur la question, il convient selon nous d'admettre que le légataire qui détient par ailleurs les biens – que cette détention ait une origine antérieure ou postérieure au décès – reste tenu de demander la délivrance de son legs⁷⁷⁵. Tel est le cas notamment du locataire, du coindivisaire⁷⁷⁶. Les auteurs retenant la solution inverse⁷⁷⁷ estiment généralement que la délivrance serait ici inutile, le légataire étant déjà en possession des biens. Mais ce serait ici confondre prise de possession et investiture du légataire : la détention du bien par le légataire antérieurement au décès ne saurait le dispenser du contrôle effectué par l'héritier.

116. Reste la question du rôle des héritiers expressément exhérédés. Si un héritier, en renonçant à la succession, perd sa qualité d'héritier, l'inverse est-il envisageable : en excluant un successible, le défunt peut-il lui faire perdre sa qualité d'héritier, nécessaire à la délivrance ? Une décision ancienne semble aller en ce sens⁷⁷⁸ : en l'espèce, le défunt avait expressément privé ses héritiers légaux de tous droits dans sa succession et désigné divers légataires particuliers et à titre universel. Les héritiers légaux ont revendiqué les fruits perçus par les légataires, en l'absence de toute demande en délivrance. La cour d'appel a rejeté leur demande, estimant que l'intention du défunt était d'attribuer à ses légataires la totalité de sa succession, fruits compris. A première vue logique, cette décision n'est pas à l'abri de toute critique.

⁷⁷³ CA Chambéry, 11 mars 1884, DP 1885.2.78 ; S. 1898.1.131 (note) : « attendu que cette règle est absolue, que le testateur ne peut en affranchir et que toute disposition de sa part à ce sujet ne saurait avoir d'autre effet que de faire courir les fruits ou les intérêts de la chose léguée, dès le jour du décès, au profit de son légataire, en conformité du droit que lui réserve l'art. 1015 C. civ. ». V. également MAZEAUD et CHABAS, *op. cit.*, n° 1200

⁷⁷⁴ AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, tome 11, 5^e éd., § 718, p. 461, note 4, SOUM, *op. cit.*, n° 137; *contra* MERLIN, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, V^o Légataire, § 5

⁷⁷⁵ Rappelons que si l'héritier, connaissant cette détention, ne s'y oppose pas, la délivrance tacite est considérée comme acquise : cf. supra n° 113.

⁷⁷⁶ CA Rennes, 5 février 1894, S. 1895.2.76 ; CA Montpellier, 23 juin 1858 : S. 1859, 2, p. 536, TGI Toulon, 5 décembre 1970, Defrénois 1971, art. 29934, 2^e esp., note Ph. MALAURIE : « le fait d'être déjà en possession ne saurait dispenser le légataire universel de demander délivrance à l'héritier réservataire ». *Contra* Cass. req., 25 février 1865, S. 1865.1.88 . CA Rennes, 20 janvier 1873, D 1876.2.17

⁷⁷⁷ AUBRY et RAU, *op. cit.*, et les références citées.

⁷⁷⁸ CA Angers, 3 août 1851, DP 1851.2.155

D'une part, la cour d'appel aurait pu parvenir au même résultat – priver les héritiers légaux des fruits des biens légués – en invoquant les dispositions de l'article 1015 du code civil : le droit aux fruits de l'héritier légal⁷⁷⁹ n'est pas d'ordre public. La loi prévoit elle-même que le défunt peut attribuer les fruits au légataire dès le jour du décès. Il est vrai que le défunt doit avoir expressément manifesté une volonté en ce sens – ce qui n'était semble-t-il pas le cas en l'espèce. Mais une telle lecture aurait été moins choquante que la dispense de délivrance de legs retenue par la cour d'appel. Contrairement au droit au fruit de l'héritier, lequel n'est qu'une gratification pécuniaire et non un effet successoral, dont le successible peut valablement être privé, la délivrance de legs est une mesure de défiance envers les testaments et de protection des héritiers légaux évincés.

D'autre part, le défunt n'avait nullement, dans ses testaments⁷⁸⁰ dispensé ses légataires de la délivrance : il avait simplement mais fermement privé ses héritiers légaux de tous droits dans sa succession. La dispense de délivrance – en la supposant valable – aurait été tacite et non expresse. Puisque le défunt ne peut dispenser le légataire de toute demande en délivrance, une exhérédation expresse ne pourrait entraîner indirectement le même effet. Il serait illogique d'interdire toute dispense expresse, mais de permettre une dispense tacite, par une exhérédation expresse. Même expressément exhéredé, l'héritier doit toujours être sollicité par les légataires. Formalité d'ordre public, la délivrance de legs ne peut subir – directement ou indirectement – la volonté du *de cuius*. Tout au plus celui-ci peut-il influencer sur certains effets de la délivrance⁷⁸¹.

117. L'héritier sollicité ne saurait quant à lui refuser de délivrer le legs, sauf pour lui à renoncer à la succession, ou à contester la validité du testament. Tout au plus, même si le légataire peut solliciter la délivrance de son legs dès l'ouverture de la

⁷⁷⁹ Pour une analyse de ce texte, cf. infra

⁷⁸⁰ 15 testaments...

⁷⁸¹ Par exemple le droit aux fruits : cf. infra

succession⁷⁸², l'héritier pourrait valablement lui opposer le délai de quatre mois⁷⁸³ pendant avant l'expiration duquel l'héritier ne peut être contraint à opter. En effet, si la demande en délivrance emporte, pour le légataire, acceptation de son legs, la délivrance consentie par l'héritier entraîne également, pour ce dernier, acceptation de la succession⁷⁸⁴ et prise en charge éventuelle du passif⁷⁸⁵. Solliciter un temps de réflexion ne semble donc pas inopportun

A défaut, en cas de refus injustifié, l'héritier récalcitrant pourra être condamné au paiement de dommages-intérêts, bien évidemment dans les conditions de droit commun, c'est-à-dire si ce retard a pu causer un préjudice⁷⁸⁶. Cette position jurisprudentielle se justifie parfaitement : bien que la délivrance n'ait pas d'effet fondamental⁷⁸⁷, son abstention peut être préjudiciable au légataire, dont les droits sont encore fragiles. La peine reste cependant limitée : le simple retard n'est pas en lui-même sanctionné, seul le préjudice prouvé est sanctionnable. La jurisprudence reste ainsi fort raisonnable : un simple retard ne saurait être considéré comme fautif, d'autant plus que la délivrance de legs est un acte lourd de sens pour l'héritier évincé.

L'héritier sollicité ne saurait par ailleurs « surseoir à la délivrance d'un legs à titre universel avec faculté de choisir les biens légués, jusqu'à ce que la quotité disponible ait été déterminée »⁷⁸⁸.

⁷⁸² Cass. req., 15 mars 1927, RTDCiv. 1927, p. 510, obs. R. SAVATIER ; Cass. civ. 1^{ère}, 10 juillet 1968, Bull. Civ. I n° 211, Defrénois 1969, art. 29367, D. 1968 J 669, note BRETON

⁷⁸³ Art. 771 C. civ. Ce délai remplace, depuis le 1er janvier 2007, l'ancien délai dit « de 3 mois et 40 jours », qui permettait de faire inventaire et délibérer (anc. art. 795 C. civ.).

⁷⁸⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 15 mai 2008, pourvoi 06-19.535, Bull. Civ. n° 140, RTDCiv 2008 p. 523 obs. M. GRIMALDI, RDLC novembre 2008 p. 43 obs. J-G. MAHINGA, Defrénois 2008 art. 38818, note Ph. MALAURIE : « la délivrance d'un legs ne constitue pas un acte conservatoire, mais un acte qui, valant reconnaissance des droits du légataire et renonciation à se prévaloir des causes d'inefficacité du legs, ne peut être accompli qu'en qualité d'héritier ».

⁷⁸⁵ Sur cette question, cf. infra n° 166

⁷⁸⁶ Voir par exemple, pour une espèce particulièrement caractéristique : Cass. com. 25 janvier 1965, pourvoi 61-12.767, « La cour d'appel relève que [le légataire] a dû recourir à la voie judiciaire pour vaincre la résistance obstinée [des héritiers] qui ont par des procédés purement dilatoires, retenu l'essentiel des biens légués, que pendant près de quatre ans il a été indûment privé de la jouissance et de l'administration des biens, dont il aurait pu tirer des gains plus rémunération par une gestion personnelle et directe et qu'enfin, certains meubles légués, et notamment une voiture automobile Opel ont subi une dépréciation importante ».

⁷⁸⁷ Cf. infra

⁷⁸⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 10 juillet 1968, Bull. Civ. I n° 211, D. 1968 J 669 note BRETON ; RTDCiv. 1969 p. 157, obs. SAVATIER

Cette solution était autrefois particulièrement sévère pour l'héritier. Lorsque la réduction en nature était le principe – avant l'entrée en vigueur de la loi du 23 juin 2006 – la délivrance pouvait ainsi mettre le légataire dans une situation particulièrement délicate. Supposons un legs intégralement réductible : malgré la délivrance du legs, le légataire pouvait se voir privé du bien par l'héritier réservataire, sauf pour lui à invoquer l'une des anciennes causes de réduction en valeur des legs. L'héritier devait donc délivrer le legs⁷⁸⁹ avant de pouvoir en réclamer la restitution au titre de la réduction. Il est vrai que la Cour de cassation avait pu tempérer sa position, « *lorsque les juges du fait constatent que rien ne donne à penser que la réserve légale puisse être atteinte* »⁷⁹⁰. Il peut être donné à penser que la solution de la Cour de cassation, en présence d'une libéralité manifestement réductible – surtout en présence d'une réduction en nature – aurait été sensiblement différente.

Aujourd'hui, alors que la réduction en valeur est désormais le principe, le risque pour le légataire est bien plus faible : même si la demande en réduction intervient tardivement, après la délivrance du legs, le légataire pourra, s'il le souhaite, choisir entre l'exécution en nature ou le paiement d'une indemnité.

118. Mais qu'en est-il si le légataire omet de solliciter la délivrance de son legs⁷⁹¹ ? Ce caractère d'ordre public s'impose-t-il au légataire ? Force est de constater qu'aucune sanction n'est prévue par le Code civil, élément supplémentaire d'incertitude quant à la pertinence de la procédure.

Sous l'empire des textes antérieurs à la loi du 17 juin 2008 réformant la prescription, la jurisprudence a pu admettre que le légataire ne pouvait être déchu de son legs bien qu'aucune demande en délivrance n'ait été exercée pendant un délai de trente ans⁷⁹² ; passé ce délai, le légataire peut toujours revendiquer les biens entre les mains de tiers, sauf pour ces derniers à invoquer une prescription acquisitive contraire.

⁷⁸⁹ Voire le payer. Si la délivrance n'équivaut pas au paiement (cf. infra n° 173), les deux formalités sont souvent associées en pratique.

⁷⁹⁰ V. not. Cass. civ. 1^{ère}, 10 juillet 1968, *préc.*

⁷⁹¹ Voire, ce qui est équivalent, prend possession des biens légués sans s'assurer que les héritiers légaux en ont bien connaissance et ne s'y opposent pas.

⁷⁹² Cass. civ. 8 mai 1895, D.P. 1895.1.425 note M. PLANIOL

Des décisions plus récentes ont au contraire pu admettre, au contraire, la caducité du legs dont la délivrance a été demandée plus de trente ans après le décès⁷⁹³. Cette solution paraît choquante. Imaginerait-on qu'un légataire ayant expressément accepté son legs soit par la suite sanctionné pour ne pas avoir sollicité la délivrance de son legs, alors que celle-ci est indépendante de toute idée de propriété ou de possession⁷⁹⁴ ?

Et il n'est pas concevable de déduire du silence du légataire une éventuelle renonciation au legs : la jurisprudence retient en effet que la renonciation à un droit ne peut résulter que d'actes manifestant sans équivoque la volonté de renoncer⁷⁹⁵ et spécialement la renonciation à succession⁷⁹⁶, dont les modalités sont encadrées par les textes⁷⁹⁷. L'impératif de sécurité juridique est ici clairement bafoué : pendant 30 ans, le légataire a pu exploiter le bien légué – voire le céder à un tiers⁷⁹⁸ – avant d'en être brutalement privé. Et cette insécurité va présenter un nouveau visage en raison des modifications récentes des règles relatives à la prescription. Rappelons qu'autrefois, le délai trentenaire était particulièrement fréquent : délai de droit commun, prescription acquisitive immobilière et délai spécial d'acceptation des successions étaient tous trentenaires. Depuis l'entrée en vigueur de la loi 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, le délai de prescription de droit commun est désormais quinquennal⁷⁹⁹. La prescription acquisitive, quant à elle, reste inchangée : décennale lorsque le possesseur est de bonne foi, elle devient trentenaire dans le cas contraire⁸⁰⁰. Enfin, l'acceptation des libéralités à cause de mort⁸⁰¹ doit, depuis l'entrée

⁷⁹³ Cass. civ. 1^{ère}, 22 octobre 1975 : Bull. Civ. I, n° 293, D 1976 IR 9 ; Cass. civ. 1^{ère}, 28 janvier 1997, pourvoi 95-13.835, Bull. Civ. I n° 37, RTDCiv 1997 p. 724 obs. J. PATARIN : « cette action en délivrance du légataire à titre universel est soumise à la prescription trentenaire de l'article 2262 du Code civil ; qu'ayant relevé que cette prescription avait été invoquée et que les légataires n'avaient pas exercé leur action [pendant ce délai], la cour d'appel a retenu à bon droit que les [légataires] ne pouvaient plus se prévaloir de leur legs et qu'en conséquence les deux enfants légitimes étaient seuls propriétaires de la parcelle litigieuse ». Voir également M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 433

⁷⁹⁴ Cf. infra

⁷⁹⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 17 octobre 1984, Bull. Civ. I, n° 270, RTDCiv. 1987, p. 791, obs. PATARIN ; CA Paris 3 avril 1992 : Juris-Data n° 020736

⁷⁹⁶ A laquelle est assimilée la renonciation à un legs universel ou à titre universel : art. 724 C. civ.

⁷⁹⁷ Art. 804 C. civ.

⁷⁹⁸ Celui-ci sera vraisemblablement protégé par l'apparence.

⁷⁹⁹ Art. 2224 C. civ.

⁸⁰⁰ Art. 2272 C. civ.

en vigueur de la loi du 23 juin 2006, intervenir dans un délai de dix ans à compter du décès.

Quelle serait aujourd'hui la prescription applicable ? La prescription acquisitive de l'article 2272 du Code civil doit être écartée : le légataire n'acquiert pas la propriété par prescription, mais par le simple fait du décès⁸⁰². Et, en admettant la caducité des legs dont la délivrance n'a pas été demandée, l'héritier ne recueille pas non plus l'objet du legs par prescription acquisitive, mais en raison de la sanction frappant le légataire. Il ne s'agit pas non plus de la sanction de non-acceptation du legs : si la demande en délivrance peut emporter acceptation de la libéralité à cause de mort, il s'agit de deux manifestations de volonté bien différentes. La prescription à retenir devrait donc être quinquennale, faute de prescription spéciale préférable. Ceci signifie donc qu'à très court terme, le légataire pourra être privé de son legs, alors que les recherches destinées à retrouver les héritiers légaux⁸⁰³ – ou au moins l'un d'entre eux – sont peut-être encore en cours, sauf à considérer que l'impossibilité de trouver les héritiers dans un délai raisonnable équivaut à une impossibilité d'agir, cause d'interruption de la prescription, en application de l'article 2234 du Code civil.

PLANIOL⁸⁰⁴, commentant la décision de 1895, retient à juste titre qu'après la prise de possession par le légataire indépendamment de toute délivrance « ce n'est plus lui qui a besoin de demander la délivrance ; c'est l'héritier saisi qui doit se plaindre que cette délivrance ne lui ait pas été demandée ». La suite du raisonnement soulève néanmoins quelques difficultés. L'éminent auteur considère qu'« il naît de ce chef une action en la personne de l'héritier légitime et c'est cette action qui se trouve éteinte par la prescription libératoire ».

Quelle serait donc la nature de cette action ? Action en responsabilité ? Où seraient la faute et le préjudice ? L'absence de demande en délivrance n'interdit nullement aux héritiers légaux toute action visant à annuler le testament : l'omission du

⁸⁰¹ Tout du moins pour les légataires et donataires universels ou à titre universel : art. 724-1 et 780 C. civ.

⁸⁰² Art. 771 C. civ.

⁸⁰³ Singulièrement les collatéraux ordinaires : plusieurs mois, voire plusieurs années si ceux-ci résident à l'étranger, sont parfois nécessaires pour faire aboutir une recherche généalogique.

⁸⁰⁴ Note sous Cass. civ. 8 mai 1895, D.P. 1895.1.425, *préc.*

légataire ne les gêne nullement. Et il n'est pas évident qu'en l'état actuel des textes, l'héritier évincé puisse reprocher au légataire de ne pas l'avoir informé de l'existence du testament, ce qui l'aurait empêché d'agir en justice dans le délai idoine⁸⁰⁵. Tout au plus pourrait-on imaginer un simple report du point de départ de la prescription des actions visant à contester le testament, à condition bien entendu que l'héritier puisse prouver que le défaut de délivrance a rendu son action impossible⁸⁰⁶. Action en revendication ? L'héritier ne peut revendiquer aucun droit sur les biens dont il a été privé.

Aucune action ne semble correspondre à cette situation particulière. Et ceci nous paraît tout à fait normal : l'héritier ne peut rien reprocher au légataire négligent. La délivrance de legs n'ayant pas d'effet juridique déterminant, l'omission du légataire ne devrait être sanctionnée, tout du moins pas aussi sévèrement. La privation du legs est contestable. Il nous semble en réalité que le légataire omettant de demander la délivrance de son legs ne devrait pas être sanctionné. Rien ne justifie que le légataire soit privé de la propriété du bien légué faute de demande en délivrance : aucune cause d'expropriation ne peut être retenue ici. Cette « expropriation » sans compensation⁸⁰⁷ est choquante. Aucune cause de déchéance ne saurait par ailleurs être invoquée à l'encontre du légataire ; la délivrance étant une mesure instituée dans l'intérêt de l'héritier, c'est ce dernier qui devrait être déchu de son droit s'il ne s'est pas manifesté dans le délai requis. Admettre la solution inverse reviendrait à dire qu'en l'absence de vérification du titre par l'héritier dans un certain délai, le testament est nécessairement et automatiquement considéré comme invalide. Une telle analyse ne saurait se concevoir.

119. Quelle est donc l'utilité de la délivrance de legs, utilité justifiant le caractère d'ordre public de ce contrôle ? Il a pu être avancé⁸⁰⁸ que le caractère d'ordre public de la délivrance de legs se justifiait par la protection due à la réserve héréditaire. S'il est vrai que les légataires, en présence de réservataires, doivent toujours solliciter la

⁸⁰⁵ Cf. infra

⁸⁰⁶ Art. 2234 C. civ.

⁸⁰⁷ On imagine tout au moins que le légataire évincé, s'il s'agit d'une caducité rétroactive, sera pour le moins remboursé des dépenses engagées pendant cette période.

⁸⁰⁸ J.-Cl. Civil Code, « Art. 1004 à 1006 », fasc. unique, 1999, par L. COUPET, spéc. n° 11

délivrance de leur legs⁸⁰⁹, limiter la délivrance à cette seule justification paraît particulièrement réducteur : comment justifier l'obligation de demander la délivrance aux héritiers légaux non réservataires, voire au légataire universel ?

Il serait préférable de justifier cette formalité par la nécessité de porter l'existence du testament à la connaissance de certains héritiers privilégiés. La délivrance de legs a été créée en leur faveur : investiture du légataire par l'héritier, elle est surtout connaissance de la dévolution testamentaire.

La même justification se retrouve, s'agissant de l'envoi en possession, mesure résiduelle de vérification du titre de légataire universel.

II - L'envoi en possession, mesure résiduelle

120. Pour entrer en possession de la succession, le légataire universel qui se trouve en concours avec au moins un réservataire doit demander délivrance de son legs. N'étant pas saisi, il doit solliciter l'investiture de son legs. En l'absence d'héritiers réservataires, le légataire universel est saisi de la succession de plein droit par la mort du testateur, en application des articles 724 et 1006 du Code civil⁸¹⁰ et ne devrait donc être soumis à aucune vérification.

Cette distinction est le fruit d'une transaction entre les partisans des règles applicables dans les pays de droit écrit et les tenants des règles coutumières⁸¹¹. Alors que les pays de droit coutumier réservaient la saisine aux seuls héritiers légaux, les pays de droit écrit l'octroyaient également aux institués testamentaires. Les auteurs du Code

⁸⁰⁹ Telle était la situation étudiée par L. COUPET.

⁸¹⁰ Pendant longtemps, la saisine du légataire universel n'était prévue que par l'article 1006 du Code civil. Les rédacteurs de la loi du 3 décembre 2001 ayant souhaité clarifier les règles relatives à la transmission successorale, l'alinéa 2 de l'article 724 du Code civil précise aujourd'hui sobrement que « Les légataires et donataires universels sont saisis dans les conditions prévues au titre II du présent livre ». il ne s'agit pas d'une véritable réforme, mais d'une simple mise en conformité de l'article 1006 avec l'article 724 du Code civil.

⁸¹¹ FENET, tome 12, p. 608 et s.

civil n'ont pas souhaité favoriser un corps de règles par rapport à l'autre, préférant réaliser ce compromis⁸¹², inchangé depuis 1804.

Alors que les légataires institués par testament authentique sont dispensés de toute formalité en l'absence d'héritiers à réserve⁸¹³, la crainte de la falsification des testaments olographe a incité les rédacteurs du Code civil à imposer aux légataires institués par testament olographe l'envoi en possession de leur legs. Par dérogation, l'article 1008 du code civil impose aux légataires universels institués par testament olographe ou mystique, en l'absence d'héritiers à réserve, de solliciter l'envoi en possession de leur legs.

Cette procédure ne doit pas être confondue avec l'envoi en possession des successeurs irréguliers, catégorie qui ne comprend plus aujourd'hui que l'État revendiquant l'appréhension d'une succession en déshérence⁸¹⁴. Le but de cette procédure n'est pas, contrairement à l'envoi en possession des legs, le contrôle d'un titre qui prive les héritiers légaux de leur émolument, mais la vérification de l'absence d'héritiers préférables. Ce n'est pas tant le titre de celui qui revendique la succession qui est éprouvé, que la consistance de la cohérence qui est examinée. Ceci justifie la publicité⁸¹⁵ entourant l'envoi en possession des successeurs irréguliers, publicité inexistante pour l'envoi en possession du légataire universel, dont le but n'est pas d'informer mais de vérifier.

⁸¹² E. VALLIER, *Le fondement du droit successoral en droit français*, thèse Paris, 1902, spéc. n° 321

⁸¹³ Art. 1006 C. civ.

⁸¹⁴ Art. 811 C. civ. : lorsque l'État prétend à la succession d'une personne qui décède sans héritier ou à une succession abandonnée, il doit en demander l'envoi en possession au tribunal. La loi du 25 mars 1896 et l'ordonnance du 23 décembre 1958 ont respectivement octroyé la saisine au conjoint survivant et à l'enfant naturel, autrefois héritiers irréguliers.

⁸¹⁵ Publicité autrefois prévue par l'article 770 du Code de procédure civile et désormais régie par l'article 1354 du Code de procédure civile, issu du décret n° 2006-1805 du 23 décembre 2006.

A – Une procédure gracieuse

121. L’envoi en possession est une procédure judiciaire, dont la compétence appartient au président du tribunal de grande instance, dont la compétence s’explique historiquement.

Si l’article 1007 du Code civil impose simplement au notaire – après ouverture du testament ou dépôt au rang de ses minutes – d’en transmettre une expédition et une copie au *greffe* du tribunal de grande instance, il convient de se rappeler que tel n’a pas toujours été le cas. Avant l’entrée en vigueur de la loi du 28 décembre 1966⁸¹⁶, l’article 1007 du Code civil imposait au notaire détenteur d’un testament de le présenter au président du tribunal compétent. Celui-ci devait alors dresser procès-verbal de la présentation, de l’ouverture et de l’état du testament avant de remettre à nouveau le testament au notaire pour en faire le dépôt. La crainte de la perte du testament⁸¹⁷ avant l’établissement du procès-verbal par le président du tribunal et le dépôt par le notaire a incité les parlementaires à inverser l’ordre des opérations⁸¹⁸.

En 1804, le choix de confier l’envoi en possession au président du tribunal – à qui l’article 1007 du Code civil imposait par ailleurs de confier une copie du testament – était donc logique et constituait le pendant de l’article 1007 du Code civil.

122. L’envoi en possession est par nature une procédure gracieuse⁸¹⁹. Comme telle, elle est par principe exclusive de toute notion de contentieux, de tout litige⁸²⁰, la loi n’imposant par ailleurs aucun débat contradictoire.

⁸¹⁶ Loi 66-1012 du 28 décembre 1966 modifiant l’article 1007 du code civil relatif au testament olographe et l’article 9 de la loi du 25 ventôse an XI contenant organisation du notariat, JO 29 décembre 1966, p. 11626

⁸¹⁷ Qui est loin d’être rare en pratique... Rappelons que si la copie d’un testament ne saurait être admise, il en va autrement en cas de perte postérieure au décès, par cas fortuit ou force majeure : v. not. Cass. req., 12 juin 1882, rapp. BARAFORT ; DP 1882.1.299 ; Cass. civ., 16 mai 1923, S. 1923.1.337, note HUGUENEY ; Cass. civ. 1^{ère}, 2 mars 2004, pourvoi 01-16.001 ; Dr. famille 2004, comm. 55 note B. BEIGNIER ; RDLC 2004 comm. 246, p. 43 note J.-R. BINET ; Cass. civ. 1^{ère}, 12 novembre 2009, pourvoi 08-17.791, 08-18.898 : JCP N 2010, p. 1166, note J.-G. MAHINGA ; JCP G 2009 J 584, J.-R. BINET ; Dr. famille 2009, comm. 153, note B. BEIGNIER ; D. 2010, p. 688, note Y. DAGORNE-LABBE

⁸¹⁸ JOAN débats, 13 décembre 1966, 1^{ère} séance, p. 5461

⁸¹⁹ D. LE NINIVIN, *La juridiction gracieuse dans le nouveau code de procédure civile*, Litec 1983, spéc. p. 90

S'agissant de l'héritier exhéredé, il convient cependant de s'interroger sur sa place au sein de la procédure : n'a-t-il jamais de rôle à jouer ? En pratique, il arrive que cette procédure gracieuse dégénère en procédure contentieuse, en particulier, lorsque la validité du testament est contestée. Certes, l'envoi en possession n'a pas pour but de résoudre une question de fond : elle ne donnera lieu à aucun débat contradictoire, les héritiers n'ayant même pas à être appelés devant le président. Et l'ordonnance n'ayant pas l'autorité de la chose jugée en ce qui concerne le fond du droit, elle n'enlèvera aux parties intéressées aucun des moyens de fond ou de forme qu'elles pourraient proposer contre le testament.

Toutefois, en matière gracieuse, un tiers⁸²¹ peut valablement intervenir lors de la procédure, pour se rendre partie au procès⁸²², dès lors que celui-ci a un intérêt à agir. En outre, le président du tribunal peut décider d'entendre les héritiers légaux, dont les intérêts risquent d'être affectés par sa décision⁸²³. Une telle intervention, volontaire ou à la demande du tribunal, transformera la nature de l'instance qui, de gracieuse, pourra devenir contentieuse⁸²⁴. La jurisprudence retient dès lors que si l'ordonnance d'envoi en possession d'un légataire universel est rendue après audition du requérant et du conseil d'un héritier s'opposant à cette mesure, elle a un caractère contentieux⁸²⁵. Même si l'envoi en possession est par nature une décision gracieuse, l'élévation du contentieux reste toujours possible.

Au demeurant, la doctrine⁸²⁶ estime que le légataire peut renoncer à demander l'envoi en possession de son legs, pour en solliciter la délivrance auprès des héritiers légaux. Cette position doit être approuvée. La délivrance de legs étant plus protectrice

⁸²⁰ J.-Cl. Proc. Civ., « Matière et procédure gracieuses », fasc. 116, 2003, par D. LE NINIVIN, Y. DESDEVISES, J.-M. LE MASSON, n° 12 et s., spéc. n° 88

⁸²¹ Par exemple un héritier évincé.

⁸²² Art. 66 CPC

⁸²³ Art. 27 al. 2 CPC. Pour un exemple d'application : Cass. civ. 1^{ère}, 7 novembre 1979, RTDCiv 1980 p. 164 n° 5 note V. PERROT

⁸²⁴ Rép. Proc. Civ. Dalloz, « Intervention », septembre 2009, par G. WIEDERKEHR et D. D'AMBRA, spéc. n° 15

⁸²⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 7 novembre 1979, *préc.*

⁸²⁶ MAZEAUD, *op. cit.*, spéc. n° 1184

des intérêts des héritiers évincés⁸²⁷, le légataire peut valablement souhaiter obtenir la délivrance de son legs plutôt que son envoi en possession.

B – Une procédure indépendante de la saisine

123. Mais comment justifier l'existence d'un tel contrôle judiciaire, hors de tout contentieux ? Et ce d'autant plus que les légataires universels institués par testament authentique en sont dispensés. Il est vrai que les testaments authentiques bénéficient d'une présomption de sincérité, celui-ci faisant preuve de son contenu jusqu'à inscription de faux.

La jurisprudence rappelle de manière constante⁸²⁸ que l'envoi en possession n'a pas pour but d'octroyer la saisine au légataire universel : la loi la lui octroie déjà⁸²⁹. Certaines décisions ont pu affirmer que l'accomplissement de cette procédure permet au légataire de « réunir en sa faveur la saisine de fait à la saisine de droit » : distinction particulièrement absconse. En effet, si la saisine héréditaire est traditionnellement⁸³⁰ appelée « saisine de droit » et la possession « saisine de fait », lier les deux occulte toute l'évolution du droit des biens : la possession coutumière de l'Ancien droit est différente de la possession créée par le Code civil et dont l'essentiel des dispositions s'applique encore aujourd'hui.

124. Contrairement à ce que pourraient laisser penser la jurisprudence et une partie de la doctrine, l'envoi en possession n'est pas non plus justifié par la nécessité pour le légataire de se procurer un titre exécutoire. Des décisions jurisprudentielles

⁸²⁷ Notamment dans la mesure où l'héritier est tenu de porter le legs à la connaissance de l'héritier pour en obtenir la délivrance, contrairement à l'envoi en possession où il n'est pas nécessairement appelé.

⁸²⁸ V. par ex. Cass. civ. 28 mai 1894, DP 1894.1.86

⁸²⁹ MAZEAUD, *op. cit.*, spéc. N° 1182. *Contra*, H. PETITJEAN, *Fondement et mécanisme de la transmission successorale en droit français et en droit anglais*, préf. H. BATTIFOL, LGDJ, Bibl. dr. privé, tome 12, 1959, spéc. p. 172 : « L'envoi en possession opère comme un substitut de la saisine, pour investir ceux des successeurs qui, bien que n'ayant pas la saisine légale, sont cependant appelés à recueillir l'universalité de la succession ».

⁸³⁰ A-M. PATAULT, *préc.*, spéc. n° 15

anciennes ont pu retenir que si le légataire est tenu de se faire envoyer en possession, « *c'est afin d'obtenir un titre exécutoire qui lui permette d'appréhender les objets de la succession et de mettre la vérification de l'écriture à la charge des contestants, et non pour obtenir la saisine qui lui a été acquise par le décès du testateur* »⁸³¹.

C'est ici confondre le but et les effets. Si l'ordonnance envoyant un légataire universel en possession a pour conséquence de lui offrir un titre exécutoire, l'exigence de l'envoi en possession n'est pas justifiée par la *nécessité* d'obtenir ce titre exécutoire. L'octroi d'un titre exécutoire n'est qu'une conséquence incidente de l'envoi en possession, non sa justification.

Pourquoi, en l'absence de tout contentieux, imposer au légataire l'obligation de se procurer un tel titre ? Si le légataire entend actionner un quelconque débiteur, un titre exécutoire lui sera probablement, à ce moment là, nécessaire et il lui appartiendra alors de procéder aux démarches requises. Mais pourquoi lui imposer de s'en procurer un *a priori* ? Au surplus, lier titre exécutoire, charge de la preuve et prise de possession des biens révèle une certaine confusion. Le titre exécutoire permet de faire condamner un débiteur et non la prise de possession des biens : l'action en revendication, par exemple, ne nécessite pas la production d'un titre exécutoire, mais la preuve du droit de propriété du revendiquant. Quant à la preuve de la véracité de l'écriture, s'il est vrai que l'envoi en possession a pour effet d'inverser la charge de la preuve⁸³², il n'est pas envisageable de lier aussi formellement charge de la preuve et titre exécutoire.

⁸³¹ Cass. civ. 28 mai 1894, DP 1894.1.86. La référence au titre exécutoire sera reprise par la Cour de cassation cinq ans plus tard. Dans un arrêt de 1899, la Cour de cassation a estimé, à propos de l'envoi en possession, que « cette formalité n'est exigée que pour donner à son titre la force exécutoire et non pour conférer au légataire universel la saisine légale, qui lui est acquise dès le jour de l'ouverture de la succession » (Cass. civ., 9 janvier 1899, DP 1900.1.606). Notons toutefois que le cas soumis à la Cour de cassation dans cette dernière décision ne concernait pas directement la saisine. En l'espèce, poursuivi par l'Administration fiscale pour le paiement de droits de mutation, le légataire universel avait vainement tenté de faire reporter la date d'exigibilité des droits au jour de l'envoi en possession et non au jour du décès, date habituelle du transfert de propriété et point de départ de l'exigibilité des droits.

⁸³² Cf. *infra*

125. La doctrine⁸³³, quant à elle, a pu assimiler l'envoi en possession à « une sorte d'exequatur ». Si les deux techniques présentent de nombreuses similitudes, le raisonnement est totalement différent.

En matière d'arbitrage⁸³⁴, l'ordonnance d'exequatur est nécessaire pour donner à la sentence arbitrale la force exécutoire qui lui fait défaut, les arbitres ne détenant pas l'imperium permettant de conférer la force exécutoire à leurs décisions. A cette occasion, le juge saisi ne doit pas réaliser un examen du fond de la sentence : il procède seulement à un examen sommaire, vérifiant seulement si l'ordre public n'a pas été manifestement violé par les parties ou par l'arbitre.

Quant aux jugements étrangers⁸³⁵, la procédure d'exequatur a le plus souvent⁸³⁶ pour but de faire valoir en France la force exécutoire de la décision étrangère. Ici encore, le juge chargé de l'exequatur doit contrôler la régularité internationale du jugement. Il ne s'agit pas d'un jugement au fond mais d'un contrôle de conformité.

Dans ces deux cas, l'exequatur semble, à première vue, similaire à l'envoi en possession : le juge doit effectuer un contrôle au moins sommaire de validité de l'acte et sa décision donne à l'acte qui lui est soumis la force exécutoire qu'il n'a pas par nature. Toutefois, le raisonnement est exactement inverse : l'exequatur a pour but de conférer la force exécutoire à un acte étranger ou sous seing privé et pour appuyer sa décision, le juge doit effectuer un contrôle de conformité du document qui lui est soumis aux règles essentielles du droit français. L'envoi en possession, quant à lui, a pour but essentiel le contrôle sommaire du testament – afin d'écartier les faux testaments manifestes. Si la décision rendue dispose de la force exécutoire associée aux décisions de justice,

⁸³³ V. par ex. Ph. MALAURIE, D 1966 jurispr. 421, note sous Montpellier, 15 novembre 1965 : « l'art.1008 concernerait un faux envoi en possession, une sorte d'exequatur requis du président du tribunal et distinct des vrais envois en possession que les successeurs irréguliers doivent demander au tribunal ». L'auteur nuance cependant ses propos et ajoute, à propos de l'envoi en possession, que « son seul objet, fondamental et connu [...] est de vérifier la régularité formelle d'un testament ne présentant par lui-même aucune garantie ».

⁸³⁴ Rép. Proc. Civ. Dalloz, « Arbitrage en droit interne », 2008, par B. MOREAU

⁸³⁵ Rép. Internat. Dalloz, « Jugement étranger (matières civile et commerciale) », 2008, par P. de VAREILLES-SOMMIERES

⁸³⁶ La doctrine et la jurisprudence ont progressivement admis que des jugements étrangers puissent s'appliquer *de plano* en France, dès lors que son exécution forcée n'est pas en cause : v. Rép. internat. Dalloz, « Jugement étranger (matières civile et commerciale) », *préc.*, spéc. n° 209 et s.

l'obtention de cet effet n'est pas le but principal poursuivi par les rédacteurs du Code civil. L'envoi en possession a essentiellement pour but la vérification du titre du légataire universel. L'ordonnance ne crée pas le titre du légataire, il le confirme. L'envoi en possession est confortatif en ce sens qu'il ne fait que confirmer la vocation du légataire universel : il ne la fait pas naître. Contrairement à ce qui a pu être affirmé⁸³⁷, le légataire a bien, dès le jour du décès, un titre, que la jurisprudence qualifie de « propriété »⁸³⁸. C'est la méfiance de principe envers le testament olographe qui justifie l'exigence de l'envoi en possession. Destinée à pallier « la faiblesse de l'*instrumentum* »⁸³⁹, l'ordonnance rendue permet de parfaire le titre.

Pourtant, il est parfois admis en doctrine que l'envoi en possession n'emporte pas acceptation, la jurisprudence est en ce domaine beaucoup plus aléatoire. Si certaines décisions ont pu admettre que l'envoi en possession valait acceptation tacite⁸⁴⁰, la question reste aujourd'hui controversée et la réponse incertaine. Notons cependant que ces solutions jurisprudentielles seront probablement dans l'avenir remises en cause. En effet, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 23 juin 2006, un légataire non saisi ne devrait plus pouvoir accepter tacitement son legs, le nouvel article 782 du Code civil n'autorisant désormais cette forme d'acceptation qu'aux « successibles saisis ». Lors des travaux parlementaires, il a été admis que « la faculté d'acceptation tacite ou expresse ne doit cependant être opposable qu'aux seuls héritiers saisis, dont la reconnaissance du titre ne nécessite aucune formalité particulière – notamment pas d'envoi en possession, de délivrance de legs... –, ce qui exclut le cas des légataires autres qu'universels désignés au moyen d'un testament authentique »⁸⁴¹. Gageons que la mise en œuvre de ce nouveau texte ne manquera pas, dans l'avenir, de soulever un certain nombre d'interrogations... Quoi qu'il en soit, cette curieuse institution, permettant à un légataire universel d'invoquer le titre de légataire et d'en

⁸³⁷ LAURENT, *Principes de droit civil français*, tome 14, Durand et Pédone Lauriel, 1875, spéc. p. 18

⁸³⁸ Sur cette question, cf. infra n° 182

⁸³⁹ Ph. MALAURIE, *Droit civil : les successions, les libéralités*, Defrénois, 3^e éd., 2008, spéc. n° 535

⁸⁴⁰ V. notamment Cass. com. 2 décembre 1986, pourvoi 85-11.823, mais, en l'espèce, le légataire avait accompli d'autres actes importants sur les biens successoraux, entraînant sans équivoque acceptation tacite de la succession.

⁸⁴¹ Rapp. AN 8 février 2006 n° 2850, par S. HUYGHE, spéc. p. 85

solliciter la vérification en justice mais sans pour autant emporter acceptation tacite, ne trouve aucune justification sérieuse.

La singularité de cette procédure étonne⁸⁴², mais n'a jamais été modifiée depuis 1804. L'absence de garanties du titre olographe justifie cette procédure extraordinaire. Les autres actes sous seing privé ne sont certes pas exécutoires et souffrent de lacunes probatoires, mais leur validité n'est pas, *a priori*, soumise à un contrôle judiciaire. Le testament olographe souffre l'exception, son caractère unilatéral, preuve d'une certaine fragilité, n'y est sans doute pas pour rien.

Seule l'ancestrale méfiance envers les testaments olographes permet de fonder ces procédures : envoi en possession et délivrance de legs n'ont d'autre but que de sécuriser les transmissions testamentaires en évitant les captations d'héritage. A telle enseigne que les héritiers légaux, qui seraient par ailleurs institués légataires, en sont dispensés.

Section 2 – Un contrôle limité

Si l'on estime que la saisine successorale équivaut à une dispense d'investiture, le raisonnement devrait être le suivant : l'héritier saisi par ailleurs bénéficiaire de dispositions testamentaires (I) doit être dispensé de toute formalité complémentaire, délivrance de legs ou envoi en possession.

Cette affirmation n'est pourtant pas totalement vraie : un héritier gratifié n'est pas nécessairement avantagé et peut parfois être contraint, malgré son titre d'héritier, de solliciter l'investiture de son legs (II).

⁸⁴² Elle est parfois qualifiée de « bizarrerie » (FLOUR et SOULEAU, *Droit civil, Les successions*, Armand Colin, 2^e éd., 1987, spéc. p. 111).

I - La question du cumul des titres

126. Le fait, pour un héritier, de bénéficier de libéralités le remplissant de tout ou partie de ses droits légaux, lui fait-il perdre son titre légal ? La question, à première vue anodine, a cependant pendant bien longtemps agité la doctrine, sans qu'aucune position majoritaire ne se dégage⁸⁴³. Trois opinions s'affrontent essentiellement : le cumul des deux qualités, soutenues par LAMBERT⁸⁴⁴, la suprématie du titre testamentaire et la supériorité du titre légal. Les auteurs distinguent en outre selon que le legs est consenti en avancement d'hoirie ou par préciput, selon qu'il est consenti isolément ou que tous les héritiers sont pareillement allotis.

Notre préférence va sans conteste à la première analyse : la volonté du défunt ne saurait substituer un titre à l'autre : titulaires de deux vocations distinctes, le successible gratifié est à la fois héritier *et* légataire ou donataire. Ses deux qualités présentent un indéniable avantage : celui de pouvoir disposer de deux options distinctes. Le gratifié peut valablement accepter ses droits successoraux *ab intestat* et refuser la succession testamentaire, ou inversement⁸⁴⁵.

La question a plus spécifiquement été posée en présence de droits successoraux sujets à imputation. Qu'il s'agisse de l'imputation des libéralités sur les droits réservataires voire sur la quotité disponible ou l'imputation des libéralités et du droit au logement sur les droits successoraux du conjoint survivant, l'imputation ne constitue nullement une perte d'un titre au profit de l'autre. L'imputation est une technique de soustraction de l'émolument, non de qualification du titre. Ainsi, la Cour de cassation a pu retenir que le conjoint survivant qui exerce ses droits en sa qualité de légataire de la

⁸⁴³ A. LEUCK estimait que cette question, très controversée était, en l'absence de consensus doctrinal, résolue par ses contemporains « selon leurs options philosophiques de base » ! (A. LEUCK, *De la nature juridique de l'avancement d'hoirie*, éd. R. PICHON et R. DURAND-AUZIAS, Paris, 1967, spéc. p. 81).

⁸⁴⁴ Thèse *préc.*, spéc. n° 648-658

⁸⁴⁵ Art. 769 al. 2 C. civ.

quotité disponible la plus étendue, ne perd pas sa qualité d'héritier : les deux titres ne s'excluent pas, ils se combinent en fonction de la finalité du texte à mettre en œuvre⁸⁴⁶.

La seule véritable exception à ce principe concerne les testaments-partages. Les héritiers étant allotis en tant que copartageants et non en tant que légataires, ils ne sauraient accepter la succession et renoncer au legs, ou inversement. Les attributaires le sont en qualité d'héritiers et non de légataires (C. civ., art. 1079), les attributions sont considérées comme non rapportables mais soumises à une éventuelle action en réduction (action qui sera sans doute limitée en présence de lots égaux).

II - Une dispense majoritaire d'investiture

Le cumul des titres octroyé à l'héritier gratifié lui offre une situation particulièrement confortable. La saisine que lui concède son titre légal lui permet d'appréhender la succession sans solliciter d'investiture. Et qui peut le plus peut le moins : pourquoi dès lors lui imposer une formalité nécessaire à l'appréhension d'un élément de la succession ? Le maintien du titre d'héritier permet ainsi, par principe, à cet héritier gratifié d'appréhender les legs octroyé sans formalité particulière. Une exception est cependant retenue par la doctrine : bénéficiaire d'un legs universel : dans une telle hypothèse, l'héritier pourra être tenu de solliciter l'envoi en possession.

A - Un héritier-légataire toujours dispensé de délivrance de legs

127. La dispense de délivrance est souvent justifiée⁸⁴⁷ par l'indivisibilité de la saisine⁸⁴⁸, qui permet à un héritier d'appréhender la totalité des biens dépendant de la

⁸⁴⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 7 décembre 2005, pourvois 02-15.418 et 03-10.316, R. p. 408 ; Defrénois 2006, p. 562, note M. REVILLARD ; Dr. fam. 2006, comm. 117 note M. FARGE

⁸⁴⁷ V. par ex. Cass. civ., 29 août 1897, *préc.* ; Cass. civ. 1^{ère}, 20 mars 1984, *préc.*, TGI Nanterre, ord. 5 octobre 1984, Gaz. Pal. 1985, 1, doct. 38 obs. D. DE LA MARNIERRE.

succession. Il conviendrait selon nous d'être un peu plus précis : ce n'est pas l'indivisibilité de la saisine qui fonde la dispense de délivrance, mais la saisine elle-même. Dispense d'investiture, la saisine permet à l'héritier d'appréhender la succession sans contrôle. L'indivisibilité, quant à elle, permet à l'héritier saisi d'appréhender la *totalité* de la masse successorale, quel que soit son émolument effectif. S'il est vrai que les héritiers disposent bien d'une saisine indivisible, cette notion a surtout pour but d'opposer aux tiers tout acte accompli par un héritier. Un auteur s'interroge cependant sur « la compatibilité de cette solution avec celle selon laquelle le légataire qui n'est pas héritier et qui doit demander la délivrance est tenu de s'adresser à chacun des successeurs saisis »⁸⁴⁹. Il ne s'agit pas, selon nous, d'une incompatibilité, mais de deux questions différentes : le légataire est tenu de s'adresser à chaque héritier car la délivrance est une mesure personnelle ; l'indivisibilité de la saisine permet quant à elle d'autoriser chaque héritier à accomplir seul des actes de gestion sur les biens successoraux.

128. L'héritier réservataire par ailleurs institué légataire universel par testament authentique n'a pas besoin de solliciter la délivrance de son legs⁸⁵⁰. Et il en va de même lorsque l'héritier réservataire bénéficie de legs à titre universel⁸⁵¹ ou particuliers⁸⁵². La qualité de légataire ne lui fait pas pour autant perdre celle d'héritier légal, mais au contraire s'y ajoute.

⁸⁴⁸ Indivisibilité récemment réaffirmée en jurisprudence : Cass. civ. 1^{ère}, 30 Septembre 2009, pourvoi 08-16.601 : « c'est à bon droit que l'arrêt retient que l'article 724 du code civil consacre le principe de l'indivisibilité de la saisine héréditaire, de sorte que n'importe quel héritier a pouvoir de réclamer seul la totalité des biens successoraux à tout tiers détenteur ».

⁸⁴⁹ M. GRIMALDI, *op. cit.*, spéc. n° 423 note 81.

⁸⁵⁰ Cass. civ., 29 août 1897 : DP 1897, 1, 409, note L.S., à propos d'un legs de quotité disponible.

⁸⁵¹ V. notamment Cass. civ. 1^{ère}, 25 janvier 1978, Bull. Civ. I n°36, Journ. Not. 1979, art. 54824: « le transfert de la propriété des biens légués s'opérant au décès par le seul effet du legs indépendamment de la délivrance ». ; Cass. civ. 1^{ère}, 31 mars 1971, Bull. Civ. I n°119 : « Mais attendu qu'aux termes de l'article 724 du Code civil, les héritiers légitimes sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt, [que le fils de la défunte] n'avait pas à demander la délivrance des legs ».

⁸⁵² Voir par exemple Cass. civ. 1^{ère}, 31 mars 1971, Bull. Civ. n° 119, la solution étant régulièrement confirmée depuis.

L'héritier non réservataire est également dispensé de toute demande en délivrance, même lorsqu'il se trouve en concours avec des héritiers réservataires⁸⁵³, l'exemple le plus topique étant celui du conjoint survivant. La solution n'est pas surprenante, la présence d'héritiers réservataires n'étant pas l'élément dirimant. La délivrance de legs ne protège pas la réserve héréditaire et ce même si les héritiers à réserve figurent en première position sur la liste des successibles tenus de consentir la délivrance. L'investiture consentie par les héritiers légaux – réservataires ou non – vise à protéger la cohérence contre l'appropriation frauduleuse par un légataire indélicat et non contre une éventuelle atteinte à la réserve, dont la sanction est exclusivement la réduction.

129. La dispense est également acquise à l'héritier, et typiquement au conjoint survivant, même dans l'hypothèse où ses droits légaux se trouveraient totalement absorbés par le legs consenti. L'imputation des libéralités du conjoint survivant sur ses droits légaux⁸⁵⁴ n'entraîne pas la suppression de la qualité d'héritier, mais la réduction, voire la suppression de l'émolument théorique du conjoint.

La doctrine a, pourtant, pu hésiter sur ce point par le passé. En effet, rappelons qu'avant l'entrée en vigueur de la loi du 3 décembre 2001, le conjoint survivant ne disposait que de droits légaux en usufruit en présence des descendants, collatéraux privilégiés et ascendants du défunt. Il ne recueillait de droits en pleine propriété qu'en présence des collatéraux ordinaires⁸⁵⁵.

S'est donc posée la question de savoir si le conjoint survivant, héritier en usufruit – en particulier en cas d'usufruit partiel – détenait une saisine suffisante pour pouvoir revendiquer la dispense de délivrance de legs. Avant l'entrée en vigueur de l'ordonnance

⁸⁵³ Cass. civ. 1^{ère}, 24 novembre 1969, JCP 1970 II 16506, note M. DAGOT, D. 1969, jurispr. p. 164, rapp. DEDIEU ; Cass. civ. 1^{ère}, 29 octobre 1979, JCP N 1981 II 171, note M. DAGOT, Defrénois 1980, art. 32222, p. 326, note PONSARD ; Cass. civ. 1^{ère}, 20 mars 1984, Bull. Civ. I, no 108, RTDCiv. 1984.423, obs. J. PATARIN, Defrénois 1984. 1503, note G. CHAMPENOIS

⁸⁵⁴ Imputation anciennement prévue par l'article 767 alinéa 4 du Code civil, supprimée par la loi du 3 décembre 2001 et rétablie par l'article 758-6 du Code civil, issu de la loi du 23 juin 2006 : cf. supra n° 42

⁸⁵⁵ C'est la loi du 26 mars 1957 qui a permis au conjoint survivant de primer les collatéraux ordinaires : auparavant, il était considéré comme héritier de dernier rang. Seule la fente lui permettait, depuis 1930, de venir parfois en concours avec certains héritiers légaux.

du 23 décembre 1958⁸⁵⁶, la réponse était évidente : le conjoint survivant, successeur irrégulier donc non saisi, était tenu de solliciter l'envoi en possession de son legs, quelle que soit la nature de ses droits légaux. La question ne s'est réellement posée qu'après l'entrée en vigueur de l'ordonnance : désormais héritier saisi, le conjoint survivant pouvait-il être assimilé aux autres héritiers légaux et revendiquer l'investiture de droit offerte par la saisine successorale ? Malgré la substantielle réforme opérée par l'ordonnance de 1958, une partie de la doctrine⁸⁵⁷ a refusé d'étendre au conjoint survivant ce bénéfice particulier de la saisine qu'est la dispense de délivrance de legs. Les auteurs se retranchaient derrière l'émolument théorique du conjoint survivant : détenant essentiellement des droits en usufruit, ce dernier ne pouvait exercer la saisine sur la pleine propriété de la succession, sa saisine étant considérée comme démembrée et le conjoint étant contraint de solliciter une délivrance en nue-propriété.

Telle n'est pas la solution retenue par la Cour de cassation, laquelle retient désormais que « le conjoint survivant est, au même titre que les autres héritiers légitimes ou naturels, investi de la saisine sur l'universalité de l'hérédité et se trouve ainsi dispensé de demander la délivrance des legs qui lui ont été faits, quelle que soit l'étendue de la vocation conférée par ces legs »⁸⁵⁸. C'est sans conteste le titre d'héritier saisi qui apporte une protection au conjoint survivant et non son émolument – réel ou théorique.

B – Un héritier-légataire parfois soumis à l'envoi en possession

130. La question de l'envoi en possession des héritiers-légataires est, quant à elle, beaucoup plus épineuse et ce même si la Cour de cassation a pu retenir que cette

⁸⁵⁶ Ord. 58-1307 du 23 décembre 1958 supprimant l'envoi en possession du conjoint survivant, D. 1959 Lég. 406 note H. VIALLETON

⁸⁵⁷ E. L. BACH, « Contribution à l'étude de la condition juridique du conjoint survivant », RTDCiv 1965 p. 545, spéc. n° 32

⁸⁵⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 20 mars 1984, *préc.* Solution régulièrement confirmée depuis : Cass. civ. 1^{ère}, 20 novembre 2001, pourvoi 99-17.212, RJP 2002-1/42 obs. P.D.S.-H., Dr. fam. janvier 2002 comm. 10 note B. BEIGNIER

question ne soulevait pas une question de droit nouvelle au sens de l'article L. 151-1 du Code de l'organisation judiciaire⁸⁵⁹.

La difficulté est la suivante : si l'article 724 du code civil confère la saisine aux héritiers, l'article 1008 du code civil impose au légataire universel institué par testament olographe ou mystique de demander l'envoi en possession, sans évoquer le sort des héritiers saisis. L'envoi en possession d'un legs universel consenti à un héritier légal est-il dès lors nécessaire ?

131. Lorsque le gratifié est par ailleurs héritier réservataire, la jurisprudence estime que le légataire universel n'est pas tenu de se faire envoyer en possession⁸⁶⁰, en raison de sa saisine.

S'agissant des héritiers légaux non réservataires, la question est beaucoup plus sensible. La jurisprudence ne permet pas d'apporter de réponse sûre et la doctrine est sur ce point divisée. Naturellement, la question ne se pose pas lorsque le légataire est par ailleurs seul héritier légal⁸⁶¹. Seule l'hypothèse du concours entre héritiers évincés et héritiers institués soulève une véritable difficulté.

Certains auteurs, par précaution, exigent dans tous les cas l'envoi en possession⁸⁶², afin notamment que le titre invoqué par le légataire – le testament – soit vérifié par le juge et que les intérêts des autres héritiers, non réservataires, soient protégés. Telle était notamment la position retenue par le Conseil Supérieur Notariat dans une note datant de 1969⁸⁶³ à propos du conjoint survivant héritier et légataire universel. C'est également la solution qui a pu, à de nombreuses reprises, être retenue

⁸⁵⁹ Cass. avis, 14 juin 1993, pourvoi 09-30.006. V. P. CHAUVIN, « Le point sur la saisine pour avis », Bull. inf. C. Cass., 15 décembre 1993, p. 7. L'auteur note toutefois, de manière assez étonnante, que la question « n'a pu être tranchée par la jurisprudence (et ne le sera jamais puisque nous sommes en matière gracieuse) ». Rappelons que l'article L. 151-1 du Code de l'organisation judiciaire (devenu art. COJ depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance n° 2006-673 du 8 juin 2006) permet « avant de statuer sur une question de droit nouvelle, présentant une difficulté sérieuse et se posant dans de nombreux litiges » aux juridictions de l'ordre judiciaire de solliciter l'avis de la Cour de cassation.

⁸⁶⁰ Cass. civ., 25 mars 1889, S. 1889.1.261, DP 1890.1.117 ; Cass. civ. 1^{ère}, 29 octobre 1979, *op. cit.*

⁸⁶¹ Lui seul ayant intérêt à contester l'absence d'envoi en possession de son propre legs... Situation bien évidemment ubuesque.

⁸⁶² M. GORE, *Dalloz Action « Droit patrimonial de la famille »*, 2008, spéc. 245-32 ; FLOUR et SOULEAU, *op. cit.*, n° 172 ; M. GRIMALDI, *op. cit.*, p. 423

⁸⁶³ Bull. Cons. Sup. Not. Mars 1969, 147

par la jurisprudence⁸⁶⁴. La qualité d'héritier ne garantissant nullement ses cohéritiers quant à la validité du testament, une vérification du testament est toujours nécessaire. Le titre d'héritier ne permet nullement de présumer honnêteté et probité et le risque de falsification est d'autant plus important que le légataire était proche du défunt.

D'autres distinguent selon que le legs accroissent ou non les droits *ab intestat* de l'héritier : l'envoi en possession ne serait exigé qu'en cas d'accroissement des droits par le testament⁸⁶⁵. La solution semble avoir été retenue indirectement en jurisprudence, les tribunaux retenant parfois l'existence d'autres héritiers venant en rang utile pour imposer l'envoi en possession du legs universel consenti à un successible⁸⁶⁶.

Selon une troisième opinion enfin, la saisine constituant une dispense de contrôle, il est inutile de demander l'envoi en possession. Cette position a pu également être retenue tant en doctrine⁸⁶⁷ qu'en jurisprudence⁸⁶⁸. Les auteurs soutenant cette solution font notamment valoir que dans la mesure où le légataire-héritier n'a pas à demander la délivrance aux héritiers réservataires des legs particuliers consentis par testament olographe, il paraît difficile de se montrer plus exigeant lorsque ce légataire

⁸⁶⁴ V. par exemple CA Paris, 16 décembre 1967, D. 1968, 1, 167, note S. DE LA MARNIERE : « la nécessité du contrôle judiciaire par le président du tribunal se rattache à la nature du titre, testament olographe ou mystique, et non à la qualité personnelle du successible » ; CA Paris, 10 octobre 1959, JCP 1960. II. 11595, note P. VOIRIN, D. 1960, jurispr. p. 268, note H. VIALLETON ; CA Montpellier, 15 novembre 1965, D 1966 jurispr. 419, note Ph. MALAURIE, JCP G 1966, II, 14901, note E.S. DE LA MARNIERE ; CA Paris, 16 décembre 1967, JCP G 1968, II, 15435, note J.A., D. 1968, jurispr. p. 572, note E.S. DE LA MARNIERE ; CA Rouen, 8 janvier 1968, Gaz. Pal. 1968, 1, p. 167 ; RTDCiv. 1968, p. 572, obs. SAVATIER ; CA Lyon, 6 février 1968, D. 1968, jurispr. p. 554 ; CA Paris, 29 avril 1971, Gaz. Pal. 1971, 2, p. 439, note L.B. ; CA Paris, 30 septembre 1987, Juris-Data n° 026188

⁸⁶⁵ Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE, « L'envoi en possession et le notaire », JCP N 1994, I, 265, spéc. p. 267 ; R. BROCHARD, A. HOUIS et F. ÉLIARD, « L'investiture du légataire : envoi en possession ou délivrance de legs ? », JCP N 1996, art. 3594 p. 123, spéc. n° 22

⁸⁶⁶ TGI Bressuire, 7 septembre 1993, Defrénois 1994, art. 35716 : a été spécialement notée l'existence de cohéritiers venant en rang utile, le défunt ayant laissé, outre son conjoint institué légataire universel, des collatéraux : « à l'égard de ceux-ci, le gratifié doit faire valoir son titre qui résulte du testament olographe ; que dès lors il doit faire vérifier la validité apparente de ce titre ».

⁸⁶⁷ M. VASSEUR, « De l'inutilité en droit pour le conjoint survivant institué légataire universel et non en présence de réservataires de se faire envoyer en possession de son legs », D. 1965, chron. 31 ; P. VOIRIN, note sous CA Paris, 10 octobre 1959, *préc.* ; G. CHAMPENOIS, Defrénois 1984, art. 33432, *préc.* ; PATARIN, RTDCiv. 1984 p. 423 ; TERRÉ et LEQUETTE, *op. cit.*, n° 679, *in fine*

⁸⁶⁸ Trib. Civ. Laval, ord. 7 juin 1963, JCP G 1963 II 13369 obs. ESMEIN, à propos d'un conjoint survivant héritier légal en usufruit ; Cass. civ. 1^{ère}, 10 février 1964, D 1965 chr. 31, note M. VASSEUR ; CA Aix-en-Provence, 25 juin 1962, D. 1962. 624, JCP 1962. II. 12784, note P. VOIRIN ; CA Besançon, 11 octobre 1967, D. 1968 J 572, note E. S. DE LA MARNIERE, RTDCiv. 1968. 749, obs. R. SAVATIER ; TGI Nanterre, ord. 5 octobre 1984, Gaz. Pal. 1985, 1, doct. 38 obs. D. de LA MARNIERE

est en concours avec des héritiers non réservataires⁸⁶⁹. En faveur de la dispense d'envoi en possession, il est possible de supposer que, proches par la parenté, ses cohéritiers auront connaissance plus rapidement de l'existence du testament et auront intérêt à l'attaquer directement, plutôt que d'attendre l'envoi en possession. Cet argument n'est cependant pas déterminant : déduire de la proximité de parenté une action plus rapide ne repose sur aucun fondement juridique. Tout est affaire de circonstances. Enfin, la loi ne distinguant pas, pourquoi admettre que les héritiers réservataires puissent être dispensés de l'envoi en possession et non les autres héritiers ? La saisine des réservataires serait-elle donc préférable ? La réponse doit bien évidemment être négative : si les réservataires sont, en raison de leur droit d'ordre public, privilégiés, ils ne sont pas pour autant à l'abri d'une falsification testamentaire. Présumer que les héritiers réservataires sont plus honnêtes que les autres héritiers est inconcevable. La saisine des réservataires est la même que la saisine des non-réservataires.

132. Si, au vu de ces divergences, la prudence incite à toujours solliciter l'envoi en possession, certains auteurs estiment, dans ce cas précis, que le notaire doit en réalité se livrer à un contrôle d'opportunité sur la nécessité de demander ou non l'envoi en possession⁸⁷⁰. Bien évidemment, si cette solution doit être retenue, le choix ne doit pas être opéré par le notaire seul, mais après information détaillée des légataires.

Notre préférence va cependant à l'absence totale d'exigence d'envoi en possession. Entre délivrance et envoi en possession, il n'existe qu'une différence de procédure, non d'effet. Dans les deux cas, une vérification sommaire est imposée au légataire. Pourquoi maintenir une distinction entre les deux formalités ?

Outre les arguments en ce sens précédemment évoqués, rappelons que la frontière entre legs universel et legs à titre universel de quotité est parfois ténue⁸⁷¹ et

⁸⁶⁹ TERRÉ et LEQUETTE, *loc. cit.*

⁸⁷⁰ R. BROCHARD, A. HOUIS et F. ÉLIARD, « L'investiture du légataire : envoi en possession ou délivrance de legs ? », JCP N 1996, 3594 p. 123

⁸⁷¹ Par exemple, entre deux legs universels conjoints et deux legs à titre universel de 50 % de la succession. Et la Cour de cassation elle-même entretient le trouble, jugeant notamment que le legs universel fait à plusieurs légataires, même avec assignation de parts inégales, peut constituer un legs universel leur conférant l'aptitude à recueillir l'hérité tout entière lorsque, d'après la volonté du testateur, l'indication des parts n'a pour but que de régler l'exécution du legs où tous les appelés

leurs régimes juridiques très proches l'un de l'autre⁸⁷². Et il est parfois tentant, pour un héritier légal ainsi gratifié, de se retrancher derrière une qualification de legs à titre universel pour échapper à la fois à la délivrance de legs et à l'envoi en possession.

Plutôt que de se livrer à de telles acrobaties juridiques, il nous semble préférable de rénover ces deux procédures, de les simplifier. Par le passé, quelques tentatives en ce sens ont été amorcées. Ainsi, à l'occasion du 68e Congrès des Notaires⁸⁷³ il a été proposé la création d'un acte authentique constatant l'inexistence d'héritiers à réserve, comportant « en outre comparution du ou des légataires universels attestant sous leur responsabilité que le testament a bien été écrit de la main du testateur et reconnaissant, sous leur responsabilité également, que ses termes doivent être interprétés comme une désignation de légataire universel ». Et un auteur a suggéré la signification de cet acte auprès des héritiers évincés, afin qu'ils soient en mesure de connaître le testament et le légataire universel⁸⁷⁴.

Il nous semble préférable, au vu de la faible utilité des procédures tant d'envoi en possession que de délivrance de legs, d'adopter une position plus radicale encore.

viendraient en concours (Cass. req. 10 juillet 1905, DP 1906.I.397). Le recours à l'insaisissable (voire divinatoire...) appréciation souveraine des juges ne saurait satisfaire.

⁸⁷² La seule différence concerne la possibilité d'accroissement : si le légataire à titre universel voit sa vocation successorale cantonnée, le légataire universel profitera plus largement de la renonciation ou de l'incapacité d'un colégataire.

⁸⁷³ 68^e Congrès des Notaires, *Du règlement des successions ; méthodes et perspectives*, Vittel, Librairies Techniques, 1971, t. 1, spéc. p. 41

⁸⁷⁴ J.-Cl. Civil Code, « Art. 1004 à 1006 », fasc. unique, 1999, par L. COUPET, spéc. n° 97

Chapitre 2 – L’investiture du légataire : une formalité stérile

Force est de constater que l’investiture du légataire par l’héritier ou par le juge ne garantit aucunement la validité de la libéralité consentie : l’investiture n’a pas pour effet de valider définitivement le legs.

Il s’agit au contraire d’une mesure essentiellement tournée vers l’héritier, instaurée dans son intérêt. L’investiture du légataire – et spécialement la délivrance de legs – a essentiellement pour effet de porter la libéralité testamentaire à la connaissance de l’héritier (Sect. 1), afin que celui-ci puisse éventuellement le contester (Sect. 2).

Section 1 – Un intérêt limité : la connaissance du testament

Le titre d’héritier en lui-même ne garantit nullement une connaissance de l’acte – quelle que soit sa nature – qui l’exhère.

Excepté les legs soumis à l’obligation de délivrance, les héritiers légaux ne peuvent que difficilement imposer aux gratifiés cette communication, afin de pouvoir apprécier, valider ou contester la volonté du défunt : il n’y a pas d’unité dans les modalités de révélation des actes consentis par le défunt aux héritiers exhérés.

I – La révélation par le gratifié de la libéralité consentie

Outre la demande en délivrance, le gratifié est parfois incité par les textes mêmes à révéler aux héritiers légaux l’existence de la libéralité à lui consentie. Tel est notamment le cas en présence d’héritiers réservataires : la crainte de la remise en cause

de la libéralité, en nature ou en valeur, peut inciter le gratifié à en révéler l'existence aux héritiers légaux. Plus radicale encore, la sanction du recel successoral sanctionne efficacement la dissimulation.

A - La réduction des libéralités, incitation à la révélation

133. Bien qu'incité à révéler l'existence des libéralités consenties, le gratifié n'est pas à proprement parler sanctionné en cas de non-révélation. Pourtant, la méconnaissance par l'héritier de la libéralité portant atteinte à ses droits à réserve entraîne une certaine insécurité juridique. Tant que l'héritier n'a pas fait connaître sa décision de solliciter la réduction de la libéralité consentie, le gratifié ignore l'étendue de ses droits réels. Et la loi de 2006 a quelque peu compliqué les règles applicables en la matière, dans un souci de protection de l'héritier.

La prescription de l'action en réduction est désormais « flottante », son point de départ dépendant de la connaissance ou non de l'existence de l'atteinte à la réserve. L'article 921 du Code civil précise aujourd'hui que la prescription de l'action en réduction des libéralités excessives « est fixé à cinq ans à compter de l'ouverture de la succession, ou à deux ans à compter du jour où les héritiers ont eu connaissance de l'atteinte portée à leur réserve, sans jamais pouvoir excéder dix ans à compter du décès ». L'ignorance de l'existence d'une libéralité excessive a donc pour effet à la fois de modifier le délai d'action, le *dies a quo* et le *dies a quem* de l'action en réduction. Si le gratifié n'est pas tenu d'informer les héritiers *ab intestat* de l'existence de la libéralité qui lui a été consentie, une telle information présente un indéniable avantage : celui de pouvoir bénéficier de la prescription quinquennale⁸⁷⁵ prévue par le texte.

⁸⁷⁵ On objectera que la prescription biennale est plus courte – donc plus favorable au gratifié – que la prescription quinquennale. Néanmoins, cette prescription ne court qu'à compter de la connaissance et au maximum dix ans après le décès, pendant ces dix années le gratifié va se trouver dans une situation inconfortable, dans l'ignorance d'une éventuelle action en réduction.

B - Le recel successoral, sanction de la dissimulation

134. Par ailleurs, certains gratifiés sont incités par les textes à avertir les héritiers légaux de l'existence de la libéralité qui leur a été consentie. Cette information leur permet d'éviter les sanctions du recel successoral, prévu par l'article 778 du code civil⁸⁷⁶. Mais ces sanctions ne présentent pas de totales garanties pour l'héritier exhérédé.

D'une part, seuls les héritiers qui viennent effectivement à la succession⁸⁷⁷ peuvent se prévaloir de l'existence d'un recel à l'encontre d'un cohéritier : l'héritier légal totalement exhérédé⁸⁷⁸, ne prenant pas part au partage de la succession, est exclu.

D'autre part, ne peuvent être condamnés au titre du recel successoral que les héritiers et gratifiés susceptibles de venir au partage de la succession en vertu d'un titre universel⁸⁷⁹, soit les héritiers légaux, les institués contractuels, les légataires universels ou à titre universel. Sont exclus de cette catégorie de très nombreux gratifiés à titre particulier, tiers à la succession⁸⁸⁰. La jurisprudence refuse également la condamnation des gratifiés à titre particulier qui, bien qu'étant héritiers *ab intestat*, ne viennent pas effectivement à la succession, soit en raison de leur renonciation, soit de leur indignité, soit enfin de leur propre exhérédation⁸⁸¹. En ce qui concerne cette dernière exclusion, n'est naturellement visée que l'exhéredation totale de l'héritier : une exclusion simplement partielle ouvrira droit à condamnation au titre du recel. Seule l'exhéredation

⁸⁷⁶ Anc. art. 792 du Code civil, dans sa rédaction antérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 23 juin 2006.

⁸⁷⁷ Ce que n'est pas le successible ayant perdu sa qualité d'héritier à l'expiration du délai de prescription : Cass. civ. 1^{ère}, 28 janvier 2009, pourvoi 07-19.573, RJP 2009-4/38 obs. F. SAUVAGE, Dr. fam. Avril 2009 comm. 47 note B. BEIGNIER

⁸⁷⁸ CA POITIERS, 13 Août 1998, Juris-Data 1998-056145

⁸⁷⁹ V. par ex. Cass. civ. 1^{ère}, 5 janvier 1983, pourvoi 81-16.655, Bull. Civ. I n° 10, à propos d'un legs universel de quotité disponible ; 11 octobre 1988, Bull. Civ. I, n° 287, D. 1990 p. 1, note A. BRETON, JCP 1989. II. 21321, obs. E. S. DE LA MARNIERRE, à propos du conjoint survivant, légataire particulier et héritier légal en usufruit. Les peines du recel lui sont applicables, même si son legs s'impute sur ses droits légaux (anc. art. 767 C. civ.) et les absorbe.

⁸⁸⁰ V. not. TGI Paris, 17 novembre 1973, Journ. not. 1974, art. 51643 ; Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} avril 1981, pourvoi 80-11.385, Bull. Civ. I, n° 118, JCP 1981 IV 224

⁸⁸¹ Cass. req., 29 juin 1904, DP 1904.1.486, rapp. MARGNAN ; CA Orléans, 13 octobre 1948, Gaz. Pal. 1949.1.28 et sur pourvoi Cass. civ., 26 décembre 1951, JCP G 1952 II 6923, note R. CAVARROC ; RTDCiv 1952 p. 248 obs. R. SAVATIER ; Cass. civ. 1^{ère}, 3 décembre 1996, pourvois 94-13.744, 94-13.848

totale exclut l'héritier du droit de venir au partage de la succession, condition essentielle du recel successoral.

Ces exclusions, bien que choquantes à première vue, sont en réalité fort logiques car s'inscrivant dans un système de sanction basé sur une répartition inégale de l'actif et du passif, à titre de condamnation. Ne sont en réalité concernés par les sanctions du recel que les héritiers et légataires universels ou à titre universel, qui sont par ailleurs bénéficiaires de libéralités entre vifs ou qui entendent indûment bénéficier d'un surplus de droits successoraux. La volonté du défunt de priver un héritier de ses droits successoraux a pour conséquence la privation pour ce dernier du droit de revendiquer la sanction du recel commis par un cohéritier. Ne pouvant prendre part au partage, l'héritier totalement exclu ne présente aucun intérêt à agir en recel successoral.

135. Quant à l'objet du recel, la jurisprudence est sur ce point particulièrement souple. La nature de l'acte importe peu, seule compte l'intention de rompre l'égalité entre cohéritiers. Le recel est constitué notamment par la dissimulation d'une donation rapportable ou réductible⁸⁸², d'une libéralité imputable sur les droits du conjoint survivant⁸⁸³. Une exception existe cependant : si la jurisprudence a pu un temps sanctionner sur le fondement du recel la dissimulation d'une libéralité ni rapportable ni réductible, dès lors que ces libéralités « constituent un élément dont il doit être tenu compte dans la liquidation de la succession et qui peut influencer sur la détermination des droits des héritiers »⁸⁸⁴, mais est depuis revenue à plus de rigueur. Ne peut être sanctionnée sur le fondement du recel que la dissimulation d'une libéralité rapportable ou réductible⁸⁸⁵.

⁸⁸² V. par ex. Cass. civ., 21 mars 1894, DP 1894.1. 345, rapp. MONOD ; Cass. civ., 14 avril 1897, DP 1897.1.287, Cass. civ. 1^{ère}, 14 janvier 1981, n° 79-13.536, Bull. Civ. I n° 18. Solution désormais prévue par l'article 778 du Code civil, issu de la loi du 23 juin 2006.

⁸⁸³ Cass. civ., 8 février 1898, DP 1899.1. 153, note L. SARRUT

⁸⁸⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 30 mai 1973, pourvoi 72-11.746, Bull. Civ. I n° 188, Defrénois 1974, art. 30499, note A. BRETON, à propos d'une donation précipitaire ; Cass. civ. 1^{ère}, 9 juillet 1989, no 88-11.323, Bull. Civ. I, n° 300, RTDCiv. 1992 p. 424, obs. J. PATARIN, Defrénois 1989, art. 34633, obs. G. CHAMPENOIS, à propos d'une libéralité dispensée de rapport et inférieure à la quotité disponible.

⁸⁸⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 26 janvier 2011, pourvoi 09-68.368, Dr. Fam. 2011, comm. 38, note B. BEIGNIER

Si le recel peut être constitué par la production d'un faux testament⁸⁸⁶, voire par la destruction ou la dissimulation d'un testament instituant un tiers légataire universel ou à titre universel⁸⁸⁷ l'absence de production d'un véritable testament par le légataire ne saurait être sanctionné sur ce fondement. Le receleur est en effet condamné pour avoir détourné un effet de la succession, non pour s'être abstenu de réclamer son dû.

Depuis quelques années, se pose avec acuité la question de la révélation des contrats d'assurance-vie aux héritiers qui n'en sont pas les bénéficiaires : les bénéficiaires ont-ils l'obligation de révéler d'eux-mêmes l'existence de ces contrats ?

Rappelons-le, les contrats d'assurance-vie sont par nature des stipulations pour autrui – et non des libéralités – qui sont exclues de la succession du souscripteur⁸⁸⁸. Une des seules exceptions⁸⁸⁹ notables est la prise en compte des primes manifestement exagérées : lorsque les primes sont excessives, elles sont soumises au rapport et à la réduction, le cas échéant. Les primes des contrats d'assurance-vie bénéficient donc d'un régime successoral bien spécifique : ce n'est qu'en cas d'excès patrimonial que les primes seront requalifiées en libéralités et que leur excès successoral pourra éventuellement être sanctionné⁸⁹⁰.

⁸⁸⁶ Par ex. Cass. civ. 15 avril 1890, DP 1890.1.437 ; Cass. req. 5 février 1895, DP 1895.1.200 ; Cass. civ. 1^{ère}, 4 décembre 1990, Bull. Civ. I n° 282 (en l'espèce, la production du faux testament n'a pas été jugée comme constituant un recel : ce faux testament ne pouvait avoir aucun effet, la quotité disponible ayant été entièrement absorbée par des libéralités antérieures irrévocables), Cass. civ. 1^{ère}, 5 mars 2002, pourvoi 00-16.848, Juris-Data n° 2002-013458 ; JCP N 2002, n° 22, en bref n° 101 ; Cass. civ. 1^{ère}, 30 septembre 2009, pourvoi 08-15.007

⁸⁸⁷ M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 473

⁸⁸⁸ Art. L. 132-12 C. ass. ; cf. supra n° 30 et s.

⁸⁸⁹ Notons qu'il existe une autre hypothèse de prise en compte successorale des contrats d'assurance-vie : il s'agit de la récupération des aides sociales accordées au souscripteur. Les primes versées seront tantôt requalifiées en libéralités afin de les soumettre à la récupération sur donation (v. l'arrêt de principe CE, sect., 19 novembre 2004, Roche, JCP N 1207 Ccl Ch. Devys, RJP 3/57 p. 25 obs. Ph. Delmas Saint-Hilaire, très régulièrement confirmé depuis et applicable aux aides récupérables sur donation, en vertu de l'article L. 132-8 du Code de l'Action Sociale et des Familles), tantôt intégrées directement à l'actif successoral, avant l'exercice du recours sur succession (art. D 815-6 du Code de la Sécurité Sociale, applicable aux titulaires de l'allocation de solidarité aux personnes âgées).

⁸⁹⁰ Le fait que des primes soient jugées excessives ne signifie pas nécessairement qu'elles seront de ce fait automatiquement réduites ! Comme toutes libéralités, elles ne seront soumises à la réduction qu'en cas de dépassement de la quotité disponible, dans les conditions de droit commun.

Pendant longtemps, la question du recel des assurances-vie ne s'est posée que timidement en doctrine et en jurisprudence⁸⁹¹. La Cour de cassation a finalement commencé à prendre parti sur la question en 2007⁸⁹², naturellement dans des hypothèses où le bénéficiaire était par ailleurs héritier légal, débiteur éventuel du rapport ou de la réduction. La Haute juridiction a pu estimer que la non-révélation par un héritier d'un contrat d'assurance-vie souscrit à son profit n'était pas, en elle-même constitutive d'un recel successoral, dès lors que les primes versées n'étaient pas exagérées.

A contrario, en présence de primes manifestement exagérées, le bénéficiaire devrait être tenu de révéler l'existence du contrat, pour ne pas encourir les peines du recel. Or, dans la grande majorité des cas, le gratifié aura bien des difficultés à déterminer lui-même si les primes sont manifestement exagérées. La jurisprudence n'ayant jamais fixé de seuil précis à partir duquel une prime est considérée comme manifestement exagérée, l'appréciation de ces divers critères posés par la jurisprudence depuis de nombreuses années s'apprécie au cas par cas⁸⁹³.

En l'état actuel de la jurisprudence, pèse sur le bénéficiaire du contrat d'assurance-vie la responsabilité d'estimer si les primes versées par le défunt sont ou non excessives et si le risque de condamnation au titre du recel en cas de non-révélation est important. Bien évidemment son attitude sera prise en compte au titre de l'élément intentionnel du recel : le silence gardé par le bénéficiaire ne vaut pas nécessairement intention de frustrer ses cohéritiers. Deux attitudes sont, à l'heure actuelle, concevables : soit tout révéler, soit ne rien dire en espérant que les primes ne soient jamais jugées excessives.

⁸⁹¹ CA Paris, 29 septembre 1998, Juris-Data n° 1998-022881

⁸⁹² Cass. civ. 1^{ère}, 12 décembre 2007, Juris-Data 2007-041976 ; Bull. Civ. 2008, I, n° 391, RTDCiv. 2008, p. 135, obs. M. GRIMALDI ; JCP G 2009, I, 109, n° 4, obs. R. LE GUIDE. Solution confirmée par les arrêts Cass. civ. 1^{ère}, 4 juin 2009, pourvoi 08-15.093, Bull. Civ. I n° 123, Dr. fam. septembre 2009 p. 32 obs. B. BEIGNIER, Resp. civ. et assur. 2009 ét. 12 note Ph. PIERRE ; 17 Mars 2010, pourvoi 09-10.168 ; CA Montpellier, 12 Janvier 2010, Juris-Data : 2010-002686 ; CA Bordeaux, 10 mars 2011, décision 09/05214. Mais le recel n'a été retenu dans aucune de ces décisions, soit parce les primes n'étaient pas manifestement exagérées, soit en raison de l'absence de preuve d'intention frauduleuse de porter atteinte à l'égalité du partage.

⁸⁹³ Cf. supra n° 30

Le domaine d'application du recel successoral, tant en ce qui concerne le demandeur que le défendeur, était particulièrement restreint, la non-révélation aux héritiers légaux n'est finalement que peu sanctionnée. Sur le gratifié ne pèse que rarement l'obligation de révéler l'existence de la libéralité qui lui a été consentie.

Si aucune obligation – sauf hypothèse du recel – d'information de l'héritier exhéréde ne pèse sur les gratifiés, les héritiers peuvent-ils demander communication de l'acte qui les exhérede ?

II – La communication à la demande des héritiers évincés

Si les héritiers peuvent se faire communiquer un certain nombre d'actes passés par leur auteur, ici encore aucune règle générale ne se dessine. Le titre d'héritier est parfois suffisant, parfois inutile, voire totalement inefficace.

A – La communication des actes entre vifs

136. Les héritiers ont-ils la possibilité d'obtenir communication des libéralités les exhéredant ? S'agissant des actes entre vifs, à titre gratuit ou neutres, ils peuvent naturellement solliciter en justice une telle communication. Si le juge – éventuellement saisi d'une demande en nullité de ces actes – peut bien évidemment ordonner toute mesure permettant d'obtenir communication des éléments nécessaires, les héritiers ne peuvent d'eux-mêmes revendiquer une telle information.

Par ailleurs, les héritiers étant les continuateurs de la personne du défunt, ils ont qualité pour être informés de l'ensemble des opérations bancaires effectuées par leur auteur prédécédé, et de se faire communiquer ses relevés de comptes bancaires⁸⁹⁴.

⁸⁹⁴ V. par ex. TGI Paris, 10 juillet 1991, D. 1993, somm. p. 55, obs. VASSEUR ; indirectement CA Paris, 1^{er} juillet 2003, RTDCom. 2004 p. 136 note M. CABRILLAC et D. LEGAIS et Cass. com. 5 octobre 2004, BRDA 20/2004 n° 18.

Naturellement, la simple mention des transferts de fonds ne permet pas de préjuger de la qualification juridique – donation, prêt, etc. – dudit transfert, mais apporte au moins aux héritiers quelques éléments à l'appui par exemple de leur demande en nullité. Cette solution est néanmoins contestée, en particulier lorsque les héritiers ne sont pas réservataires.

Enfin, les actes soumis à publicité obligatoire à fin d'opposabilité ou d'information des tiers – essentiellement les transferts de biens soumis à publicité foncière – doivent être communiqués aux héritiers du défunt, à leur demande. Aucun intérêt à agir ne doit être invoqué : la simple interrogation du fichier concerné suffit. L'article 2445 du Code civil retient simplement que les documents hypothécaires doivent être remis « à tous ceux qui le requièrent ».

B - La communication des actes à cause de mort

137. S'agissant des actes à cause de mort, la réponse doit être nuancée, tant la doctrine et la jurisprudence sont divisées sur cette question.

L'essentiel des débats relatifs à la communication des actes passés par le défunt s'est focalisé sur la communication des testaments. De par leur vocation potentiellement universelle, ce sont les actes dont les effets exhérédant sont le plus à craindre. Et le caractère secret qui entoure son élaboration ne peut qu'attiser la curiosité – plus ou moins justifiée – des héritiers *ab intestat*, avides d'explications.

Tant que la succession n'est pas ouverte, le secret est bien évidemment absolu et le notaire ne saurait révéler aux héritiers présomptifs l'existence et le contenu du

Rappelons toutefois qu'une banque ne peut être condamnée à communiquer des documents de plus de dix ans, dans la mesure où elle n'est pas tenue de les conserver (v. not. Cass. com. 11 janvier 2005, Banque et Droit, mars-avril 2006 p. 77, obs. GUILLOT). Et le droit de communication des héritiers ne saurait être absolue, en raison à la fois du droit au respect de la vie privée des bénéficiaires des transferts de fonds et au secret professionnel imposé aux établissements bancaires. V. not. Cass. com., 21 septembre 2010, pourvoi 09-68.994 : dans un arrêt rendu au visa des articles L. 511-3 du code monétaire et financier, ensemble les articles 9 et 10 du code civil et 11 du code de procédure civile, la Cour de cassation a pu estimer que la divulgation des « informations figurant au verso des chèques litigieux, porte atteinte au secret dû aux tiers bénéficiaires de ces titres, le secret professionnel auquel est tenu un établissement de crédit constituant un empêchement légitime opposable au juge civil

testament⁸⁹⁵. Une fois la succession ouverte, le testament n'est par principe plus secret : c'est un acte juridique désormais considéré comme valide. Mais les héritiers légaux peuvent-ils pour autant en obtenir communication ? Dans certains cas, la réponse doit indéniablement être positive.

Ainsi, lorsque l'héritier est réservataire, donc protégé par une institution d'ordre public, la communication doit être autorisée. Par ailleurs, l'héritier réservataire sera le plus souvent protégé par les règles du recel. Et, s'agissant de libéralités à cause de mort, dès lors que la délivrance doit en être demandée à l'héritier, celui-ci doit pouvoir avoir communication de l'acte, afin de consentir à la délivrance en toute connaissance de cause.

138. La véritable difficulté concerne les libéralités qui ne font pas l'objet d'une délivrance ou qui n'entrent pas dans le champ du recel successoral en raison de la qualité de leur bénéficiaire. Tel est le cas notamment du legs universel. Il n'est pas soumis à l'obligation de délivrance⁸⁹⁶ et les héritiers légaux, implicitement exhérédés, ne peuvent revendiquer l'application des règles du recel. Les héritiers légaux peuvent-ils pour autant solliciter la communication de la libéralité les exhérédant ?

La voie judiciaire permet d'atteindre un tel résultat. Les héritiers légaux peuvent toujours solliciter la communication d'une pièce nécessaire à une action en justice, par exemple la communication d'un testament dans le cadre d'une action visant à contester la validité de ce document en raison de l'insanité d'esprit de son auteur.

Mais la communication du testament est-elle envisageable indépendamment de toute action en justice ? La réponse est loin d'être évidente, doctrine et jurisprudence n'étant pas unanimes. Les héritiers peuvent avoir connaissance de l'existence d'un testament – et non de son contenu – par une simple interrogation du Fichier Central des

⁸⁹⁵ Ni même à un tiers, fût-il magistrat. Un juge des tutelles notamment ne peut, du vivant de la personne protégée, solliciter communication des actes à cause de mort consentis par celle-ci.

⁸⁹⁶ Le légataire doit certes, lorsque le testament est olographe, solliciter l'envoi en possession de son legs, néanmoins les héritiers légaux ne sont pas nécessairement avertis de cette démarche : cf. supra

Dispositions de Dernières Volontés, à supposer bien évidemment que le testament du défunt y ait été enregistré.

La loi n° 73-511 du 6 juin 1973 a en effet autorisé l'approbation de la convention⁸⁹⁷ du Conseil de l'Europe, signée à Bâle le 16 mai 1972, relative à la mise en place d'un système d'inscription des testaments. Accessible aux particuliers, le fichier permet d'avoir connaissance de l'existence d'un testament dont son auteur a requis l'inscription.

La question la plus sensible concerne la communication du *contenu* du testament. Lorsque le testament est détenu par un notaire – ce qui est le plus souvent le cas en pratique – la question de la communication de l'acte testamentaire rejoint celle, épineuse, du secret professionnel auquel est soumis le notaire.

Rappelons que le notaire est soumis au secret professionnel et ne peut diffuser par principe les actes qu'il a instrumentés ou qui lui ont été confiés. L'article 23 de la loi du 25 ventôse an XI dispose ainsi que « *les notaires ne pourront également, sans l'ordonnance du Président du Tribunal de Grande Instance, délivrer expédition ni donner connaissance des actes à d'autres qu'aux personnes intéressées en nom direct, héritiers ou ayants droit [...]* ».

Une partie de la doctrine estime que les héritiers évincés ont intérêt à connaître le testament, afin de pouvoir le contester par la suite⁸⁹⁸. Telle était la solution retenue par la jurisprudence au XIXe siècle⁸⁹⁹.

Il a au contraire pu être jugé en 1993 que « *le notaire, lié par le secret professionnel qui lui interdisait de révéler aux héritiers l'existence du testament fait au profit d'un tiers étranger à la famille, fût-ce son propre clerc, n'avait commis aucune faute de nature à engager sa responsabilité* »⁹⁰⁰. En l'espèce, l'héritier demandant communication du testament était réservataire et le légataire clerc du notaire

⁸⁹⁷ Publiée par le décret n°76-424 du 6 mai 1976, JO 16 mai 1976 page 2940

⁸⁹⁸ V. sur ce point Me MATHIAS, « Le notaire et la communication du testament », Revue « Notaires – Vie professionnelle », septembre/octobre 2004, p. 23

⁸⁹⁹ Cass. req., 22 juillet 1896, D 1897.1.580

⁹⁰⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 9 novembre 1993, pourvoi 91-16.831

dépositaire du testament. Il ne s'agit sans doute d'un arrêt d'espèce, mais qui rappelle l'obligation de respect du secret professionnel du notaire.

139. Aujourd'hui, c'est semble-t-il la distinction entre héritiers réservataires et non réservataires qui semble constituer l'élément justifiant une communication extrajudiciaire. Dans une réponse ministérielle en date du 30 décembre 2002, après avoir affirmé la possibilité inconditionnelle pour les réservataires d'obtenir communication du testament, le Garde des Sceaux n'a ainsi autorisé la communication aux héritiers non réservataires *que* dans l'hypothèse où aucun légataire n'aurait été institué⁹⁰¹, exception au demeurant logique puisque les légataires à titre universel ou particulier doivent demander la délivrance de leur legs aux héritiers légaux. En présence d'un legs universel, les héritiers légaux doivent s'adresser au juge – qui pourra naturellement apprécier le bien-fondé de leur demande.

Dans un domaine proche, l'assurance-vie, la même distinction entre héritiers réservataires et non réservataires est retenue. Si, en l'état actuel des textes, ni le Code civil ni le Code des assurances ne tranchent précisément la question de la révélation de l'existence d'un contrat d'assurance-vie, un certain nombre de décisions de justice et de réponses ministérielles sont venues apporter d'intéressants éléments de réflexion. Ainsi, la Cour d'appel a, dans un arrêt du 2 juillet 2003, confirmé que « *l'héritier réservataire, continueur de la personne du défunt, ne peut prendre position sans connaître la teneur exacte du contrat et ne peut engager, le cas échéant, une procédure judiciaire sans savoir contre qui la diriger, qu'il est fondé à obtenir le nom du bénéficiaire et le montant versé sans que la compagnie d'assurance puisse lui opposer aucun secret professionnel, ni aucune obligation au silence* ». ⁹⁰² En l'espèce, un litige opposait une compagnie d'assurance et un héritier réservataire qui demandait la communication du nom et du

⁹⁰¹ Question A.N. n° 5072, *Dolez*, JOAN 30 décembre 2002 p. 5291 : « [...] dès lors que des héritiers appelés à une succession ont fait valoir leur qualité, ils peuvent avoir communication de l'état du patrimoine laissé par le défunt et des dispositions successorales prises par celui-ci. Il en est toujours ainsi pour les héritiers réservataires. En revanche, s'agissant des héritiers non réservataires, ce principe ne s'applique que dans l'hypothèse où le défunt n'a pas institué de légataire universel. En ce cas en effet, les membres de la famille sont écartés de la succession et n'ont pas accès aux dispositions successorales qui les évincent, le légataire universel ayant seul le pouvoir d'appréhender les biens successoraux ».

⁹⁰² CA POITIERS, 2 juillet 2003, Dr. famille février 2004, comm. 23, note B. BEIGNIER

montant du bénéfice d'un contrat d'assurance-vie perçu par un tiers et ce afin de pouvoir mettre en œuvre les dispositions de l'article L. 132-13 du Code des assurances. La Cour d'appel de Poitiers a estimé que l'assureur n'était pas, en ce cas, tenu au secret professionnel : les dispositions d'ordre public relatives à la réserve héréditaire empêchaient l'assureur de se retrancher derrière le secret professionnel. La solution avait déjà été avancée dans une réponse ministérielle de 1981 : selon la Chancellerie, l'héritier *réservataire* doit pouvoir obtenir la communication du contrat d'assurance-vie souscrit pas son auteur, « *il semble même que l'intéressé pourrait obtenir le nom et l'adresse du bénéficiaire du contrat, au besoin par voie judiciaire, si ces indications s'avéraient indispensables pour réaliser la réduction* »⁹⁰³. Cette solution doit, selon nous, être transposée au cas du notaire : l'héritier *réservataire* doit être en mesure de pouvoir défendre ses droits à réserve contre une éventuelle atteinte au sens des articles L. 132-13 du Code des assurances.

S'agissant de la communication des testaments, on comprendrait mal que le secret professionnel du notaire (ou de l'assureur) soit moins strict en présence d'un testament que face à un contrat d'assurance-vie. La distinction entre héritiers réservataires et non réservataires pourrait se justifier par la protection de la réserve héréditaire, droit d'ordre public : les héritiers non réservataires n'ont pas besoin, pour assurer le respect d'un tel droit, d'agir en justice. Au contraire, l'héritier non réservataire pouvant parfaitement être exhéredé par un testament ou une donation, il n'a pas de droit d'ordre public à opposer au gratifié. S'il a éventuellement un intérêt à agir contre le testament – par exemple en raison de l'insanité d'esprit supposée du défunt – la voie judiciaire lui reste bien évidemment ouverte.

Le titre d'héritier est certes nécessaire mais insuffisant pour obtenir communication du testament : seuls les héritiers réservataires sont dispensés de toute demande judiciaire en ce sens.

⁹⁰³ Question A.N. n° 5713, *Houteer*, JOAN 28 décembre 1981, p. 3825

Section 2 – Un contrôle lacunaire : la contestation du testament

Le contrôle exercé par l'héritier est indépendant de la vérification du testament. Et force est de constater que l'investiture du légataire ne permet pas d'assurer au légataire la totale validité de la libéralité consentie, l'héritier ayant toujours la faculté de contester la libéralité malgré l'investiture (II), sauf pour lui à valider les dernières volontés du *de cuius* (I).

I – La faculté d'exécuter les volontés du défunt

140. Bien que l'investiture du légataire par l'héritier soit considérée comme d'ordre public, ses effets sont particulièrement limités et ne garantissent nullement les droits du légataire. Selon une jurisprudence constante, « la délivrance d'un legs est une mesure essentiellement provisoire⁹⁰⁴, qui n'enlève aux héritiers et autres intéressés aucun des moyens de forme et de fond qu'ils peuvent avoir à proposer pour faire établir leurs droits dans la succession »⁹⁰⁵. Malgré la délivrance – volontaire ou judiciaire – du legs, l'héritier peut toujours demander la réduction de la libéralité en cause.

Et l'envoi en possession ne met pas davantage le gratifié à l'abri des poursuites de l'héritier : une action en réduction ou en nullité du testament restent toujours possibles, l'ordonnance d'envoi en possession n'étant pas une décision au fond⁹⁰⁶.

⁹⁰⁴ Bien qu'exécutoire sur minute, en application de l'article 83 du décret du 9 septembre 1971 (alors applicable) et donc exécutoire par provision nonobstant appel (Cass. civ. 1^{ère}, 15 décembre 1976, Juris-Data 1976-700411, JCP 1978 II 18874 note H. THUILLIER).

⁹⁰⁵ V. not. Cass. req., 11 mars 1927, DH 1927, p. 221 ; Cass. civ., 7 janvier 1936 : DP 1936, 1, p. 129, note M. FREJAVILLE ; Cass. civ. 1^{ère}, 10 juillet 1968, Bull. Civ. I n° 211, D. 1968 J 669 note BRETON ; RTDCiv. 1969 p. 157, obs. SAVATIER ; Cass. civ. 1^{ère}, 11 juillet 1979 : JCP G 1981, II, 19556, note M. DAGOT

⁹⁰⁶ V. not. CA Orléans, 31 Janvier 2000, Juris-Data 2000-118568 : « Le juge saisi d'une requête aux fins d'envoi en possession [...] doit seulement s'assurer des conditions de saisine du légataire, résidant dans la vocation universelle du legs et l'absence d'héritier réservataire ainsi que de la régularité apparente du testament qui l'institue ; [...] sa décision ne préjuge en rien de l'issue d'une éventuelle contestation sur l'efficacité au fond du testament ».

S'agissant à la fois de la délivrance de legs et de l'envoi en possession, le légataire ne peut revendiquer une réelle protection que dans deux cas. Soit l'héritier a été appelé à l'instance – qu'il s'agisse d'une délivrance judiciaire⁹⁰⁷ ou d'un envoi en possession⁹⁰⁸ et les appréciations du juge quant à la validité du testament ayant autorité de chose jugée, elles lui seront opposables.

Soit l'héritier a choisi, en connaissance de cause de renoncer à contester le testament. Sauf cas particulier⁹⁰⁹, cet abandon doit impérativement intervenir après le décès du *de cuius*. L'intervention de l'héritier ne peut intervenir que *post-mortem*, au moment de l'exécution du testament⁹¹⁰, une renonciation *ante-mortem* pouvant être qualifiée de pacte sur succession future. En pratique, la renonciation porte le plus souvent sur la réductibilité du legs : la succession étant ouverte, l'héritier peut, sans respecter les formalités de l'article 929 du Code civil⁹¹¹, renoncer à demander la réduction du legs : il s'agit d'une simple renonciation à une action en justice. La renonciation à une protection légale d'ordre public n'étant admise que pour des droits acquis⁹¹², une fois la succession ouverte la renonciation est parfaitement valable.

Si cette renonciation peut prendre n'importe quelle forme – dès lors qu'elle est certaine et non équivoque – elle sera le plus souvent incluse dans l'acte de délivrance de legs. Il convient d'ailleurs à ce titre de rappeler qu'une clause de style incluse dans l'acte de délivrance par laquelle les parties entendraient être remplies de leur droit et renonceraient à toute action en justice ne pourrait qu'être déconseillée. Trop vague et équivoque, la nullité d'une telle clause pourrait aisément être invoquée.

⁹⁰⁷ Cf. supra n° 113

⁹⁰⁸ Cf. supra n° 120

⁹⁰⁹ Tel est le cas de la renonciation anticipée à l'action en réduction : cf. supra n° 95

⁹¹⁰ Cass. req., 9 juillet 1873, DP 1874.1.219 ; Cass. civ., 10 janvier 1949, Bull. Civ. 1949, I, n° 8, D. 1949 J 118

⁹¹¹ Texte instituant la renonciation anticipée à l'action en réduction, renonciation qui doit être formalisée par acte authentique devant deux notaires.

⁹¹² Cf. supra n° 95

141. Par ailleurs, la jurisprudence a pu étendre les dispositions de l'article 1340 du Code civil, permettant la confirmation ou la ratification d'une donation contenant des vices de forme⁹¹³, aux testaments⁹¹⁴. Après le décès de leur auteur, les héritiers ont donc la possibilité de confirmer une libéralité – pourtant nulle – qui les exhérède. Bien évidemment, la volonté de confirmer doit être certaine et exprimée en toute connaissance de cause⁹¹⁵.

La confirmation ne concerne pas en principe les nullités absolues : les vices de forme mais aussi de fond peuvent être validés par les héritiers, à condition qu'ils n'entraînent qu'une nullité relative. S'agissant de dispositions à cause de mort, la Cour de cassation a notamment admis la confirmation d'un testament, volontairement exécuté par un héritier, alors que ce testament avait été dicté à une tierce personne au lieu d'être écrit de la main de son auteur⁹¹⁶, ainsi que la confirmation d'un testament pourtant révoqué par le défunt⁹¹⁷.

La confirmation emporte renonciation à demander la nullité du testament, tout du moins pour les vices connus de l'héritier⁹¹⁸ : un vice découvert postérieurement ne serait naturellement pas concerné par la renonciation.

142. La confirmation d'une libéralité nulle se rapproche d'une autre technique parfois employée en pratique : le legs verbal. Il ne s'agit pas dans ce cas de valider une libéralité nulle, mais de prendre l'engagement d'honorer la volonté du *de cuius*, l'obligation naturelle devenant une obligation civile : le legs verbal est la création, par l'héritier au nom du défunt, d'une libéralité qui n'existait que dans l'esprit du *de cuius*. En droit français, aucun testament ne peut être valablement exécuté sans le support

⁹¹³ Par exemple le défaut de mention de la cause de l'impossibilité de signer de l'une des parties : Cass. req., 26 novembre 1862, DP 1863.1.71

⁹¹⁴ Cass. req., 9 juillet 1873, DP 1874.1.219 ; CA Pau, 19 décembre 1991, Juris-Data n° 47613 ; J.-Cl. Civil Code, « Articles 1338 à 1340 », fasc. 10, 2008, par S. SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ, et les références citées ; G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, op. cit.)

⁹¹⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 16 octobre 1956, Bull. Civ. 1956 I n° 351

⁹¹⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 12 mai 1958, Bull. Civ. 1958, I, n° 236

⁹¹⁷ Cass. civ., 10 novembre 1874, DP 1875.1.40. A la condition, bien sûr, que cette confirmation soit intervenue à un moment où l'héritier savait que le testament avait été révoqué (Cass. civ. 1^{ère}, 16 octobre 1956, op. cit.).

⁹¹⁸ Cass. civ., 9 janvier 1884, DP 1884.1.231

d'un écrit. Cependant, la jurisprudence a admis progressivement l'efficacité de l'exécution volontaire par les héritiers légaux, des legs consentis verbalement par le défunt⁹¹⁹.

En pratique, la jurisprudence reste relativement sévère. Dans la grande majorité des cas, le legs portait soit sur l'universalité des biens en usufruit, ce legs étant le plus souvent consenti au du conjoint survivant, soit la pleine propriété d'un bien déterminé⁹²⁰. Mais, si un legs verbal portant sur l'intégralité de la succession peut paraître excessif, rien n'empêche cependant son exécution⁹²¹, dès lors que telle était la volonté du défunt, même s'il peut paraître étonnant de permettre à des héritiers de délivrer un legs qui les écarte totalement de la succession.

Surtout, ce legs doit correspondre à la volonté réelle du défunt. Il s'agit ici de pallier l'absence de forme du legs et non l'absence de consentement. Le legs verbal – qui permet de faire passer directement les biens du patrimoine du testateur vers celui du nouveau légataire – ne doit pas dissimuler une libéralité consentie par les héritiers envers les légataires.

Le risque est ici essentiellement fiscal⁹²². La doctrine administrative⁹²³ considère que de telles dispositions sont nulles de plein droit, mais admet toutefois qu'elles puissent « dans certains cas exceptionnels » être prises en considération pour la liquidation des droits de succession. S'il s'agit bien d'un legs verbal – et non d'une libéralité déguisée – une seule imposition sera effectuée et non deux⁹²⁴ :

⁹¹⁹ Cass. req., 20 novembre 1876, DP 1878.1.376 ; Cass. civ. 1^{ère}, 27 décembre 1963, JCP G 1964 IV 19, Gaz. Pal. 1964.1.340 ; Cass. civ. 1^{ère}, 22 juin 2004, n° 01-14.031, Juris-Data n° 2004-024257, JCP G 2004 II 10165, note A. SÉRIAUX ; AJ fam. 2004, p. 365, obs. F. BICHERON ; D. 2004, p. 2953, note M. NICOD ; Cass. civ. 1^{ère}, 4 janvier 2005, JCP G 2005 II 10159 note M. MEKKI. *Adde* A. HOUIS, « Le legs verbal », JCP N 1996 Prat. 3740

⁹²⁰ Par exemple : la toute propriété des immeubles constituant le logement familial, des meubles meublants garnissant ledit logement et du peu de matériel servant à la petite exploitation agricole. A cet exemple, soumis à l'Assemblée Nationale par un parlementaire, il a été répondu que si la validité de principe d'un legs verbal était admise à la fois civilement et fiscalement, la preuve de la sincérité d'un legs verbal ressortait des circonstances propres à chaque affaire : Question A.N. n° 16953, *Noal*, JOAN 16 avril 1975 p. 1704

⁹²¹ A. HOUIS, *préc.*

⁹²² Et, à long terme, civil : lors du règlement de la succession de l'héritier qui aura consenti un « faux legs verbal » dissimulant une « vraie » libéralité consenti au légataire, cette libéralité indirecte devra être prise en compte.

⁹²³ DB 7 G 2121, n° 17

⁹²⁴ Cass. civ., 19 décembre 1860, DP 1861.1.17 ; TGI Bergerac, 9 juin 1993, Ind. Enrg. 16059

l'administration fiscale considère ainsi que « le versement de sommes à un tiers par un légataire universel, en exécution des dernières intentions manifestées verbalement par le défunt, constitue un legs particulier assujetti aux droits ».

Il est notamment exigé que la preuve de la manifestation verbale de volonté du défunt soit rapportée : il faut donc démontrer⁹²⁵ que le défunt souhaitait prendre des dispositions de dernières volontés qu'il n'a pu concrétiser par la suite, pour des raisons indépendantes de sa volonté⁹²⁶. La reconnaissance de legs verbal peut prendre n'importe quelle forme, à condition d'être certaine et non équivoque⁹²⁷. Cependant, par précaution⁹²⁸, la rédaction d'un écrit manifestant, de manière unanime, la volonté des héritiers d'exécuter le legs est fortement conseillé, afin que l'accord soit bien donné en toute connaissance de cause.

143. Legs verbal et ratification d'un testament nul semblent être deux techniques similaires⁹²⁹ ; il y a pourtant lieu de les distinguer soigneusement.

Certes, dans les deux cas, un devoir de conscience guide les héritiers, les pousse à conférer une valeur juridique définitive à un acte nul. Dans les deux cas, la renonciation à contester la validité d'un testament n'est qu'une faculté offerte aux

⁹²⁵ Fiscalement, cette preuve devra être compatible avec la procédure écrite (art. R. 195-1 LPF) : la preuve peut notamment être administrée au moyen d'actes authentiques ou sous seings privés, documents privés (correspondance notamment), attestations écrites, etc. Si les règles de la procédure écrite interdisent l'audition de témoins, rien ne s'oppose à ce que les contribuables invoquent des attestations ou des certificats écrits, ce qui, s'agissant de prouver l'intention du défunt de consentir un legs, se révélera le plus souvent déterminant (pour un exemple, cf. TGI Bergerac, 9 juin 1993, *préc.*)

⁹²⁶ Notamment un décès brutal...

⁹²⁷ Pour un rare cas d'application : Cass. civ. 1^{ère}, 3 février 2010, pourvoi 09-10.857, Gaz. Pal. 11 novembre 2010, p. 47 note J. CASEY

⁹²⁸ Par exemple, l'insertion de la reconnaissance de legs verbal dans l'acte (écrit) de délivrance dudit legs. Cette précaution protège non seulement les parties, mais également le rédacteur de l'acte : a été jugé comme suffisamment clair l'acte de délivrance du legs verbal comportant un exposé de l'intention du défunt aux termes duquel il est mentionné que le défunt a manifesté verbalement et à plusieurs reprises la volonté de laisser à son épouse l'usufruit pendant sa vie à compter de son décès, de tous les biens meubles et immeubles qui composeraient sa succession sans aucune exception ni réserve, cette intention étant par ailleurs confirmée par diverses attestations. Un héritier signataire ne pouvait donc reprocher en l'espèce au notaire un défaut d'informations supplémentaires : CA Paris, 4 juin 2002, Juris-Data 2002-180956, Dr. fam. janvier 2003 p. 25 note M. NICOD

⁹²⁹ M. GOBERT, *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, préf. J. FLOUR, Sirey, 1957, spéc. p. 46 et s. L'auteur préfère cependant fonder le legs verbal sur l'article 1340 du Code civil et non sur les dispositions de l'article 1235 du même code.

héritiers et non, naturellement, une obligation. Les héritiers disposant par principe d'un « droit de critique »⁹³⁰ de l'acte qui leur est soumis, il ne saurait leur être reproché la mise en œuvre de ce droit.

Mais si les deux techniques supposent l'intention des héritiers évincés de valider l'acte qui les a écartés en tout ou partie de la succession, une obligation naturelle servant de cause à cet engagement, la marge de manœuvre dont disposent les héritiers est bien différente. La confirmation d'une libéralité nulle permet de valider avant tout un acte⁹³¹, alors que le legs verbal valide une volonté. Dans le premier cas, c'est la volonté réellement mais maladroitement exprimée par le défunt qui est favorisée, tandis que dans le second, la parole des héritiers vaudra expression de la volonté supposée⁹³² du défunt.

II – La possible contestation par l'héritier exhéréhé

144. Malgré la délivrance du legs ou l'envoi en possession et à défaut de toute confirmation ou renonciation à agir, l'héritier peut toujours contester la validité de l'acte contenant exhéréhé, que celle-ci soit complète ou partielle, directe ou indirecte. L'éventuelle investiture du gratifié par l'héritier – la délivrance de legs – n'a aucune incidence. C'est la nature de l'acte – gratuit ou onéreux, entre vifs ou à cause de mort – qui va déterminer les possibilités d'action de l'héritier.

Les actes ne sont toutefois pas librement contestables : comme pour tous les actes juridiques, prescription, preuve du vice, voire nécessité d'un intérêt à agir sont autant d'obstacles classiques à l'action de l'héritier. S'agissant plus spécialement de l'exhéhé, deux complications peuvent être remarquées. La première tient à la charge de la preuve du vice affectant plus spécifiquement les testaments : le contrôle

⁹³⁰ G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*, préf. J. FLOUR, LGDJ, Bibl. dr. privé, tome 121, 1972, spéc. p. 103 et s., ainsi que les très nombreuses références citées.

⁹³¹ *Lato sensu* : contrat, acte unilatéral...

⁹³² Parfois exprimée, parfois déduite de ses actes.

judiciaire réalisé lors de l'envoi en possession du légataire aura des conséquences sur la charge de la preuve. La seconde, quant à elle, est directement liée au titre d'héritier : ce titre est-il nécessaire et suffisant pour permettre à l'héritier de contester l'acte le privant de son émolument ?

A - La charge de la preuve du vice frappant le testament

145. Les libéralités contenant exhérédation restent soumises aux règles de droit commun. S'agissant de l'exhérédation par testament prenant la forme d'un acte authentique, les mentions de l'acte rapportant des constatations dont l'officier public a pu vérifier la réalité font foi jusqu'à inscription de faux. A l'inverse, les mentions d'un acte authentique qui ne font que relater les déclarations des parties, n'ont pas valeur authentique et ne font foi que jusqu'à preuve contraire⁹³³. Les dernières volontés du défunt, dictées par lui au notaire rédacteur, sont réputées sincères et émaner du *de cujus*.

146. Au contraire, un testament olographe n'étant qu'un acte sous seing privé, il ne fait pas foi de son origine et l'héritier contestataire a la faculté de déclarer qu'il ne reconnaît pas l'écriture ou la signature de son auteur⁹³⁴.

Tant que l'ordonnance d'envoi en possession n'a pas été prononcée, la charge de la preuve de l'authenticité de l'écrit testamentaire incombe à celui qui s'en prévaut, c'est-à-dire au légataire⁹³⁵. Il ne s'agit que de l'application traditionnelle de l'article 1323 du Code civil : l'héritier légal a la possibilité de ne pas reconnaître l'écriture du testateur. Il appartient alors au légataire d'établir la sincérité de l'acte⁹³⁶. Si les héritiers déclarent

⁹³³ V. not. Cass. civ. 3^e, 27 février 2008, pourvoi 07-10.222, Bull. Civ. III, n° 35, D. 2008. AJ 783, à propos d'une quittance.

⁹³⁴ Art. 1323 al. 2 C. civ.

⁹³⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 23 février 1983, pourvoi 82-10856, Bull. Civ. I n° 76

⁹³⁶ Cass. 1^{ère} civ. 15 juin 1955, Bull. Civ. I, n° 253 ; 23 février 1983, Bull. Civ. I, n° 76 ; 13 décembre 1988, Bull. Civ. I, n° 358 ; 7 juin 1995, pourvoi 92-17.325, Defrénois 1997 n° 13/14 p. 853 note J BERNARD DE SAINT AFFRIQUE.

ne point connaître l'écriture ou la signature, la vérification est ordonnée en justice⁹³⁷. Le juge ne pourra alors statuer au fond qu'après avoir retenu que l'acte émane bien de la partie qui l'a désavoué ou de son auteur⁹³⁸. La preuve de la sincérité de l'écriture pèsera alors sur le gratifié, à l'occasion de la procédure de vérification d'écriture⁹³⁹. Selon une jurisprudence constante⁹⁴⁰, le juge ne peut se contenter de constater que le testament était apparemment écrit et signé de la main du défunt et écarter les éléments produits par les héritiers légaux : il lui appartient d'établir la véracité du testament au moyen d'éléments relevés d'office ou apportés par le légataire. Et si cette vérification ne lui permet pas de conclure à la sincérité de l'acte, la partie qui fonde ses prétentions sur cet acte doit en être déboutée⁹⁴¹.

Même si, lors de la procédure d'envoi en possession, le juge saisi ne se prononce pas sur la validité en elle-même du testament, il opère tout de même une vérification formelle et il doit s'assurer de la validité apparente des dispositions testamentaires⁹⁴². Le juge « doit s'assurer que l'acte a tout au moins l'apparence d'un testament valable et contenant un legs universel »⁹⁴³. A cette fin, il lui est loisible, lorsque l'écriture du testament fait l'objet d'une contestation sérieuse, de refuser de faire droit à la demande, ou de surseoir à statuer jusqu'à la décision à intervenir sur cette

⁹³⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 30 septembre 2003, pourvoi 00-21831, inédit

⁹³⁸ Cass. 1^{ère} civ. 24 mars 1998, Bull. Civ. I, n° 125

⁹³⁹ Art. 287 et 288 CPC

⁹⁴⁰ V. récemment Cass. civ. 1^{ère}, 13 décembre 1988, Bull. Civ. I, n° 358 ; Cass. civ. 1^{ère}, 13 octobre 1992, D. 1993 Somm.230, obs. M. GRIMALDI ; Cass. civ. 1^{ère}, 2 mars 1999, Bull. Civ. I, n° 77, p. 52, Defrénois, 1999.1368, obs. CHAMPENOIS ; Cass. civ. 1^{ère}, 3 novembre 1999, Bull. Civ. I, n° 291, D. 2000, somm. 429, obs. M. NICOD, RTDCiv. 2000. 610, obs. J. PATARIN, Defrénois, 2000 p. 670, obs. J. MASSIP

⁹⁴¹ Cass. civ. 1^{ère}, 14 janvier 1997, pourvoi 95-13346 ; Cass. civ. 1^{ère}, 2 mars 1999, Bull. Civ. I, n° 77

⁹⁴² Cass. civ., 25 juin 1867, DP 1867.1.217 ; Cass. civ. 1^{ère}, 24 novembre 1976, D 1977 IR 78 ; V. également Rép. Civ. Dalloz, « Envoi en possession », 2008, par J. HÉRAIL

⁹⁴³ MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code civil*, tome 4, Delamotte, 7^e éd., 1873, spéc. p. 81. Pour un exemple, voir l'arrêt Cass. civ. 1^{ère}, 6 mars 1996, pourvoi 94-12.406 : « même en l'absence de toute contestation, le président du Tribunal ne doit pas se borner à examiner la régularité extérieure et matérielle du testament, mais déterminer également s'il renferme ou non un legs universel ». En l'espèce, le défunt avait simplement précisé que « toutes les factures seront réglées par M. X, dont il disposera de mon capital déposé au Crédit agricole, compte courant, compte titre, et d'un livret de caisse d'épargne ». La Cour d'appel, approuvée par la Cour de cassation, avait estimé que le testament ne renfermait pas de legs universel et avait rejeté la demande d'envoi en possession.

contestation⁹⁴⁴. La preuve de la sincérité du testament incombe alors au légataire universel qui se prévaut de cet acte.

Une fois l'ordonnance rendue, le principe est inversé : il appartient désormais à l'héritier légal de prouver les faiblesses du testament pour en obtenir la nullité. Ce renversement de la charge de la preuve, admis et régulièrement réaffirmé en jurisprudence⁹⁴⁵ et ce malgré une opposition d'une partie de la doctrine⁹⁴⁶, est toutefois tempéré par la jurisprudence⁹⁴⁷ en cas de « de circonstances rendant le testament suspect » : dans cette hypothèse, la charge de la preuve n'est pas imposée à l'héritier, mais au légataire, qui devra établir la sincérité du testament. Toutefois, même si ce tempérament est régulièrement repris par la jurisprudence, il n'est que très rarement⁹⁴⁸ mis en œuvre. On peut en effet supposer qu'en cas de doute grave quant à la validité du testament, l'envoi en possession sera purement et simplement refusé par le juge⁹⁴⁹.

Mais quelle serait la solution en l'absence d'envoi en possession ? Le légataire étant saisi, son titre est réputé vérifié et se retrouve donc l'exception : il appartient à l'héritier évincé de prouver la fausseté de l'écriture. Tel serait par exemple le cas d'un testament exhérédant le conjoint survivant : les enfants du défunt, seuls héritiers et qui plus est dispensés d'envoi en possession, n'ont pas à prouver la réalité de l'écriture.

⁹⁴⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 2 février 1960, Bull. Civ. n° 70. Il peut néanmoins prendre des mesures conservatoires, dans l'attente du jugement définitif se prononçant sur la validité du testament : CA Nancy, 6 mars 1885, DP 1886.2.38

⁹⁴⁵ Voir notamment, parmi de très nombreuses décisions, Cass. civ., 25 juin 1867, DP 1867.1.217 ; Cass. req. 21 avril 1902, D 1902.1.310 ; Cass. req., 28 février 1928, DP 1929.1.8 ; Cass. civ. 1^{ère}, 15 juin 1955, Bull. Civ. I n° 253 ; 11 février 1976, Bull. Civ. I, n° 65, D. 1976 p. 557, note F. BOULANGER, RTDCiv. 1976. 815, obs. R. SAVATIER ; 6 octobre 1981, Bull. Civ. I, n° 274 ; 23 février 1983, Bull. Civ. I, no 76, 13 octobre 1992, JCP 1992 IV 3048 ; Cass. civ. 2^e, 15 juin 1994, Bull. Civ. II, n° 156, p. 90 ; Cass. civ. 1^{ère}, 28 mai 2002, pourvoi 99-19.071 ; Cass. civ. 1^{ère}, 29 février 2012, pourvoi 10-27.332

⁹⁴⁶ COLIN et CAPITANT, *Cours de droit civil français*, tome III, 10e éd. spéc. n° 1791

⁹⁴⁷ V. notamment Cass. req., 21 mai 1860, DP 1860.1.434 ; Cass. civ. 1^{ère}, 6 juin 1990, pourvoi 88-19.686, Defrénois 1990 art. 34866 obs. X. SAVATIER ; Cass. civ. 1^{ère}, 22 octobre 2002, pourvoi 00-16910

⁹⁴⁸ Pour un exemple, voir Cass. req. 21 mai 1860, *préc.*. En l'espèce, alors qu'une instance au fond relative à la validité d'un testament était en cours, le légataire avait demandé l'envoi en possession de son legs. N'ayant pu, au fond, apporter la preuve de la véracité du document, il avait semble-t-il, demandé l'envoi en possession afin d'influer sur la charge de la preuve et donc sur le cours de l'instance en cours.

⁹⁴⁹ Cf. *infra*

147. S'agissant des demandes en nullité pour insanité d'esprit, il appartient à celui qui revendique la nullité de la libéralité de prouver que le disposant ne jouissait pas des facultés requises pour accomplir un tel acte⁹⁵⁰, de prouver, au moment de la rédaction de l'acte, l'absence d'une volonté consciente et éclairée⁹⁵¹. La preuve de l'insanité d'esprit pèse par principe sur l'héritier. Par exception, lorsque le disposant se trouvait dans un état habituel de démence, s'opère un renversement de la charge de la preuve : il appartient à celui qui entend bénéficier de l'acte de prouver que le défunt était, au moment de la rédaction de l'acte, exceptionnellement dans un intervalle de lucidité⁹⁵².

Exceptée cette dernière hypothèse, imposer à l'héritier de prouver l'insanité d'esprit se justifie parfaitement en pratique : ce type de contentieux étant particulièrement important et ancien⁹⁵³, imposer à celui qui conteste la validité de l'acte d'en prouver le vice est non seulement conforme aux règles de droit commun gouvernant la preuve⁹⁵⁴, mais surtout propre à décourager les contestations abusives.

En effet, tous les actes ne sont pas sanctionnables sur le fondement de l'insanité d'esprit. Les actes à titre onéreux⁹⁵⁵ sont par principe inattaquables. L'article 414-2 du Code civil⁹⁵⁶ n'autorise, par exception, l'exercice d'une action en nullité après le décès du disposant, que dans quatre cas précis : soit l'acte porte en lui-même la preuve d'un trouble mental, soit il a été fait alors que l'intéressé était placé sous sauvegarde de justice, soit une action a été introduite avant son décès aux fins d'ouverture d'une

⁹⁵⁰ Cass. civ. 1^{ère}, 6 octobre 1981, Bull. Civ. I, n° 274 : « Si le légataire universel qui n'a pas été envoyé en possession doit rapporter la preuve que l'écriture et la signature émanent bien du testateur, il n'a, pas plus que le légataire envoyé en possession, la charge d'établir que le testateur était sain d'esprit ».

⁹⁵¹ CA Paris, 6 juin 1988, JCP N 1989 II 198, note P. SALVAGE ; Cass. civ. 1^{ère}, 2 décembre 1992, D. 1993. 409, note F. BOULANGER (pour un mariage)

⁹⁵² V. par ex. Cass. civ. 1^{ère}, 26 mai 1964, Bull. Civ. I, n° 275 ; Cass. civ. 1^{ère}, 11 juin 1980, Bull. Civ. I, n° 184.

⁹⁵³ FENET, tome 12, spéc. p. 296

⁹⁵⁴ J-M. PLAZY, « Preuves en droit de la famille : Incapacités et preuves », AJ fam. 2007.468

⁹⁵⁵ En ce compris les libéralités rémunératoires, assimilées à des actes à titre onéreux : Cass. req., 21 décembre 1869, DP 1870, 1, p. 308.

⁹⁵⁶ Remplaçant, depuis le 1^{er} janvier 2009, l'ancien article 489-1 du même code, le nouveau texte ne remet pas en cause les dispositions du précédent, mais opère une simple adaptation aux nouvelles dispositions introduite par la loi n°2007-308 du 5 mars 2007 portant réforme de la protection juridique des majeurs (tel est le cas notamment de la référence au mandat de protection future, création de la loi de 2007).

curatelle ou d'une tutelle ou si effet a été donné au mandat de protection future. Objets d'une méfiance traditionnelle⁹⁵⁷, les actes à titre gratuit quant à eux pourront être annulés, même après le décès du disposant, si les héritiers peuvent prouver que celui-ci n'était pas sain d'esprit au moment de leur rédaction. L'article 901 du Code civil, texte spécial⁹⁵⁸, est le fondement de l'action *post-mortem* des héritiers : il leur permet toujours d'agir en nullité de l'acte consenti, à condition bien sûr de prouver l'existence d'une altération des facultés du disposant. Même si les deux vont souvent de pair, l'existence d'une mesure de protection juridique n'induit pas nécessairement l'insanité d'esprit de la personne protégée : la preuve de la faiblesse devra être apportée⁹⁵⁹. Une tutelle peut en effet être ouverte en cas non seulement de disparition des facultés mentales, mais également en présence d'une simple altération⁹⁶⁰ : dans cette dernière hypothèse, la personne protégée peut alterner périodes de trouble et périodes de lucidité. Néanmoins, en pratique, la preuve sera grandement facilitée, la mesure de protection du testateur constituant alors ce que la doctrine considère comme une quasi-présomption d'insanité d'esprit⁹⁶¹.

148. Un certain nombre de questions se posent pourtant, s'agissant en particulier des testaments des majeurs sous tutelle. Rappelons en effet que l'ancien article 504 imposait la nullité de droit des testaments rédigés après l'ouverture de la tutelle, sauf autorisation accordée par le juge des tutelles dans le cadre d'une tutelle alléguée⁹⁶².

⁹⁵⁷ Cf. *supra* Partie I

⁹⁵⁸ J.-Cl. Civil Code, « Art. 901 », fasc. unique, 2010, par J. BERNARD DE SAINT-AFFRIQUE

⁹⁵⁹ V., not., Cass. civ. 1^{ère}, 6 juillet 2000, pourvoi 98-22654, RJP 2000-12.13 note J. PANSIER ; D. 2001, somm., p. 1506, obs. PH. DELMAS SAINT-HILAIRE ; Cass. civ. 1^{ère}, 28 janvier 2003, pourvoi 00-17.712, Defrénois 2003, p. 1093, obs. J. MASSIP ; Cass. civ. 1^{ère}, 20 juin 2006, RJP 2006-9.32, obs. J. CASEY. La prescription de l'action en nullité d'une donation entre vifs ou d'un testament pour insanité d'esprit est quinquennale : Cass. civ. 1^{ère}, 11 janvier 2005, D. 2005 J 1207 note A-L. THOMAT-RAYNAUD

⁹⁶⁰ Anc. art. 490 C. civ., act. art. 425 et 440 C. civ. pour la tutelle

⁹⁶¹ J. CASEY, « Preuves en droit de la famille : preuve et droit des successions », AJ Fam. 2008 p. 10, spéc. note 32

⁹⁶² Anc. art. 501 C. civ. Pour un exemple d'application, voir not. Cass. civ. 1^{ère}, 29 mai 2001, pourvoi 99-17.478, Defrénois 2001, art. 37430, p. 1358, obs. J. MASSIP

Les lois du 23 juin 2006 et du 5 mars 2007 ont remis en cause cette règle : dans un premier temps, la loi de 2006 a accordé au majeur incapable la faculté de tester, avec l'autorisation du conseil de famille et l'assistance du tuteur. La loi nouvelle ne semblait donc pas réellement bouleverser les règles existantes, en particulier en cas de tutelle aménagée⁹⁶³. Cependant, les garanties offertes par l'article 501 du Code civil ne se retrouvaient pas totalement, s'agissant notamment du rôle exact du tuteur. S'il est admis que le rôle du tuteur ne va pas jusqu'à la représentation, la loi de 2006 – tout comme la jurisprudence contemporaine concernant l'article 501⁹⁶⁴ – n'étaient guère éclairantes. De même, le recours à l'avis d'un médecin n'étant nullement imposé au conseil de famille, contrairement à l'article 501, aucune réelle protection n'était envisagée.

Les auteurs de la loi de 2007, jugeant l'accompagnement du tuteur attentatoire à la liberté testamentaire du disposant, ont préféré supprimer cette dernière. Désormais, l'article 476 du Code civil⁹⁶⁵ autorise le majeur sous tutelle à tester seul, avec autorisation du juge ou du conseil de famille s'il a été constitué. Son tuteur ne peut ni l'assister ni le représenter en raison du caractère éminemment personnel du testament et du secret des dernières volontés.

Mais l'autorisation du juge des tutelles ne vaut pas validation du testament : celui-ci reste toujours attaquant sur le fondement de l'article 901 du Code civil. La preuve de l'insanité d'esprit sera sans doute plus difficile à rapporter – il n'est pas interdit de penser que l'autorisation du juge des tutelles sera vue comme une

⁹⁶³ Art. 501 C. civ.

⁹⁶⁴ Par exemple, a pu être validé le testament mystique, autorisé par le juge, d'une personne sous tutelle (CA Grenoble, 22 octobre 2002, Juris-Data 2002-211272). La testatrice, hémiplégique, était capable de d'apporter la mention manuscrite « ceci est mon testament » et de signer le testament et l'acte de suscription (enveloppe) le contenant. L'assistance du tuteur consistait simplement en la signature de cette enveloppe. Cette double signature de l'acte de suscription, ainsi que la mention manuscrite ont été apposés devant le notaire et en présence de témoins. Considérant que la testatrice, dûment autorisée par le juge en application de l'article 501 du Code civil, était capable de tester, la cour d'appel a validé l'acte. Dans cette espèce, le doute quant à la capacité de la défunte ne semblait pas permis. En outre, conformément aux prescriptions de l'article 501 du Code civil, le juge avait autorisé ce testament après avoir recueilli l'avis de trois médecins.

⁹⁶⁵ Sur ce texte, v. notamment parmi une abondante littérature : N. PETERKA, « Les libéralités du majeur protégé dans la loi du 5 mars 2007 », Dr. fam. 2007, étude 20 ; TH. FOSSIER, « Le majeur qui donne ou qui teste », JCP N 2007, II, 1169

présomption simple de lucidité – mais pas impossible⁹⁶⁶. Retenir la solution inverse reviendrait à valider *a priori* tous les testaments des majeurs sous tutelle, alors que les testaments des personnes capables et les majeurs sous curatelle⁹⁶⁷ sont toujours sanctionnables en cas d'insanité d'esprit. Au surplus, l'autorisation du juge est contingente : elle ne porte que sur le principe même du testament – non sur son contenu – et n'est pas à l'abri d'un « coup de folie » ponctuel, annihilant la volonté du testateur, pourtant dûment autorisé mais à une époque où il paraissait lucide.

Et la preuve est d'autant plus facilitée que, s'agissant des actes authentiques, l'état de santé mentale ne fait pas partie des dispositions de l'acte que le notaire a pu vérifier personnellement et n'est pas soumise à la contestation par voie de l'inscription de faux⁹⁶⁸. Si le notaire doit, en toutes hypothèses, s'assurer que le testateur ou donateur – même pleinement capable – est apte à comprendre la portée de ses actes au moment même de la rédaction d'une libéralité consentie par acte authentique, est capable de lire et / ou de signer, une telle vérification n'assure pas la parfaite validité de l'acte.

En ce domaine, une pratique, actuellement en vigueur dans de nombreuses études⁹⁶⁹, en particulier lorsque le testateur est âgé ou malade, consiste à annexer au testament authentique un certificat du médecin traitant ou d'un médecin spécialisé⁹⁷⁰, rédigé à une date la plus proche possible de l'acte envisagé et établissant que le testateur avait, malgré une éventuelle diminution de ses facultés, la capacité de comprendre la portée de ses actes. Cette précaution – bien que ne garantissant pas la

⁹⁶⁶ Question A.N. n° 60437, Warsmann, JOAN 8 décembre 2009 p. 11763, Dr. Fam. février 2010, comm. 31 obs. I. MARIA

⁹⁶⁷ Art. 470 C. civ.

⁹⁶⁸ V. not. Cass. civ., 5 juillet 1888, DP 1889.1.151 ; Cass. civ. 1^{ère}, 25 mai 1987 : Bull. Civ. 1987, I, n° 171 ; CA Rouen, 26 mai 2010, Juris-Data 2010-012079

⁹⁶⁹ Sans doute accentuée par la crainte des professionnels de voir leur responsabilité engagée. Il appartient en effet au notaire de s'assurer de la capacité juridique mais aussi mentale du disposant. La jurisprudence lui impose de vérifier l'état mental notoire du testateur, en particulier si les signes d'instabilité sont particulièrement marqués et perceptibles même par un profane (J. de POULPIQUET, *Responsabilité des notaires*, Dalloz, 2009, spéc. n° 32.53, et les références citées). A ce titre, la production d'un certificat médical s'avère particulièrement utile et prudent (Cass. civ. 1^{ère}, 18 décembre 1984 : Bull. Civ. 1984, I, n° 339) mais non suffisant, l'établissement d'un certificat médical ne pouvant être assimilé à une présomption irréfragable de validité.

⁹⁷⁰ En particulier un neurologue, lorsque le disposant est traité pour une affection pouvant altérer son jugement.

validité du testament⁹⁷¹ – donnera au juge, en cas de contentieux, un élément en faveur de la validité du testament. Ceci réintroduit, en quelque sorte, l’avis du médecin imposé par l’ancien article 501 mais non repris par l’article 504 du Code civil.

La charge de la preuve présente donc en ce domaine un intérêt indéniable. L’insanité d’esprit étant un des éléments les plus difficiles à prouver – en particulier en matière testamentaire, l’auteur de l’acte étant par définition décédé, imposer à l’héritier exhéredé de prouver que son auteur ne disposait pas des facultés suffisantes constitue pour lui un important obstacle probatoire.

B – La nécessité de revendiquer un intérêt à agir

149. Bien qu’ayant qualité pour agir, les héritiers légaux y ont-ils pour autant intérêt ? Qualité et intérêt à agir, notions fondamentales du droit processuel, s’appliquent particulièrement en matière successorale. Parfois confondues, les deux notions se distinguent pourtant⁹⁷². Si les deux qualités sont essentielles à toute action, l’intérêt est surtout requis en matière d’action banale et la qualité indispensable à l’action attitrée⁹⁷³. La qualité pour agir est le titre auquel est attaché le droit d’agir en justice, exigée à peine d’irrecevabilité. L’intérêt à agir, quant à lui, l’avantage de toute nature, pécuniaire ou moral, que le demandeur pourrait retirer de l’action en justice⁹⁷⁴

150. Les ayants droit du défunt, en ce compris les héritiers légaux⁹⁷⁵, indépendamment de leur émolument, ont, dès l’ouverture de la succession⁹⁷⁶, qualité

⁹⁷¹ Cass. civ. 1^{ère}, 18 décembre 1984, *préc.*

⁹⁷² G. BOLARD, « Qualité ou intérêt pour agir » ?, in *Justices et droit du procès : du légalisme procédural à l’humanisme processuel, Mélanges en l’honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 587

⁹⁷³ S. GUINCHARD (dir.), *Droit processuel*, 5e éd., Dalloz, 2009, spéc. p. 1134

⁹⁷⁴ Ou, plus élégamment dit, « la constatation d’un mal et la possibilité d’un remède » (G. CORNU et J. FOYER, *Procédure civile*, 2^e éd. 1996, PUF, coll. Thémis p. 338).

⁹⁷⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 3 mars 1969, Bull. Civ. I n° 93, D. 1969, Jur. p. 585 ; CA Paris, 9 mai 2001, D 2002 p. 2160 obs. Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE ; CA Rouen, 26 mai 2010, *préc.*

⁹⁷⁶ Et non avant : cf. *supra* Partie I.

V. également Cass. civ. 1^{ère}, 29 mai 2001, *préc.* : l’épouse du testateur est, de son vivant, sans qualité pour former un recours contre l’autorisation de tester donnée par le juge des tutelles sur le

pour contester l'acte qui les exhérède. Quelle que soit la nature de la sanction recherchée, de la nullité de l'acte qui les exhérède, que cette nullité soit absolue ou relative⁹⁷⁷, les héritiers légaux doivent avoir qualité pour agir, en tant que continueurs de la personne du défunt. Saisis de ses droits et surtout de ses actions, en application de l'article 724 du Code civil, les héritiers légaux – même privé de tout émoluments – doivent pouvoir contester l'acte qui les prive de leurs droits légaux.

Et il n'est pas, semble-t-il, nécessaire que l'héritier entende accepter la succession : son seul titre d'héritier devrait suffire. Pour la Cour de cassation en effet, l'action tendant à obtenir la nullité d'un testament n'emporte pas, pour l'héritier demandeur, acceptation de la succession⁹⁷⁸. Cette position n'est pourtant pas évidente. Bien que répondant à une pure question d'incapacités, la solution de la Cour de cassation ne laisse pas de surprendre. Ainsi que le note à juste titre le Professeur LEMOULAND, « *au regard du droit des successions, la solution ne va pas sans soulever quelque interrogation, la dissociation ainsi opérée entre l'intérêt à contester la validité d'un testament et la qualité d'héritier potentiel pouvant paraître pour le moins spéculative* ». Si l'héritier a bien qualité pour agir, tout du moins tant qu'il n'a pas renoncé à la succession, on imagine mal qu'un héritier n'ayant pas l'intention de se comporter comme tel et d'accepter la succession ait intérêt à agir contre un testament dont il n'entend pas retirer de bénéfice de la nullité⁹⁷⁹.

fondement de l'article 501 du Code civil, un tel recours n'étant ouvert qu'aux personnes dont la décision modifie les droits et les charges.

⁹⁷⁷ Pour une nullité fondée sur l'insanité d'esprit du défunt : Cass. civ. 1^{ère}, 4 novembre 2010, pourvoi 09-68.276 (« l'action en nullité du testament pour insanité d'esprit du testateur n'étant ouverte qu'aux successeurs universels légaux et testamentaires du défunt »).

⁹⁷⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 20 septembre 2006, pourvoi 04-18. 501, RTDCiv. 2007. 92, obs. J. HAUSER, D 2008 p. 313, obs. J-J. LEMOULAND : le tuteur peut donc valablement, sans accord du juge des tutelles, introduire une telle action au nom de son protégé.

⁹⁷⁹ Sauf à imaginer que les droits revendiqués par l'héritier sont de ceux dont l'acceptation de la succession est indifférente : par exemple, un testament modifiant la clause bénéficiaire d'un contrat d'assurance-vie antérieurement à son profit.

151. L'appréciation de l'intérêt à agir est en général également retenu, en particulier lorsque, en présence d'un testament unique, l'héritier revendique sa nullité pour en obtenir directement l'émolument promis⁹⁸⁰.

La jurisprudence est parfois plus nuancée, singulièrement en présence d'une succession dépourvue de tout actif⁹⁸¹, donc d'intérêt patrimonial pour l'héritier. Tel a pu être le cas de la succession d'une personne privée de son vivant, par décision de justice, de tous ses biens présents et à venir⁹⁸². Les juridictions ayant retenu que, dans la mesure où le défunt ne possédait plus de biens et le testament ne prévoyait aucune disposition concernant des prérogatives à caractère moral que l'héritier aurait pu souhaiter exercer⁹⁸³, sa requête devait être rejetée.

152. S'agissant de l'intérêt à agir des héritiers expressément exhérédés, la jurisprudence semble à première vue assez stricte. Elle paraît estimer depuis 1932⁹⁸⁴ que l'héritier formellement exhérédé ne dispose d'aucun intérêt à agir. Une analyse un peu plus précise de ces solutions révèle une réalité plus complexe.

La solution retenue en 1932 est naturellement infondée. D'une part, en estimant qu'« un héritier exhérédé d'une manière formelle est, faute d'intérêt, sans qualité pour faire prononcer la nullité du legs », le tribunal confond ici clairement qualité et intérêt à agir. D'autre part et surtout, l'acte qui les exhérède expressément fait clairement grief aux héritiers en faveur du légataire : exclure expressément les héritiers reviendrait donc à fermer définitivement toute possibilité d'action en contestation du testament, ce qui

⁹⁸⁰ V. par ex. Cass. civ. 1^{ère}, 11 février 1975, *préc.* A l'inverse, un concubin, ni héritier, ni légataire, n'a d'intérêt à agir en contestation du testament de la défunte : CA Riom, 17 mars 1988, *Juris-Data* 1988-048468, *JCP G* 1988 IV 365

⁹⁸¹ Ce que n'est pas nécessairement une succession déficitaire : un héritier peut avoir intérêt à agir en nullité dans une telle hypothèse, dans la mesure où, même si les actifs successoraux sont le gage des créanciers du défunt, l'héritier peut souhaiter conserver ces biens, quitte à payer le passif sur ses propres deniers.

⁹⁸² CA Paris, 19 juin 1974, *Gaz. Pal.* 1974.2.636 note J. VIATTE, et, sur pourvoi, Cass. civ. 1^{ère}, 22 février 1977, pourvoi 74-13.846, *Bull. Civ. I* n° 97. Il s'agissait de la succession du Maréchal Pétain, condamné de son vivant à la peine, alors en vigueur, de confiscation générale de ses biens (art. 37 anc. C. Pén.). Notons que le testament était de toute façon nul, en application de l'article 37 de l'ancien Code, cet acte ayant pour effet de soustraire des biens à la mesure de confiscation.

⁹⁸³ M. VIATTE (obs. *préc.*) évoque notamment des dispositions relatives aux obsèques du défunt.

⁹⁸⁴ Trib. Civ. Seine, 14 juin 1932, *DH* 1932.454 ; Cass. civ. 1^{ère}, 30 juin 1992, pourvoi 90-18.496

bien évidemment ne saurait être admis. L'arrêt de 1992 est, quant à lui, beaucoup plus logique. En l'espèce, le défunt avait rédigé un premier testament olographe, contenant exhérédation expresse de certains de ses héritiers légaux non réservataires. Dans un second testament, authentique, le testateur a implicitement confirmé la clause d'exhérédation et apporté quelques modifications quant aux legs consentis. La Cour de cassation a, à juste titre, rappelé que les héritiers exhéredés ne disposaient d'aucun intérêt à agir contre le premier testament. Le second testament n'étant pas contesté, les héritiers écartés de la succession n'auraient, même en cas d'annulation du premier testament, pu revendiquer aucun émolument successoral.

A l'inverse, la jurisprudence a pu retenir une lecture très large de la notion d'intérêt à agir. Notons ainsi la position, semble-t-il isolée, retenue par la Cour de cassation en 1988⁹⁸⁵, estimant que la demande d'annulation du dernier testament par les héritiers *ab intestat* exhéredés au moyen de divers testaments successifs était recevable, dans la mesure où la nullité de ce dernier testament donnerait aux héritiers la possibilité de contester les testaments antérieurs.

Cette dernière lecture de l'intérêt à agir paraît certes protectrice de l'héritier, mais extrême, l'intérêt à agir contre le dernier testament étant très indirect. La Cour de cassation a semble-t-il considéré l'ensemble des testaments rédigés par la défunte comme un ensemble unique, l'intérêt à agir étant ici vu globalement.

Il nous semble préférable de retenir une lecture intermédiaire. La qualité à agir n'est nullement en cause, seul l'intérêt à agir doit être analysé : un héritier exhéredé a-t-il intérêt à contester l'acte en cause ? Le titre d'héritier – indispensable à l'action en nullité – porte en lui-même un intérêt à agir contre l'acte qui l'exhéredé. Si les héritiers ont qualité et intérêt à agir malgré leur exhéredation, ils ont surtout et le plus souvent qualité et intérêt à agir contre leur éviction de la succession, que celle-ci soit directe ou indirecte. Si le défunt a consenti plusieurs testaments, l'action doit être portée contre tous les actes en cause : déduire un intérêt global de l'action intentée contre un seul acte paraît excessif.

⁹⁸⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 8 décembre 1988, pourvoi 87-11.894 (v. déjà, pour les mêmes faits, CA Chambéry, 20 janvier 1987, JCP 1988 II 21073).

Face aux incohérences de l'investiture du légataire, une refonte de ce système d'investiture paraît nécessaire, dans un souci à la fois de sécurité et de cohérence juridique.

Titre 2 – Le titre d’héritier, instrument de transmission successorale

Les rédacteurs du Code civil n’ayant pas souhaité assurer au légataire la plénitude de ses droits dès l’ouverture de la succession, ils ont instauré, conformément à une partie des règles applicables dans l’Ancien droit⁹⁸⁶, une étape intermédiaire, une vérification du titre testamentaire par les héritiers légaux. Ceux-ci se sont vus confier le droit d’analyser et de valider le titre même qui les a privés de leur émolument et, en contrepartie, la mission d’assurer la parfaite transmission des biens légués par le défunt.

Or, tant que la transmission n’est pas effectuée, une période d’attente – plus ou moins longue, quelques jours, souvent quelques semaines, parfois quelques années – s’ouvre. Si le légataire est, pendant cette période, propriétaire des biens légués, il ne s’agit pas encore d’une propriété pleine et entière : l’héritier légal, pourtant privé par testament, expressément ou tacitement, de tout droit dans ces biens peut revendiquer sur eux des prérogatives et, parallèlement, subir un certain nombre de contraintes.

Mais ce statut ne peut être considéré comme abouti. D’une part, ce rôle intermédiaire de l’héritier – rendu nécessaire par les procédures de contrôle du testament – ne saurait pourtant lui être imposée, elle ne lui est que suggérée. Il suffirait que l’héritier renonce à la succession pour ne plus en entendre parler et à la fois perdre les quelques avantages que le titre d’héritier lui offre et échapper aux nombreuses contraintes qui lui sont en contrepartie imposées. D’autre part, l’ensemble des règles prévues par le Code civil ne présente aucune unité : si le « fil conducteur » de la saisine est régulièrement invoqué tant en doctrine qu’en jurisprudence pour justifier les

⁹⁸⁶ Alors qu’en pays de droit écrit, la part belle était laissée au testament, le droit coutumier manifestait une plus grande méfiance à son encontre et exigeait l’investiture des héritiers légaux. Sur cette distinction historique : cf. *supra* introduction

solutions de droit positif, cette notion montre rapidement ses limites et ne sert le plus souvent qu'à habiller un *corpus* législatif hétéroclite.

Ce sont plutôt la désorganisation et l'incohérence des textes relatifs aux pouvoirs conférés à l'héritier exhéredé qui sont aujourd'hui mises en cause. Si le principe même de son intervention est justifié, l'anachronisme des textes – pour la plupart non modifiés depuis 1804 – rend obsolètes les règles applicables.

Par ailleurs, si gérer la succession, tant que l'investiture du légataire n'est pas obtenue, paraît nécessaire, confier cette gestion à l'héritier privé de tout droit dans les biens légués n'est pas la seule solution. Il existe déjà des textes permettant l'administration des biens concernés par des tiers, notamment l'État mais également des administrateurs désignés par le défunt lui-même.

Chapitre 1 – Une faculté : administrer la succession

153. L’assertion peut paraître étrange : comment un héritier par hypothèse privé de tout ou partie de ses droits dans la succession peut-il être amené à gérer une hérédité dont il est exclu ? Lorsque l’exhérédation n’est que partielle – par exemple en cas de réduction en nature d’un legs universel – cette situation ne paraît pas, à première vue, tout à fait illogique : l’héritier ayant conservé une partie de ses droits dans la succession, il paraît normal de l’associer à la gestion tant active que passive de la succession.

Mais une analyse sommaire des règles de droit positif révèle une réalité toute autre : d’une part, les règles de l’indivision sont insuffisantes pour expliquer les prérogatives dont jouit l’héritier partiellement exhérédié, d’autre part et surtout l’absence totale d’émolument n’exclut pas l’héritier exhérédié de la succession.

Une présentation simple, voire simpliste, de la transmission testamentaire pourrait être la suivante : l’acquisition de l’émolument par le légataire est en principe immédiate. Dès le jour du décès, le légataire est propriétaire des biens que le défunt a souhaité lui transmettre. En effet, traditionnellement, la jurisprudence⁹⁸⁷ considère que le légataire qu’il soit particulier, à titre universel ou universel, est propriétaire des biens assertion légués dès l’ouverture de la succession et ce indépendamment de toute autre formalité. Cette propriété – évidente pour l’héritier légal par ailleurs légataire⁹⁸⁸ – vaut également pour les tiers gratifiés. La Cour de cassation retient que : « *si le légataire à titre universel devient propriétaire des biens légués, de plein droit et du seul fait du décès du testateur, il n’en est pas moins tenu, en présence d’héritiers réservataires, de solliciter*

⁹⁸⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 28 janvier 1997, pourvoi 95-13835, Bull. Civ. I n° 37, v. déjà Cass. civ. 1^{ère}, 19 janvier 1966, Bull. Civ. n° 48 et 22 octobre 1975, Bull. Civ. I n° 293 pour un légataire particulier ; Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} Juillet 2009, pourvoi 08-15.130.

Contra, v. l’opinion de F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Cours de droit civil, les successions*, PUF coll. Droit Fondamental, 2012, spéc. n° 84.

⁹⁸⁸ À la fois propriétaire des biens légués dès le jour du décès et dispensé de délivrance ou d’envoi en possession : cf. *supra*, et les réserve précédemment étudiées.

la délivrance de son legs, cette délivrance s'analysant juridiquement comme la reconnaissance et comme la consécration de ses droits, et permettant seule l'entrée en possession et l'acquisition des fruits »⁹⁸⁹. Corollaire, l'héritier devrait être définitivement considéré comme exhérédé, privé de son émolument, à compter de cette date. Bien évidemment, cette acquisition est conditionnée à l'acceptation ultérieure du legs par le gratifié : si celui-ci désire y renoncer, il sera rétroactivement considéré comme n'ayant jamais été légataire⁹⁹⁰.

Mais l'analyse tant des textes, de la doctrine que de la jurisprudence révèle une réalité bien plus complexe. L'acquisition de la propriété par le légataire n'est ni immédiate, ni totale, mais au contraire graduelle et nuancée, à tel point que l'on pourrait douter de la qualité de cette propriété, tout du moins d'une propriété acquise dès le jour du décès. À compter de la délivrance du legs ou de l'envoi en possession, le légataire est sans aucun doute réputé propriétaire. La période intermédiaire entre le décès et le total accomplissement des formalités imposées au légataire ne laisse pas de soulever d'importantes interrogations concernant tant le sort de la chose léguée que les droits du légataire. La saisine n'est, au plus, qu'une question de pouvoir : l'héritier légal ne saurait être considéré comme propriétaire : celle-ci est acquise du défunt et non de l'héritier. Le légataire tient directement ses droits du disposant, non de son héritier.

154. L'attendu ci-dessus reproduit correspond à une certaine vision doctrinale – que l'on pourrait qualifier de majoritaire – de la délivrance. Mais, avec le Professeur DROSS⁹⁹¹, il est possible de douter de la justesse de cette qualification. Ainsi que le souligne l'auteur, l'article 1014 du Code civil ne qualifie pas le légataire de propriétaire mais précise simplement que « *tout legs pur et simple donnera au légataire, du jour du décès du testateur, un droit à la chose léguée, droit transmissible à ses héritiers ou ayants cause* ».

A la lecture de ce texte, on songe immédiatement à la distinction entre le *jus in re* (droit sur la chose) et le *jus ad rem* (droit à la chose), le premier étant un droit réel, ne

⁹⁸⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 28 janvier 1997, *préc.*

⁹⁹⁰ Se posera alors la question du sort des biens légués : cf. *infra*.

⁹⁹¹ W. DROSS, « La saisine successorale », Defrénois 2004 art. 37913, spéc. note 57

second n'étant qu'un droit de créance, un droit personnel sur la chose⁹⁹². L'expression retenue par le texte se justifie historiquement : en réaction contre l'investiture et sous l'influence renaissante du droit romain, la doctrine a pu qualifier de *jus ad rem* le droit de son titulaire avant l'investiture⁹⁹³ : on retrouve ici l'action *ex testamento* du droit romain, appartenant à tout légataire pour obtenir contre l'héritier la délivrance d'un legs *per damnationem*⁹⁹⁴.

Mais telle n'est pas la lecture retenue par la Cour de cassation, qui préfère octroyer immédiatement un droit de propriété au légataire et ce dès le jour du décès, tout en imposant un transfert fractionné des prérogatives liées à cette propriété, lorsque délivrance de legs ou envoi en possession sont imposés au légataire.

155. Se pose alors la question du sort des biens pendant cette période intermédiaire : qui peut revendiquer des droits sur le bien pendant cette période ?

L'antique crainte des successions non réclamées, propices à la mainmise des tiers sur les biens non appréhendés, avait incité les juriconsultes romains à créer la fiction de la jacence de la succession : la personne du défunt, malgré son décès, se continuait fictivement, dans l'intérêt des héritiers. A ce titre, les esclaves du défunt avaient la faculté, au nom de leur maître décédé, d'accomplir tous actes utiles⁹⁹⁵. Abandonnée sous l'Ancien droit, la jacence a été remplacée par la saisine successorale : « le mort ayant saisi le vif », la continuité était totale, sans risque de vacance successorale.

C'est cette fiction de continuation de la personne que le droit civil actuel retient : les héritiers saisis, indépendamment de leur émoulement, sont réputés continuer la personne de leur auteur et, à ce titre, disposent à la fois de droits, la faculté de gérer la

⁹⁹² Sur ce thème, voir notamment J-P. CHAZAL et S. VICENTE, « Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le Code civil », RTDCiv 2000, p. 477 ; L. RIGAUD, « A propos d'une renaissance du jus ad rem, et d'un essai de classification nouvelle des droits patrimoniaux. », RIDC 1963 p. 557

⁹⁹³ A-M. PATAULT, *préc.*, spéc. n° 131 ; E. CHAMPEAUX, *op. cit.*, spéc. p. 236 et s. : « l'acquéreur n'est pas propriétaire ; toutefois il a déjà un jus ad rem, un droit de contraindre l'autre à la transmission de la peine, saisine ».

⁹⁹⁴ J. GAUDEMET et E. CHEVREAU, *Droit privé romain*, Montchrestien, 3^e éd., 2009, spéc. p. 107 ; G. MAY, *Éléments de droit romain, à l'usage des étudiants des Facultés de droit*, Larose, 7^e éd., 1901, spéc. p. 520 et s. ; P.-F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, rééd. Par J-P. LEVY, Dalloz, 2003, spéc. p. 982-983

⁹⁹⁵ P.-F. GIRARD, *op. cit.*, spéc. p. 929

succession (Section 1) mais également d'obligations, notamment payer le passif (Section 2).

Section 1 – La gestion intermédiaire de la succession par l'héritier exhérédé

156. La nécessité d'assurer la « gestion » de la succession tant que le légataire n'a pas été investi définitivement impose la création d'une période intermédiaire. Pendant cette période, l'héritier, pourtant exhérédé, a la faculté d'accomplir divers actes de gestion des biens légués (I). Il est évident que cette gestion ne concerne que les biens dont l'héritier a été privé par acte à cause de mort : s'agissant des actes entre vifs, la propriété des biens ayant d'ores et déjà été transférée, l'héritier ne saurait s'immiscer dans leur gestion.

Parallèlement, l'héritier exhérédé a l'obligation d'opérer le transfert de la chose léguée propriété du légataire, de payer son legs au légataire (II).

I – Une faculté théorique : se comporter comme le défunt

157. La difficulté ici consiste à distinguer ce qui ressort du titre d'héritier et ce qui est la conséquence de l'émolument successoral : lorsque l'héritier peut effectivement recueillir des biens dépendant de la succession, les actes qu'il accomplit le sont tantôt en tant qu'héritier, tantôt en tant que propriétaire. S'agissant d'un héritier exhérédé, seule la première catégorie d'actes doit être retenue.

L'héritier légal, privé de tout ou partie de l'émolument successoral, dispose-t-il de droits sur les biens dont il a été privé ? La réponse, à première vue négative, n'est pas si évidente. En effet, l'héritier était saisi, doctrine et jurisprudence ont pu être tentées

de faire jouer des effets réels à la saisine successorale. « Investiture possessoire »⁹⁹⁶, donnant « le droit à l'héritier d'être traité comme possesseur »⁹⁹⁷, la saisine semble avoir, pour la doctrine et la jurisprudence, des liens étroits avec certaines notions fondamentales du droit des biens. Parenté plutôt qu'identité, ces assimilations ne convainquent pas.

158. La saisine successorale est une notion singulière, atypique, que d'aucuns pourraient qualifier de *sui generis*.

Sans vouloir impérativement appliquer avec sévérité les règles de taxinomie juridique⁹⁹⁸, il est toujours délicat de ne pas réussir à classer une institution, une règle de droit, dans une catégorie juridique et évoquer l'existence de notions *sui generis*⁹⁹⁹ n'est jamais satisfaisant¹⁰⁰⁰. Et la saisine successorale se trouve dans une situation bien particulière : nommée par le Code civil, son régime juridique est flou, imprécis et incohérent. Curieuse notion que la saisine : expressément prévue par le Code civil, mais dont la définition et le régime juridique ont été subtilement éludés...

L'imprécision de la définition de la saisine s'explique par des raisons historiques : lors de la rédaction du Code civil, a été recherché un compromis entre les institutions coutumières et le droit écrit, entre propriété romaine et possession coutumière.

Lier saisine et possession occulte totalement cette différence fondamentale entre la possession coutumière et la possession telle que prévue par le Code civil. La possession coutumière s'inscrivait dans un ensemble juridique marqué par la division des biens : la propriété romaine avait fait place à un système de « propriétés »

⁹⁹⁶ H. VIALLETON, « La place de la saisine dans le système dévolutif français actuel », in Mélanges P. ROUBIER, tome 2, 1961, p. 283

⁹⁹⁷ H., L. et J. MAZEAUD, *op. cit.*, spéc. p. 434

⁹⁹⁸ O. CAYLA, « La qualification ou la vérité du droit », *Droits* 1994 p. 3

⁹⁹⁹ M. PAINCHAUX, « La qualification *sui generis* : l'inqualifiable peut-il devenir catégorie ? », *RRJ* 2004/3, p. 1567

¹⁰⁰⁰ Constat d'échec pour les uns (M. PAINCHAUX, *préc. spéc. note 40*), voire « refus paresseux d'analyse » pour les autres (L. AYNÈS, P.-Y. GAUTIER, P. MALAURIE, *Droit civil : les contrats spéciaux*, Defrénois, 4e éd., 2009, p. 34 § 19) la classification d'une notion dans une catégorie *sui generis* heurte une conception traditionnelle du droit français, basée sur le tri, sur la classification. Incertitude et liberté caractérisent les notions *sui generis*.

simultanées¹⁰⁰¹, de pouvoirs multiples s'exerçant sur le même bien. Plus que la propriété du bien c'était la – ou plutôt les – jouissance du bien qui étaient conférés à leur titulaire.

Une certitude s'impose aujourd'hui : la saisine n'est pas la propriété¹⁰⁰² : si un héritier peut exercer des droits de propriétaire, c'est en proportion de l'émolument reçu et non en raison de son titre d'héritier et de la saisine qui lui est associée.

L'héritier exhéredé ne peut exercer des droits de propriétaires sur les biens dont il a été privé, en particulier des actes de disposition.

159. Il n'est pas rare de voir, ci et là, la saisine successorale assimilée à la possession ou, plus précisément, une *autorisation à se mettre en possession*. L'héritier se trouverait dans la situation possessoire du défunt¹⁰⁰³ et pourrait exercer les mêmes droits et actions que ce dernier. Cette assimilation est séduisante mais s'incline devant une analyse sommaire de la notion de possession.

La possession issue du Code civil est une appropriation de fait, elle « n'est pas une prérogative juridique mais un pouvoir de fait sur un bien »¹⁰⁰⁴ : distincte de la propriété, la possession ne se transfère pas mais s'acquiert. Celui qui se revendique possesseur doit prouver qu'il dispose d'une emprise matérielle sur le bien litigieux, avec l'intention de se comporter en propriétaire¹⁰⁰⁵. Et il serait déraisonnable de présumer que l'héritier, par le seul fait du décès, dispose à la fois du *corpus* et de l'*animus* caractérisant la possession : il nous paraît excessif de dire que « *représentant la personne du défunt, l'héritier représente l'animus et le corpus qu'il avait acquis* »¹⁰⁰⁶.

¹⁰⁰¹ A-M. PATAULT, *préc.*, spéc. p. 37 et s. ; O. MARTIN, Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris, tome 2, Cujas, rééd. 1972

¹⁰⁰² H., L. et J. MAZEAUD, *op. cit.*, spéc. n° 1154 ; W. DROSS, *préc.*, p. 474

¹⁰⁰³ H., L. et J. MAZEAUD, *op. cit.*, spéc. n° 1156 ; J-M. TRIGEAUD, *La possession des biens immobiliers, nature et fondement*, préf. F. TERRÉ, Economica, 1981, spéc. p. 526

¹⁰⁰⁴ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Les biens*, PUF, 3e éd., 2008, spéc. n° 441

¹⁰⁰⁵ Et ce, qu'il soit de bonne (le possesseur pensait être le vrai propriétaire) ou de mauvaise foi (il sait ne pas être le vrai propriétaire). Cette connaissance n'a pas d'incidence sur le principe même de la possession, mais sur le délai exigé pour que la possession devienne propriété, par le jeu de la prescription acquisitive : art. 2272 C. civ.

¹⁰⁰⁶ J-M. TRIGEAUD, *op. cit.*

C'est oublier que la possession de l'Ancien droit – à laquelle succédait l'héritier – est différente de la possession du Code civil. Alors que la première pourrait être qualifiée, *mutatis mutandis*, de droit, la seconde n'est qu'un fait.

Si l'idée de continuation de la personne, reprise par le Code civil, n'est pas contestable, il est en revanche difficile de retenir que cette fiction entraîne continuation de la possession. Les droits et obligations – actives et passives – du défunt sont certes transmis à ses héritiers, mais tel ne saurait être le cas de la possession, qui n'est qu'une situation de fait. La protection juridique dont jouit la possession ne fait pas de la possession un droit, mais une situation protégée.

Certes, l'héritier – et, plus largement, toute personne ayant acquis de son auteur, soit à titre universel ou particulier¹⁰⁰⁷ – peut joindre à sa possession celle du *de cuius*, pour compléter la prescription. Mais la jonction n'est pas un effet de la saisine : elle est accordée à tout successeur, à titre gratuit ou onéreux et n'est donc pas un élément déterminant.

Pour une partie de la doctrine¹⁰⁰⁸, l'héritier serait investi de l'*animus*, même dans l'ignorance à la fois de l'ouverture de la succession et de sa qualité de successible. Néanmoins, cette analyse doit être écartée. L'héritier ne « représente » pas la personne du défunt : l'idée de succession à la personne ne signifie pas que l'héritier se *substitue* au défunt, mais lui *succède* : il y a transmission et non assimilation. L'intention qu'avait le défunt de se comporter en propriétaire ne saurait être présumée reprise par son héritier. Et l'*animus* n'est pas un droit – éventuellement transmissible – mais une intention, un état personnel au défunt.

Quant au *corpus*, il serait également constitué, malgré l'absence de détention matérielle du bien par l'héritier légal ou son représentant, même si le bien est déjà détenu par le légataire¹⁰⁰⁹. Si la nécessité d'une détention matérielle a parfois été

¹⁰⁰⁷ Art. 2265 C. civ. On comprend donc d'autant moins la « possession » présumée de l'héritier, puisque le légataire – saisi ou non – peut joindre sa propre possession à celle du défunt : il y aurait ici un conflit de possessions, réelle et présumée.

¹⁰⁰⁸ J.-M. TRIGEAUD, *op. cit.* : « L'inexistence de l'*animus* cognitif n'est pas un obstacle à l'acquisition de la saisine ».

¹⁰⁰⁹ Ce qui est le cas, par exemple, lorsque le légataire vivait avec le défunt – l'hypothèse la plus fréquente étant celle de la concubine du défunt – ou détenait le bien à titre onéreux, bien qui lui aurait par la suite été légué : tel serait le cas du locataire d'un bien. Il est vrai que dans ces deux hypothèses, les

« éludée par le législateur [...] par le biais d'une fiction de possession »¹⁰¹⁰ – notamment par la création des sûretés mobilières sans dépossession¹⁰¹¹ – ce qui n'est pas sans susciter quelques difficultés entre détenteurs fictifs et effectifs¹⁰¹². Si la notion de *corpus* virtuel, souvent invoqué dans le cadre de ces sûretés sans dépossession, fait l'objet de nombreux débats en doctrine¹⁰¹³, il ne semble pas que ces notions puissent être reprises ici. Ce *corpus* virtuel est insuffisant à expliquer la saisine de l'héritier sur le bien légué.

En effet, l'héritier saisi mais exhérédié ne dispose pas d'un contrôle juridique et d'une mainmise suffisants pour pouvoir prétendre exercer une véritable détention sur les biens légués. Il dispose certes de quelques pouvoirs¹⁰¹⁴, mais extrêmement limités et qui ne sauraient caractériser une détention – même fictive – des biens du défunt.

160. D'aucuns ont pu suggérer que la saisine pouvait être considérée comme une « possession juridique »¹⁰¹⁵. Selon l'auteur, « la saisine successorale est donc une forme de possession juridique, entendue comme l'image ou signe ostensible de l'appropriation des biens du de cuius par les héritiers les plus proches »¹⁰¹⁶.

Alors que le droit romain distinguait simplement le contrat – la rencontre des volontés – et la tradition – la remise de la chose objet du contrat – l'Ancien droit exigeait une investiture¹⁰¹⁷, qui correspond à la remise *publique* de la chose promise, remise qui était souvent l'occasion d'une perception de droits par l'autorité détenant la puissance

effets de la possession du légataire aurait été limités, en raison de l'équivoque la frappant (par ex. Cass. civ. 1^{ère}, Cass. 2^e civ., 10 novembre 1998 : Bull. Civ. 1998, II, n° 270, même si « la communauté d'habitation n'est pas un élément juridique rendant, à lui seul et de plein droit, la possession équivoque » (Cass. civ. 1^{ère}, 4 octobre 2005, pourvoi 02-11.494, Juris-Data 2005-030371).

¹⁰¹⁰ M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PETEL, *Droit des sûretés*, Litec, 8^e éd., 2007, n° 608

¹⁰¹¹ Gage sur véhicule automobile, warrant agricole, etc.

¹⁰¹² M. CABRILLAC, C. MOULY, S. CABRILLAC, P. PETEL, *op. cit.* ; J.-Cl. Civil Code, « Art. 2286 », fasc. 20, 2009, par J.-M. MARMAYOU, et les références citées

¹⁰¹³ V. notamment S. LUCAS-RAFFALLI, « Le *corpus* virtuel », RRJ 4/2000, p. 1461

¹⁰¹⁴ Cf. *infra*

¹⁰¹⁵ F. DANOS, *Propriété, possession et opposabilité*, préf. L. AYNES, Economica, 2007. Sur cette thèse, voir également le commentaire de R. LIBCHABER, « Frédéric DANOS, Propriété, possession et opposabilité », revue des thèses, RTDCiv. 2007 p. 207

¹⁰¹⁶ F. DANOS, *préc.*, n° 297

¹⁰¹⁷ Également appelée, selon les régions et les époques, vestitura, vêtue, saisine... Ces termes étant le plus souvent considérés comme des synonymes (O. MARTIN, *préc.*, spéc. p. 14 note 2 ; E. CHAMPEAUX, *Essai sur la « vestitura » ou saisine et l'introduction des actions possessoires dans l'ancien droit français*, thèse Paris, 1898).

publique¹⁰¹⁸. L'investiture peut être vue comme « l'extériorisation d'un transfert »¹⁰¹⁹. Dans la plupart des régions, le transfert ne se réalisait ni *solo consensu*, ni par la remise de la chose due : c'est l'investiture qui opérait le transfert. Autrefois constitutive, la publicité du transfert deviendra progressivement la publicité foncière, aujourd'hui essentiellement informative.

La saisine, au sens historique du terme, est donc à la fois le droit de jouir des utilités du bien et la publicité de ce droit, la mise en possession publique du titulaire de la saisine. Assimiler la saisine à une publicité – ou, plus précisément, à une dispense de publicité profitant à certains héritiers légaux – est vrai. Mais cette publicité n'est pas la propriété et ne saurait conférer de droit réel à l'héritier sur la chose dont il a été privé.

161. L'héritier exhérédé n'est pas plus propriétaire qu'il n'est possesseur des biens dont il a été privé : il a certes un droit de regard sur la transmission à cause de mort de ces biens¹⁰²⁰, mais ne saurait prétendre exercer des droits sur ces biens dont il n'est pas titulaire.

Au surplus, les règles propres à la publicité foncière pourront lui interdire toute publication de l'acte de disposition envisagé, dès lors que le légataire particulier a fait montre de diligences. Les légataires particuliers sont en effet incités à requérir l'établissement de l'attestation avant toute demande en délivrance, afin de bloquer les initiatives malheureuses des héritiers exhéradés. L'attestation de propriété immobilière est un acte soumis obligatoirement à publicité foncière, en application des dispositions de l'article 28-3° du décret n°55-22 du 4 janvier 1955. En principe, le défaut de publication n'entraîne que l'allocation de dommages-intérêts au profit de toute personne s'estimant lésée, conformément aux dispositions de l'article 30, 4. du décret du 4 janvier 1955 précité. Il convient d'insister sur ce point : la publication d'une attestation immobilière n'a pas pour effet l'opposabilité aux tiers¹⁰²¹.

¹⁰¹⁸ Le plus souvent, le seigneur. Cette perception persiste encore aujourd'hui, sous la forme des droits de mutation, à titre gratuit ou onéreux...

¹⁰¹⁹ A-M. PATAULT, *Introduction historique au droit des biens*, PUF, 1989, spéc. p. 27

¹⁰²⁰ Cf. *supra*

¹⁰²¹ La finalité de l'attestation immobilière est de respecter la règle de « l'effet relatif » (art. 3 D. n° 55-22, 4 janvier 1955 ; art. 32 D n° 55-1350 du 14 octobre 1955) selon laquelle « aucun acte ou

Par exception à cette règle, l'article 30, 4. précité dispose en son deuxième alinéa que « *le légataire particulier de droits immobiliers peut, sous réserve de l'application des articles 1035 et suivants du code civil, se prévaloir de la publication de l'attestation notariée à l'égard des ayants cause du défunt qui n'ont pas publié antérieurement les actes ou décisions judiciaires établissant, à leur profit, des droits concurrents* ».

Ainsi, la publication par le légataire particulier de son attestation empêche – à peine d'inopposabilité – la publication ultérieure¹⁰²² de tout acte de disposition passé par les héritiers légaux sur le bien légué. Dans une telle hypothèse, non seulement l'héritier ne peut s'opposer à la vente du bien par le légataire¹⁰²³, mais il ne pourra faire publier son acte de disposition portant sur le bien légué, ce qui le rendra ainsi inefficace, dès lors que le légataire particulier a, le premier, publié l'attestation immobilière.

162. Tout au plus la doctrine considère-t-elle majoritairement que l'héritier exhéredé peut accomplir des actes conservatoires sur les biens dont il a été privé. Mais force est de constater que la jurisprudence ne s'est que rarement intéressée à la question. Elle a pu estimer, en 1952¹⁰²⁴, qu'un légataire universel pouvait revendiquer des bijoux entre les mains du notaire détenteur, alors que ces bijoux avaient fait l'objet d'un legs particulier. L'héritier a également qualité pour poursuivre un débiteur de la succession¹⁰²⁵.

Il n'en reste pas moins, que, si l'héritier a la faculté d'accomplir des actes conservatoires, il est souvent difficile de déterminer le mobile qui a présidé à l'action de

décision judiciaire sujet à publicité dans un bureau des hypothèques ne peut être publié au fichier immobilier si le titre du disposant ou dernier titulaire n'a pas été préalablement publié, conformément aux dispositions du présent décret ». Cette sanction étant prévue par l'article 30, 1. du décret n°55-22 du 4 janvier 1955 pour les actes également soumis obligatoirement à publicité foncière mais emportant mutation ou constitution de droits réels immobiliers, tels que ventes, donations, etc. (art. 28, 1°, a), D. n° 55-22, 4 janvier 1955).

¹⁰²² Indépendamment de leur bonne ou mauvaise foi.

¹⁰²³ Cf. *infra*

¹⁰²⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 4 novembre 1952, Bull. Civ. I n° 284

¹⁰²⁵ CA Poitiers, 16 mai 1894, D. 1894.2.268. Cette décision est néanmoins très critiquable eu égard aux faits de l'espèce. Il ne s'agissait pas de n'importe quelle créance, mais d'une créance qui avait été léguée à titre particulier. La cour d'appel a étonnamment retenu, au soutien de sa solution, que la créance demeure « tant que la délivrance n'a pas été faite, dans le patrimoine de la légataire universelle [chargée de la délivrance] ».

l'héritier. L'acte a-t-il été accompli dans l'intérêt du légataire ? Ou de l'héritier lui-même, afin de sauvegarder ses droits en prévision d'une éventuelle nullité du testament ?

Il est vrai que si l'héritier accomplit malgré tout de tels actes sur les biens légués, dont il n'est pas propriétaire, le tiers contractant – notamment l'acquéreur – sera naturellement protégé par la théorie de l'héritier apparent. En application de cette théorie, les tiers de bonne foi qui agissent sous l'empire de l'erreur commune sont immunisés contre la nullité du titre du propriétaire apparent¹⁰²⁶. L'acte est alors valable à deux conditions : la bonne foi de du contractant (il ignorait que l'héritier n'est pas propriétaire) et l'erreur commune (tout le monde avait cette croyance). Lorsque l'acquéreur de bonne foi a acquis d'un héritier apparent, la jurisprudence retient que cet héritier apparent est « investi de son droit de propriété par l'effet de la loi et, dès lors, le vice affectant le titre du propriétaire apparent est sans influence sur la validité de l'aliénation par lui consentie »¹⁰²⁷.

Mais ceci ne résout pas la question de la validité de l'acte. La théorie de l'héritier apparent ne permet que de protéger celui qui a cru, de bonne foi, contracter avec le véritable propriétaire, non de présumer de la validité de l'acte accompli.

Les actes accomplis par l'héritier dans son propre intérêt ne devraient être que de deux sortes : apposition des scellés et établissement d'un inventaire¹⁰²⁸. A l'inverse, les actes réalisés dans l'intérêt des légataires devraient être les plus larges possibles, à condition d'être nécessaires à la sauvegarde du legs et respectueux des pouvoirs préférables du véritable propriétaire.

¹⁰²⁶ V. notamment Cass. req., 6 janvier 1930, DP 1931.1.43, note LAURENT ; Cass. civ. 1^{ère}, 3 avril 1963, JCP G 1964 II 13502, note MAZEAUD

¹⁰²⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 9 janvier 1996, pourvoi 93-20.460, Bull. Civ. I, n° 15, JCP G 1997 I 4010, obs. H. PERINET-MARQUET, à propos d'un testament tardivement découvert

¹⁰²⁸ V. not. CA Douai, 18 Avril 1985, Juris-Data 1985-041659 ; Cass. civ. 1^{ère}, 18 Avril 2000, pourvoi 98-15.789 ; Cass. civ. 1^{ère}, 28 février 2006, pourvoi 04-15.770 ;

II – Une faculté limitée : les pouvoirs préférables du légataire

163. A l'inverse, la plupart des auteurs estiment que, tant que le legs n'a pas été délivré, son bénéficiaire ne peut exercer aucun droit y afférent.

La doctrine retient généralement¹⁰²⁹ que le légataire soumis à un contrôle – délivrance de legs ou envoi en possession – ne peut appréhender les biens successoraux, dont il est pourtant propriétaire, avant l'accomplissement de cette formalité. Cette pétition de principe n'est cependant assortie d'aucune sanction : l'héritier exhérédié, malgré sa saisine, ne peut s'opposer à l'appréhension des biens par le légataire, véritable propriétaire. Si, ainsi que le retiennent la doctrine et la jurisprudence, la délivrance de legs et l'envoi en possession ont pour but de mettre le légataire en possession des biens légués, les héritiers exhérédiés – pourtant titulaires de la saisine – ne peuvent s'opposer à la prise de possession des biens par le légataire et aux actes que celui-ci pourrait souhaiter accomplir avant l'accomplissement des formalités prévues par la loi.

Contrairement à la solution avancée par une partie de la doctrine¹⁰³⁰, la jurisprudence retient que l'héritier ne peut s'opposer à la vente des biens par le légataire¹⁰³¹, même avant toute demande en délivrance de legs. On peut raisonnablement penser que cette solution s'étend à tous les actes passés par le légataire indépendamment de toute investiture. La jurisprudence a pu notamment estimer que le légataire pouvait accomplir des actes conservatoires¹⁰³² et notamment

¹⁰²⁹ M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 418 et 425

¹⁰³⁰ J.-Cl. Not. Form., « Délivrance de legs », fasc. 20, 1998, par M. MATHIEU

¹⁰³¹ Cass. civ. 1^{ère}, 21 novembre 1978, pourvoi 77-11.843, Bull. Civ. n° 355 ; Cass. civ. 3^e, 1^{er} octobre 1997, pourvoi: 95-14.892, inédit : « le legs fait à la commune [légataire] avait donné à celle-ci, dès le jour du décès du testateur, un droit à la chose léguée et que la délivrance ou la demande en délivrance du legs n'avaient aucune influence sur la force de la présomption résultant pour les [acquéreurs du bien légué] de l'acte translatif de propriété qu'ils invoquaient comme titre » ; Cass. civ. 1^{ère}, 5 mars 2002, pourvoi 99-18.984, Juris-Data 2002-013314, D 2002 p. 2555 obs. R. LIBCHABER, AJ fam. 2002.186. note S. DEIS-BEAUQUESNE

¹⁰³² CA Nancy, 9 décembre 1891, DP 1892.2.270, à propos d'une tierce opposition ; CA Aix-en-Provence, 25 novembre 1925, Gaz. Pal. 1926. 1.269, pour une saisie-arrêt – mesure essentiellement provisoire – pratiquée par un légataire particulier avant toute demande en délivrance. La Cour estime cependant que le légataire particulier n'a aucune action contre le détenteur (héritier ou légataire

solliciter la désignation d'un administrateur provisoire¹⁰³³. En l'espèce, la légataire universelle se trouvait en conflit avec l'héritière réservataire. La Cour de cassation a, à juste titre, admis la désignation de l'administrateur malgré l'existence de la réserve. Celle-ci n'a en effet pour seul effet que de limiter les libéralités excessives. Elle doit certes parvenir à son titulaire libre de toute charge, mais cette règle ne saurait octroyer à l'héritier réservataire une omnipotence et une totale liberté de gestion de la succession. Indépendamment de toute délivrance, le légataire, propriétaire depuis le jour du décès, doit avoir la faculté de solliciter toute mesure conservatoire, apte à préserver ses intérêts¹⁰³⁴. La position de la Cour de cassation doit être approuvée : le légataire étant propriétaire depuis le jour du décès, lui interdire tout acte portant sur le bien reviendrait à créer une indisponibilité de fait, indisponibilité¹⁰³⁵ qui ne se trouverait nullement justifiée.

Par ailleurs, il n'existe pas d'actions spécifiques, ouvertes à l'héritier légal, permettant de faire cesser un éventuel trouble¹⁰³⁶. Les actions possessoires leurs sont en particulier fermées, faute de pouvoir se prétendre possesseurs. Rappelons en effet que ces actions sont soumises à des conditions de recevabilité strictes¹⁰³⁷ : Elles supposent notamment une possession effective, et non virtuelle, d'au moins un an¹⁰³⁸. Et n'étant bien sûr pas propriétaire des biens légués, l'héritier exhéredé en saurait utilement invoquer l'action pétitoire. L'héritier se trouve donc démuné, et ceci est fort logique, face au légataire propriétaire du bien, même non investi.

universel) de l'objet qui lui a été légué, avant d'avoir obtenu de ce dernier ou de la justice la délivrance dudit legs.

¹⁰³³ Cass. civ. 1^{ère}, 4 mars 1975, Bull. Civ. I n° 93

¹⁰³⁴ Et ce, même en supposant que les droits du légataire ne sont, tant que la délivrance n'est pas intervenue, qu'en formation : C. BRENNER, *L'acte conservatoire*, LGDJ, Bibl. dr. privé, tome 323, 1999, spéc. n° 483 et s.

¹⁰³⁵ Sur ce thème, F. PLANCKEEL, *Indisponibilités et théorie du droit : contribution à la redéfinition du système juridique*, thèse Lille 2, 2004

¹⁰³⁶ CA Paris, 9 avril 2000, Juris-Data : 2010-003822 : « la procédure de levée des scellés, minutieusement décrite et réglementée par les articles 1317 à 1322 du code de procédure civile, est de nature à prévenir tout dommage aux éventuels héritiers "ab intestat" dans l'hypothèse où les procédures en cours aboutiraient à l'invalidation des dispositions testamentaires et protège suffisamment les intérêts [de l'héritier] ».

¹⁰³⁷ J.-Cl. Civil Code, « Art. 2278 et 2279 », fasc. unique, 2009, par W. DROSS

¹⁰³⁸ Art. 1264 CPC

164. Le légataire ne pourrait-il dès lors céder le bien avant la délivrance de legs ? Le légataire est propriétaire du bien depuis le jour du décès et l'absence de délivrance de legs ne saurait rendre cette propriété indisponible : la cession paraît donc possible.

La question bien évidemment ne se pose pas pour les légataires par ailleurs héritiers *ab intestat* : dispensés de toute formalité, ils peuvent sans conteste, dès le jour du décès, exercer tous les droits et actions relatifs aux biens légués¹⁰³⁹.

Certes, pendant la période antérieure à la délivrance, la validité du legs est sujette à caution, mais rappelons que la délivrance n'a pas pour effet de conférer une totale validité juridique à l'acte testamentaire¹⁰⁴⁰. Au surplus, si cette vente peut paraître risquée¹⁰⁴¹, le danger n'est pas synonyme de prohibition. Rien n'interdit les actes de disposition, ou bien sûr d'administration, consentis par le légataire pendant la période antérieure à son investiture.

165. On pourrait objecter que les règles de la publicité foncière s'opposent à une telle cession : en réalité il n'en est rien. Les exigences de la publicité foncière ne gênent aucunement le légataire souhaitant accomplir un acte de disposition portant sur le bien légué¹⁰⁴². En effet, l'article 69 du décret n° 55-1350 du 14 octobre 1955 dispose que « *l'attestation notariée, dont la publication est prescrite par les articles 28, 3° et 29 du décret [n° 55-22] du 4 janvier 1955, doit mentionner, le cas échéant, le testament, la décision judiciaire ordonnant l'envoi en possession, l'acte de délivrance de legs ou la décision judiciaire statuant sur la demande en délivrance* » : de prime abord, la délivrance de legs ou l'envoi en possession – si ceux-ci sont nécessaires¹⁰⁴³ – paraissent donc être indispensables à l'établissement de l'attestation.

¹⁰³⁹ Voir par exemple Cass. civ. 1^{ère}, 22 février 2007, pourvoi 06-14.737, RDLC avril 2007 n° 2504 p. 54 obs. F. LEANDRI, à propos d'une demande de provision sur le remboursement d'un prêt consenti par le *de cuius* à un tiers.

¹⁰⁴⁰ Cf. supra

¹⁰⁴¹ Notamment en cas d'annulation du testament

¹⁰⁴² J.-Cl. Not. Form., « Attestation notariée », fasc. 10, 1993, par H. MAZERON

¹⁰⁴³ Ce qui n'est pas le cas de l'héritier-légataire

L'alinéa 2 du texte envisage cependant l'hypothèse d'une délivrance ou d'un envoi en possession intervenue après l'établissement de l'attestation : dans un tel cas, l'attestation initiale devra être rectifiée mais seulement dans le cas où la dévolution héréditaire telle qu'elle est révélée par la première attestation se trouve modifiée. L'analyse de cet aliéna permet de révéler deux éléments.

D'une part, l'accomplissement des formalités de délivrance ou d'envoi en possession n'est pas nécessaire à l'établissement de l'attestation : le conservateur des hypothèques ne pourra refuser d'accomplir la formalité de publication de l'attestation en arguant du défaut de réalisation de ces formalités. Plus généralement, le conservateur des hypothèques n'étant pas juge de la validité des actes¹⁰⁴⁴ soumis à publicité foncière, il ne lui appartient pas d'exiger la production d'un acte de délivrance ou une décision d'envoi en possession. Surtout, la règle de l'effet relatif¹⁰⁴⁵ aura été respectée puisque le légataire aura publié son propre titre.

D'autre part, le deuxième alinéa de l'article 69 n'exige l'établissement d'une attestation rectificative « *seulement dans le cas où la dévolution héréditaire telle qu'elle est révélée par la première attestation se trouve modifiée* » : aucune publication n'est exigée si l'attestation initiale correspond à la dévolution souhaitée par le défunt.

L'attestation ne contenant pas mention des formalités testamentaires sera-t-elle de nature à gêner la vente du bien par le légataire ? La réponse est ici encore négative. Le conservateur des hypothèques n'est pas juge de la validité des actes qui lui sont soumis, il ne saurait exiger la production d'une attestation mentionnant l'existence de la délivrance de legs ou de l'envoi en possession, notamment lorsque l'accomplissement de l'une ou l'autre formalité n'est par ailleurs pas toujours nécessaire. Dès lors que l'attestation a valablement été publiée, le conservateur des hypothèques est tenu de

¹⁰⁴⁴ J-Cl. Not. Form. « Publicité foncière », fasc. 60, 2000, par P. FREMONT et D. MONToux, spéc. n° 7. La jurisprudence retient simplement que si les textes n'empêchent pas qu'un précédent propriétaire requiert une formalité – et ce même si le nouveau propriétaire a déjà fait publier son titre – le conservateur des hypothèques devait s'assurer de la concordance du document déposé et des documents publiés antérieurement, et rejeter la formalité requise par le précédent propriétaire (Cass. civ. 3e, 12 juin 1996, *Hedreul*, pourvoi 94-18.004, JCP N 1997 p. 53 note P. FREMONT ; Question Sénat n° 3090, JO Sénat 2 décembre 2004, p. 2763 ; v. également P-A. GIRARD et J-P. PROHÀSZKA, « La publicité foncière : 20 questions/réponses », Petites affiches, 15 mai 2003 p. 50).

¹⁰⁴⁵ Cf. supra n° 161

publier les actes subséquents qui ne lui seraient pas contradictoires, conformément à la règle de l'effet relatif.

Le conservateur des hypothèques est tenu de vérifier la concordance entre l'acte passé (par exemple une vente) et les documents précédemment publiés : cette condition est ici parfaitement remplie. Le légataire souhaitant céder la chose léguée apparaît bien comme dernier titulaire, au sens de l'article 32 alinéa 2 du décret n° 55-1350 du 14 octobre 1955.

166. En pratique, il arrive que de telles ventes soient conclues sous la condition suspensive de la délivrance des legs¹⁰⁴⁶ : il ne s'agit pas d'une obligation, mais d'une mesure de prudence, destinée à protéger les intérêts à la fois de l'acquéreur et des héritiers évincés. Bien évidemment, dans ce cas de figure, à la fois la vente sous condition et la délivrance de legs – en tant que condition suspensive réalisée – devront être publiées¹⁰⁴⁷.

Les ventes sous condition suspensive de délivrance de legs sont des pratiques courantes, mais non obligatoires. La délivrance de legs ne garantit pas en effet la totale validité du legs. Elle permet toutefois de s'assurer que les héritiers ont bien connaissance de l'existence du testament et de rappeler à l'acquéreur que le titre du légataire-vendeur reste fragile. Mais la délivrance de legs n'a qu'une vertu informative : elle ne permet pas de sécuriser totalement la vente. Coûteuse¹⁰⁴⁸, elle révèle surtout un souci de prudence de la part des vendeurs et acquéreurs.

Une fois la vente conclue, même en l'absence de toute délivrance ou envoi en possession, l'héritier ne pourrait rien faire : aucune action ne lui est offerte. Tout au

¹⁰⁴⁶ Pour un exemple jurisprudentiel, voir Cass. civ. 1^{ère}, 29 janvier 1985, pourvoi 83-16.292, Juris-Data 1985-000636

¹⁰⁴⁷ Art. 28, 1°, a), D. n° 55-22, 4 janvier 1955 pour la vente et l'article 28, 4°, b) du décret du 4 janvier 1955 pour l'acte constatant l'accomplissement de la condition suspensive.

¹⁰⁴⁸ La vente sous condition suspensive sera publiée au tarif des actes innommés (art. 680, CGI, soit 125 €) et donnera lieu à perception du salaire du conservateur (art. 296, ann. III, CGI, soit 0,10%). Lors de la réalisation de la condition, les droits de mutation à titre onéreux (5,09 % pour une vente) seront perçus, ainsi, une fois de plus, que le salaire du conservateur à 0,10 % (Question A.N. n° 48932, *Mauger*, JOAN 24 septembre 1984 p. 4236).

plus, en cas d'annulation ultérieure du testament¹⁰⁴⁹, l'héritier pourra-t-il revendiquer les biens objet du legs, le tiers cocontractant pouvant, quant à lui, être protégé par la théorie de l'héritier apparent¹⁰⁵⁰. En outre, les actes accomplis par le légataire universel avant l'envoi en possession seront rétroactivement validés par l'ordonnance d'envoi en possession¹⁰⁵¹.

Section 2 – La prise en charge définitive du passif successoral

Alors que la gestion de la succession n'est que facultative pour l'héritier exhéredé et ses pouvoirs limités, la prise en charge du passif est quant à elle définitive. Bien que disjoint de l'émolument effectivement reçu, le paiement des créanciers successoraux s'impose à l'héritier légal. Le passif ne dépend pas de l'émolument successoral, mais du titre d'héritier conféré par la loi.

S'agissant de la prise en charge du passif, deux questions se posent¹⁰⁵² : la détermination des débiteurs tenus des dettes du défunt et l'étendue de leur obligation.

I – La détermination des débiteurs de l'obligation au passif

167. Concernant l'héritier exhéredé, la question qui le concerne au premier chef n'est pas celle de l'étendue de la prise en charge du passif par le légataire qui l'a

¹⁰⁴⁹ Qui se révélerait, par exemple, être un faux.

¹⁰⁵⁰ L. CREMIEU, « De la validité des actes accomplis par l'héritier apparent », RTDCiv. 1910 p. 39 ; Rép. Civ. Dalloz, « Apparence », 2009, par M. BOUDOT, spéc. n° 91 et s.

¹⁰⁵¹ Cass. civ. 1^{ère}, 12 décembre 1973, JCP G 1974 II, 17738 note H. THUILLIER, Gaz. Pal. 1974.1.381 note J.V., RTDCiv. 1974, p. 444 et 648, obs. SAVATIER, à propos d'un congé donné au locataire.

¹⁰⁵² Ph. DURNERIN, *La notion de passif successoral*, LGDJ, Bibl. dr. privé, tome 217, 1992

privé de l'émolument successoral, mais le principe même de cette prise en charge par le légataire.

Par principe, les héritiers légaux sont tenus au paiement du passif successoral, indépendamment de leur émolument. Dès lors qu'il accepte la succession, l'héritier est redevable du passif successoral, quelle que soit l'étendue de ses droits, sauf en présence de légataires également tenus au passif. Un partage s'opérera alors en fonction de leurs émoluments respectifs. Et il a toujours été admis que les légataires universels ou à titre universel devaient contribuer au passif successoral, en proportion de leur émolument, en tant que continueurs de la personne du défunt¹⁰⁵³. Les articles 1009 et 1012 du Code civil sont sur ce point sans équivoque¹⁰⁵⁴. En présence de tels légataires, l'héritier n'est pas dispensé *directement* du passif, mais le sera *indirectement* lorsque les legs consentis absorberont l'intégralité de l'actif successoral.

168. La question est plus sensible lorsque l'héritier se voit privé de tout ou partie de son émolument par des legs particuliers ou des libéralités entre vifs. Les bénéficiaires de telles libéralités étant dispensés du paiement des dettes du *de cuius*¹⁰⁵⁵, l'héritier légal reste seul tenu : la privation de son émolument – partielle, voire totale, lorsque ces libéralités absorbent la totalité de l'actif successoral – ne le dispense aucunement de l'obligation au passif successoral.

Et l'application de cette règle prend un relief bien particulier lorsque le passif est composé de legs de choses de genre, de sommes d'argent notamment. Que l'héritier soit tenu au paiement du passif successoral ne pose aucune difficulté, mais par la Cour de cassation¹⁰⁵⁶ l'extension de ce passif aux legs de sommes d'argent a indigné la plupart

¹⁰⁵³ FLOUR et SOULEAU, *op. cit.*, n° 243 ; F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 744 ; Cass. civ. 1^{ère}, 19 décembre 1995 : Juris-Data n° 1995-003732 ; Bull. Civ. n° 476 ; Cass. civ. 1^{ère}, 16 juillet 1997, pourvoi 95-18.978, Bull. Civ. I n° 253

¹⁰⁵⁴ La Cour de cassation a cependant jugé qu'un légataire de la quotité disponible qui reçoit la totalité des biens existants d'une succession doit supporter la totalité du passif, l'héritier réservataire ayant en l'espèce été rempli de ses droits par une donation et ne participait donc pas au partage. Les créanciers de la succession n'ayant aucun droit sur les biens donnés, définitivement sortis du patrimoine du défunt, l'héritier ne saurait être tenu du passif (Cass. civ. 1^{ère}, 16 janvier 1974, Bull. Civ. I, n° 25).

¹⁰⁵⁵ Art. 1024 C. civ.

¹⁰⁵⁶ Cass. civ. 1^{ère}, 4 août 1904, D 1904.1.513 ; CA Paris 13 décembre 1965, D 1966 p. 275 note Ph. MALAURIE

des auteurs¹⁰⁵⁷. Protestations d'autant plus vives que les héritiers réservataires sont à l'abri du paiement *ultra vires* des legs de choses de genre : il leur suffit de demander la réduction des legs excessifs pour en limiter automatiquement le montant. Les héritiers non-réservataires, quant à eux, ne sont pas protégés par une telle institution : ils sont tenus au paiement de ces legs, y compris sur leurs deniers personnels.

Or, en pratique, il n'est pas rare de voir des testateurs léguer une multitude de petites sommes d'argent – souvent au profit d'associations – qui, cumulées, dépassent le montant de l'actif successoral.

Deux innovations, issues de la loi du 23 juin 2006¹⁰⁵⁸, ont permis de tempérer cette règle. D'une part, pour les successions ouvertes à compter du 1^{er} janvier 2007, l'article 785 alinéa 2 du Code civil dispose que l'héritier « *n'est tenu des legs de sommes d'argent qu'à concurrence de l'actif successoral net des dettes* ». La loi du 23 juin 2006 a introduit cette précision relative aux legs de sommes d'argent (et uniquement eux¹⁰⁵⁹) afin d'éviter que ces legs ne rendent déficitaire une succession qui, normalement, ne devrait pas l'être. Si l'exhérédation permet au défunt de priver tout ou partie de l'émolument revenant *ab intestat* à ses héritiers, il ne saurait, par une volonté *post mortem*, grever le patrimoine de ses successeurs de charges dépassant l'actif successoral. La loi transpose ainsi l'adage *nemo liberalis nisi liberatus*, imposant le paiement des dettes avant celui des legs particuliers, dont l'application était, jusqu'à présent, source de controverses.

En présence de legs de sommes d'argent importants, ce texte présente un avantage indéniable. Si l'héritier ne souhaite pas particulièrement conserver les biens qui n'ont pas été légués, il leur est bien sûr possible de renoncer à la succession. Mais si les successibles désirent conserver les quelques biens existant non légués, quitte à délivrer les legs de somme d'argent sur leurs deniers personnels, cela est possible sans que lesdits legs n'obèrent de manière trop importante leur patrimoine personnel.

¹⁰⁵⁷ F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *op. cit.*, n° 760, p. 626 ; SOUM, *op. cit.*, n° 29 et les références citées.

¹⁰⁵⁸ V. BREMOND, « Le nouveau régime du passif successoral », D 2006 p. 2561 ; *adde* du même auteur, « Les nouveaux tempéraments à l'obligation *ultra vires successionis* », JCP N 2006 p. 1366

¹⁰⁵⁹ Le legs d'un compte bancaire en est notamment exclu.

169. D'autre part, il est désormais permis à un héritier au paiement du passif *ultra vires* d'obtenir en justice d'être exceptionnellement relevé de la charge personnelle d'une dette lorsqu'il a pu légitimement l'ignorer en acceptant la succession et que son acquittement aurait pour effet d'obérer gravement son propre patrimoine.

Malgré l'indéniable avancée que ce texte offre aux héritiers, il n'est pas évident cependant qu'il soit souvent mis en œuvre, tant ses conditions d'applications sont sujettes à interprétation, s'agissant notamment de l'atteinte portée au patrimoine de l'héritier ou de la connaissance de la dette. Ainsi qu'il a été précisé¹⁰⁶⁰, il est parfaitement possible de concevoir un héritier ou un légataire sans émoulement actif, mais tenu au passif. Tel est notamment le cas en présence de legs particuliers absorbant la totalité de l'actif successoral : dans une telle hypothèse, l'attitude la plus rationnelle consiste à renoncer à la succession, afin d'être définitivement déchargé du passif¹⁰⁶¹, voire accepter sous bénéfice de d'inventaire ou à concurrence de l'actif net¹⁰⁶².

Mais s'il entend accepter la succession – en particulier lorsque l'exhérédation n'est que partielle, un partage du passif devra s'opérer entre l'héritier légal et les différents gratifiés à cause de mort, à condition que ceux-ci en soient tenus.

170. Dépassant ces innovations ponctuelles, la doctrine¹⁰⁶³ propose aujourd'hui la remise en cause du principe même suivant lequel le légataire particulier, et singulièrement le légataire de corps certain, doit être dispensé du paiement du passif successoral, évitant ainsi le report du passif sur les héritiers pourtant privés de cet émoulement. Eu égard à la rédaction actuelle de l'article 1024 du Code civil, cette proposition nécessiterait une réforme législative, destinée à étendre au légataire particulier les règles applicables aux légataires universels ou à titre universel, même si, pour la doctrine, cette situation correspond déjà au droit positif. Une telle proposition doit être approuvée : si la dispense d'obligation au passif semble liée à l'absence de

¹⁰⁶⁰ Cf. supra n° 166

¹⁰⁶¹ A l'exception, dans certains cas, des frais funéraires : cf. supra

¹⁰⁶² En fonction de la date du décès, antérieure ou postérieure au 1^{er} janvier 2007 : art. 47 L 23 juin 2006

¹⁰⁶³ V. ZALEWSKI, « La réduction des legs en l'absence d'atteinte à la réserve », RLDC avril 2012 p. 40

saisine des légataires particuliers¹⁰⁶⁴, cette position ne résiste pas aux critiques précédemment énoncées. Recueillant une part de l'émolument, on ne voit pas pourquoi le légataire particulier ne pourrait être tenu au paiement d'une fraction du passif. Il est vrai que le calcul de la fraction de droits pesant sur le légataire particulier peut s'avérer complexe, dans la mesure où elle nécessite au préalable l'évaluation de la valeur du legs et sa comparaison avec la valeur de l'actif total. Mais cette difficulté purement factuelle et mathématique n'empêche aucunement une modification législative en ce sens.

II – L'étendue de la prise en charge du passif

171. L'héritier évincé de la succession, éventuellement tenu au paiement du passif, a dès lors intérêt à connaître l'étendue de l'obligation pesant sur ses coobligés.

Si la question ne se pose pas en l'absence de libéralités – tous les héritiers légaux¹⁰⁶⁵ sont tenus *ultra vires* au paiement des dettes successorales, en proportion de leur émolument – la question du partage du passif entre héritiers légaux et gratifiés n'a pas toujours été évidente.

L'étendue de la prise en charge du passif par les légataires est sans doute l'une des questions qui a le plus agité la doctrine en matière successorale¹⁰⁶⁶ : entre saisine et continuation de la personne du défunt, succession aux biens et succession à la personne, la question a suscité de nombreux débats et contre-débats, discussions passionnées et controverses acharnées¹⁰⁶⁷.

¹⁰⁶⁴ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Cours de droit civil, les successions*, PUF coll. Droit Fondamental, 2012, spéc. n° 83

¹⁰⁶⁵ En ce compris les successeurs anomaux, également tenus au paiement du passif : J-Cl. Civil Code, «Art. 870 à 877 », fasc. 10, 2005, par C. BRENNER, spéc. n° 116

¹⁰⁶⁶ Parfois considérée comme « l'une des questions les plus irritantes de l'heure actuelle » par la doctrine de l'époque (H. VIALLETON, Commentaire de l'ordonnance 58-1307 du 23 décembre 1958, D. 1959 Lég. 406).

¹⁰⁶⁷ J-Cl. Civil Code, «Art. 870 à 877 », fasc. 20, 2005, par C. BRENNER, spéc. n° 11 et s.

L'article 724 du Code civil, dans sa rédaction antérieure à la loi du 3 décembre 2001¹⁰⁶⁸, disposait en effet que « les héritiers légitimes, les héritiers naturels et le conjoint survivant sont saisis de plein droit des biens, droits et actions du défunt, sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession ». *Sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession* : ces quelques mots ont provoqué bien des débats. La prise en charge du passif successoral est-elle liée à la saisine ? À la notion de continuation de la personne du défunt ? À l'émolument reçu ? Certains auteurs ont pu estimer que, continuateurs de la personne du défunt, les héritiers saisis étaient seuls tenus au passif *ultra vires*, les successeurs testamentaires – universels ou à titre universel – n'étant que des successeurs aux biens, tenus uniquement *intra vires*, à concurrence de l'émolument reçu¹⁰⁶⁹.

La jurisprudence retient au contraire, depuis le célèbre arrêt *Toussaint*¹⁰⁷⁰, rendu au visa des articles 1009 et 1012 du Code civil, que « le droit à une quotité de succession implique l'obligation de supporter une quotité proportionnelle des dettes et charges ; que ce droit et cette obligation sont des conséquences corrélatives de tout titre successif universel ; qu'il n'y a point à distinguer, sous ce rapport, entre les successeurs à titre universel qui sont institués par la loi et ceux qui sont institués par la volonté de l'homme ; qu'il n'y a pas à distinguer davantage, soit entre le légataire universel qui, se trouvant en concours avec un héritier à réserve, est tenu de demander la délivrance et le légataire universel qui, ne concourant point avec un héritier légitime, est saisi de plein droit de la succession, soit même entre le légataire universel et le légataire à titre universel ; que ces divers légataires sont, comme les héritiers eux-mêmes, de véritables successeurs à titre universel, ayant les mêmes droits, sujets aux mêmes charges ».

Malgré les réticences ponctuelles¹⁰⁷¹ de la jurisprudence¹⁰⁷², la solution est aujourd'hui admise tant en doctrine¹⁰⁷³ que par les juridictions.

¹⁰⁶⁸ Le texte n'a quasiment pas connu de changement entre 1804 et 2001 : la seule modification, apportée par l'ordonnance 58-1307 du 23 décembre 1958, en l'extension au conjoint survivant de la catégorie des héritiers saisis.

¹⁰⁶⁹ AUBRY et RAU, *op. cit.*, t. 6, 4e éd., § 583

¹⁰⁷⁰ Cass. civ., 13 août 1851, *Toussaint de Gérard*, D 1851.1.281, GAJC n° 104

¹⁰⁷¹ Les cours d'appel ayant majoritairement adopté la position retenue par la Cour de cassation en 1851 : v. par ex. Poitiers, 16 mars 1864, D 1864.2.118 ; Bordeaux, 12 juillet 1867, D 1868.2.167 ;

Et la loi du 3 décembre 2001 a parfait cette évolution, en modifiant l'article 724 du Code civil, désormais privé de la mention « *sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession* » et en créant un nouvel article 723, aux termes duquel « *les successeurs universels ou à titre universel sont tenus d'une obligation indéfinie aux dettes de la succession* ». Ce texte sera, en 2006, supprimé et remplacé par un nouvel article 785 lequel, bien que ne visant que les successeurs, doit être étendu aux légataires et donataires à cause de mort en application de l'article 724-1 du Code civil.

La prise en charge *ultra vires* des dettes successorales par les légataires universels ou à titre universel est aujourd'hui une certitude. Exempter les légataires non saisis de toute obligation *ultra vires* aurait été inacceptable, en premier lieu pour les créanciers, dont le gage aurait varié en fonction de l'existence ou non d'héritiers réservataires¹⁰⁷⁴. Inacceptable pour l'héritier exhérédié surtout : en présence de légataires tenus uniquement *intra vires*, l'héritier saisi – notamment réservataire – aurait été tenu au paiement d'une faction de passif plus importante que celle des légataires.

Pourtant, le titre d'héritier ne protège toujours pas son titulaire contre le paiement du passif : indépendamment de son émolument, celui-ci en est toujours tenu, sauf en présence de légataires tenus également au passif. Dans ce cas, l'héritier légal pourra revendiquer un partage des dettes, voire une exemption totale. La volonté du défunt retrouve ici une certaine importance : en fonction de l'importance des legs consentis, les héritiers privés de l'émolument pourront être tenus au paiement des dettes de leur auteur.

Tenus de transmettre des biens dont ils ne seront jamais propriétaires, les héritiers exhérédiés peuvent être également tenus des charges y afférents ainsi que du passif successoral. Le transfert des biens légués, mission imposée à l'héritier acceptant

Toulouse, 16mars 1882, S 1883.2.73 obs. LABBE (à propos du conjoint survivant, à l'époque successeur irrégulier non saisi)

¹⁰⁷² CA Paris, 9 juin 1941, JCP G 1942, II, 1936, note P. VOIRIN ; Lyon, 8 octobre 1956 : D. 1956 J 764, Gaz. Pal. 1956, 2, 316, RTDCiv. 1957, p. 153, obs. R. SAVATIER

¹⁰⁷³ J.-Cl. Civil Code, «870 à 877 », *préc.*

¹⁰⁷⁴ A. SERIAUX, *Les successions, les libéralités*, PUF, Droit fondamental, 1993, 2^e éd., p. 292

bien qu'exhéredé, peut néanmoins présenter un certain nombre d'avantages sans commune mesure avec la mission confiée.

Chapitre 2 – Une obligation : transférer la chose léguée

Bien que propriétaire des biens dépendant de la succession, le légataire ne le détient pas nécessairement depuis le jour du décès. Il appartient dès lors à l'héritier pourtant évincé de transmettre la chose au légataire (Section 1) permettant, en contrepartie, la perception des fruits et revenus par l'héritier légal (Section 2).

Certains auteurs y ont vu une analogie avec l'obligation de donner, avec l'obligation de délivrance du vendeur¹⁰⁷⁵. Cette analyse nous paraît excessive et contraire à la position de la jurisprudence qui qualifie le légataire de propriétaire et ce dès le jour du décès.

Section 1 – Le contenu de l'obligation : la remise de la chose

Par la délivrance, l'héritier légal doit remettre la chose au légataire, pourtant propriétaire dès le jour du décès. Or, l'article 1018 du Code civil précise que le légataire doit recevoir le bien légué « avec les accessoires nécessaires et dans l'état où elle se trouvera au jour du décès du donateur »¹⁰⁷⁶. La délivrance pouvant intervenir parfois plusieurs années après le décès, la chose léguée peut connaître d'importantes variations tant juridiques que matérielles pendant cette période intermédiaire.

Alors que l'héritier tenu de délivrer le legs n'a que la *faculté* d'administrer la succession, il a l'*obligation* d'assurer le transfert au légataire devenu propriétaire.

¹⁰⁷⁵ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *loc. cit.*

¹⁰⁷⁶ Ce texte ne concerne en réalité que le legs de corps certains : pour le legs de choses fongibles, l'héritier doit simplement fournir au légataire un objet de qualité au moins moyenne : art. 1022 C. civ.

I - L'obligation : le « paiement » du légataire

Si l'héritier ne peut s'opposer à l'appréhension du bien par le légataire, véritable propriétaire, il arrivera souvent cependant que, le bien étant déjà en la possession de l'héritier, celui-ci se voit obligé de le remettre au légataire.

A - La remise matérielle de la chose

172. Le paiement du legs, c'est-à-dire la remise effective de la chose léguée, doit être soigneusement distingué de la délivrance – simple contrôle – même si les deux opérations sont souvent concomitantes : le paiement n'est que « la remise au légataire de ce qui lui est dû »¹⁰⁷⁷. Naturellement, le paiement par l'héritier n'est nécessaire que si celui-ci détient le bien légué par le *de cuius* : point de paiement si le légataire est déjà en possession !

Pour la jurisprudence en effet, doivent être distingués « la délivrance du legs, qui avait pour seul objet de reconnaître les droits du légataire, du paiement du legs lequel ne peut intervenir qu'au cours des opérations de partage par l'attribution au légataire de biens le remplissant de ses droits »¹⁰⁷⁸. Il convient cependant de nuancer la portée de cette décision : ne l'espèce, le legs était un legs universel conjoint, devant être délivré par l'unique héritier légal, réservataire. Une indivision s'était donc créée entre l'héritier et les légataires. La solution de la Cour de cassation méconnaît donc clairement la nature indivise de l'objet du legs. S'il est vrai que le partage aura pour effet l'attribution de droits exclusifs au légataire ou à l'héritier coindivisaire, tant que le partage n'est pas intervenu chacun dispose de droits concurrents mais identiques sur un même bien. C'est l'égalité de l'indivision qui s'imposera, et non une prétendue suprématie de l'héritier. Les légataires ne sauraient donc attendre un éventuel partage – à supposer qu'il reste des biens à partager entre les héritiers légaux – pour obtenir le paiement de leur

¹⁰⁷⁷ MALAURIE et AYNES, *Successions et libéralités*, *op. cit.* n° 524

¹⁰⁷⁸ Cass. civ. 1^{ère}, 10 mai 1988 : Bull. Civ. I, n° 141 ; R. 1988 p. 165 ; JCP N 1988 II p. 229, note crit. THUILLIER ; RTDCiv. 1988, p. 805, obs. crit. PATARIN ; Defrénois 1989, art. 34570, obs. G. CHAMPENOIS

legs¹⁰⁷⁹. Si le legs est consenti en pleine propriété, le légataire peut en revendiquer le paiement à tout moment, et si le legs n'est qu'indivis, le légataire a la faculté d'exercer tous les droits attachés à la qualité d'indivisaire, et doit corrélativement en subir toutes les obligations, à égalité avec ses coindivisaires, quel que soit leur titre.

173. Le « paiement » ne doit à vrai dire pas être analysé strictement : il ne s'agit pas de la remise emportant transfert de propriété d'une chose ou d'une somme emportant extinction d'une obligation, mais de la simple remise matérielle d'une chose par son détenteur.

Le seul cas dans lequel le paiement du legs emporte transfert de propriété est l'hypothèse du legs de somme d'argent. En raison de la fongibilité de la monnaie, le légataire de ces sommes n'a pas de droit sur les deniers dépendant de la succession. Il doit au mieux être considéré comme un créancier successoral, dont la créance est payée par les héritiers, peu important l'origine des deniers¹⁰⁸⁰, à concurrence de l'actif net.

S'agissant des legs de corps certains, voire des legs de fractions de succession, le « paiement » consiste simplement en la remise matérielle de la chose, non en un transfert de propriété. L'héritier détient simplement la chose léguée à titre précaire¹⁰⁸¹ et doit la remettre à son véritable propriétaire.

B - La remise de la chose léguée

174. C'est la chose objet du legs, dans son état au jour de l'ouverture de la succession qui doit être remise au légataire. Notons à ce titre que toute modification de l'état du bien antérieure au décès est opposable au légataire, qu'il s'agisse d'une modification juridique¹⁰⁸² ou matérielle¹⁰⁸³ du bien légué. Si le bien légué ne se retrouve

¹⁰⁷⁹ Cass. civ., 7 janvier 1936, D 1936.1.129 ; Cass. civ. 1ère, 16 juin 1969, Bull. n° 231

¹⁰⁸⁰ Deniers successoraux, prix de vente d'un élément successoral, deniers personnels des héritiers, etc.

¹⁰⁸¹ Art. 2266 C. civ. ; G-A. LIKILLIMBA, « La possession *corpore alieno* », RTDCiv. 2005 p. 1

¹⁰⁸² Notamment la vente du bien : art. 1038 C. civ.

pas dans le patrimoine du *de cuius* à son décès, il n'y a pas par principe report des droits des légataires sur les biens subrogés¹⁰⁸⁴ : le legs est caduc.

La jurisprudence admet qu'il ne s'agit là que d'une présomption simple, mais elle exige toutefois une intention contraire formellement exprimée par le testateur. Le légataire ne peut prétendre à l'attribution des sommes représentant le prix du vente du bien légué ou le bien qui lui est subrogé, que si le *de cuius* a manifesté expressément sa volonté de substituer les prix de vente aux biens légués soit dans les actes de vente, soit dans un testament ultérieur. La preuve contraire de l'intention de révoquer par l'aliénation est toujours possible. Elle reste toutefois difficile à établir¹⁰⁸⁵ et dépend de l'interprétation souveraine des juges du fond¹⁰⁸⁶.

Par ailleurs, si une hypothèque a été prise par le défunt sur le bien objet du testament, ou si un usufruit a été consenti, ceux-ci sont opposables au légataire, même si l'hypothèque ou l'usufruit ont été consentis postérieurement à la rédaction du testament : libéralité portant sur des biens à venir, le legs particulier ne donne de droit au légataire que si le testateur laisse ses biens à sa mort¹⁰⁸⁷. L'article 1020 du Code civil dispense donc fort logiquement l'héritier de mettre fin à l'usufruit ou de lever l'inscription hypothécaire.

L'article 1024 du Code civil dispose par ailleurs que le légataire particulier n'est pas tenu des dettes de la succession, « sauf l'action hypothécaire des créanciers » : le

¹⁰⁸³ En particulier la destruction, partielle ou totale, de la chose promise par le testateur : art. 1042 al. 1^{er} C. civ.

¹⁰⁸⁴ Cette règle ne concerne pas, bien évidemment, les légataires universels et les légataires à titre universel : ayant vocation à recevoir tout ou partie de la succession, leur legs n'est pas caduc : ils auront simplement droit à tout ou partie de la succession dans l'état où celle-ci se trouve au jour du décès, en ce compris, par exemple, le reliquat du prix de vente du bien, comme tous les autres effets successoraux (v. notamment Cass. req. 1^{er} décembre 1851, DP 1852.1.327).

¹⁰⁸⁵ En particulier, la caducité du legs est admise, même si la vente du bien n'a pas été décidée par le testateur lui-même, mais par son tuteur, avec autorisation du juge des tutelles. Ainsi, dans un arrêt en date du 30 juin 2004, il a été jugé que la vente par le tuteur d'un bien légué par le majeur protégé après son placement sous tutelle prive le legs d'effet. Le légataire n'a pas vocation à recevoir le prix de vente correspondant (Cass. civ. 1^{ère}, 30 juin 2004, Dr. fam. novembre 2004 comm. 212 note T. FOSSIER). Dans la mesure où le légataire – avant le décès du testateur – n'a aucun droit à faire valoir, il ne peut reprocher à ce dernier la révocation du legs. La faculté de révoquer un testament constitue un droit discrétionnaire exclusif de toute action en responsabilité (Cass. civ. 1^{ère}, 30 novembre 2004, JCP G 2005 II 10179 note J-R. BINET). Dès lors, si la vente est jugée valable, le légataire ne peut engager la responsabilité du tuteur.

¹⁰⁸⁶ Ce qui est le principe en matière d'interprétation testamentaire.

¹⁰⁸⁷ J-Cl. Civil, « Art. 1018 à 1024 », fasc. unique, 1990, par F. LUCET, spéc. n° 56

légataire peut donc être poursuivi par les créanciers du testateur en vertu de l'hypothèque, mais n'étant pas personnellement obligé à la dette¹⁰⁸⁸, il disposera d'un recours contre les héritiers, sur le fondement de la subrogation légale¹⁰⁸⁹.

Après l'ouverture de la succession, s'agissant de l'obligation, pour l'héritier, de transférer la chose dans l'état où elle se trouvait au jour du décès, deux garanties ont été imposées par le Code civil à l'héritier.

II – La garantie de l'obligation : l'hypothèque légale et le transfert des risques

175. Aux termes de l'article 1017, alinéa 2, du Code civil, les débiteurs de l'obligation de délivrance d'un legs « en seront tenus hypothécairement pour le tout, jusqu'à concurrence de la valeur des immeubles de la succession dont ils seront détenteurs ». Et cette hypothèque légale est confirmée par l'article 2400-4°, du Code civil. Ce texte, malgré sa généralité, ne concerne pas le légataire de corps certain. Si le paiement du legs ne peut être exécuté, le légataire exercera l'action en revendication du bien et éventuellement pourra agir en responsabilité contre les héritiers qui n'ont pu payer le legs promis.

La garantie hypothécaire concerne essentiellement le légataire à titre particulier d'une chose fongible, telle une somme d'argent. Ce legs engendre seulement une créance du légataire contre l'héritier chargé de la délivrance : le legs de chose de genre – et spécialement le legs de somme d'argent – est un passif successoral un peu particulier¹⁰⁹⁰. L'hypothèque, qui ne grève pas les immeubles de l'héritier, mais seulement les immeubles de la succession, doit être inscrite sur chaque immeuble.

Outre l'hypothèque légale, notons que le légataire de somme d'argent est placé dans une situation particulièrement confortable. Comme tout passif successoral, l'action

¹⁰⁸⁸ Pour une application, v. Cass. civ. 1^{ère}, 22 juin 2004, D 2005 p. 2114 par V. BRÉMOND.

¹⁰⁸⁹ Art. 874 C. civ.

¹⁰⁹⁰ En particulier, il ne peut être payé qu'après apurement de toutes les dettes. Issu de la loi du 23 juin 2006, l'article 785 aliéna 2 du Code civil dispose que l'héritier « n'est tenu des legs de sommes d'argent qu'à concurrence de l'actif successoral net des dettes » : cf. supra n° 167

du légataire se divise entre les divers héritiers coobligés : chacun n'est tenu de la dette que proportionnellement à la part qu'il recueille dans la succession¹⁰⁹¹, sauf volonté contraire du testateur, qui peut imposer solidairement à ses héritiers d'acquitter le legs¹⁰⁹². Mais le légataire de deniers peut opérer une saisie-arrêt entre les mains de l'héritier légal¹⁰⁹³ et provoquer la séparation des patrimoines du défunt et des successeurs, en vertu de l'article 878 du Code civil¹⁰⁹⁴, obtenant ainsi un droit de préférence sur les biens successoraux.

176. Par ailleurs, aux termes de l'article 1042 du Code civil, « *le legs sera caduc, si la chose léguée a totalement péri pendant la vie du testateur.*

Il en sera de même, si elle a péri depuis sa mort, sans le fait et la faute de l'héritier, quoique celui-ci ait été mis en retard de la délivrer, lorsqu'elle eût également dû périr entre les mains du légataire ».

Il s'agit ici de la simple application du principe selon lequel le débiteur d'un corps certain est libéré par la perte fortuite de la chose. D'un point de vue terminologique, malgré les termes du Code civil¹⁰⁹⁵, il ne s'agit pas d'une question de *caducité*, mais d'un problème de transfert de risques : le legs existe, mais son assiette est modifiée. Le légataire ne peut plus prétendre à la chose telle qu'elle existait au jour du décès. La caducité « consiste dans la disparition d'un acte juridique par suite de la disparition accidentelle d'un élément ou de la non-survenance d'un événement nécessaire à la

¹⁰⁹¹ Art. 1017 al. 1^{er} : cette règle correspond au principe selon lequel la délivrance du legs doit être demandée à tous les héritiers légaux (cf. *supra*).

¹⁰⁹² Bien que rare en pratique, cette solidarité a fait l'objet de quelques applications : v. par ex. Cass. req. 27 novembre 1905, D.P. 1906, 1, 310

¹⁰⁹³ Cass. civ. 28 juin 1880, S. 1882.1.448

¹⁰⁹⁴ L'ancien article 878 du Code civil, dans sa rédaction antérieure à la loi du 23 juin 2006 ne prévoyait pas l'extension de la séparation des patrimoines au légataire de somme d'argent. C'est la doctrine qui, par analogie, a souhaité l'application de ce privilège aux légataires (FLOUR et SOULEAU, *Droit civil, Les successions*, Armand Colin, 2^e éd., 1987, spéc. n° 262 et 324 ; F. TERRÉ et Y LEQUETTE, *Les successions. Les libéralités*, Précis Dalloz, 3^e éd., 1996, spéc. n° 768), suivie en cela par les rédacteurs de la loi de 2006. L'article 878 précise désormais que « Les créanciers du défunt et les légataires de sommes d'argent peuvent demander à être préférés sur l'actif successoral à tout créancier personnel de l'héritier ».

¹⁰⁹⁵ Le terme employé par la loi est impropre : v. notamment J-Cl. Civil, Art. 1039 à 1043, fasc. unique, 1996, par G. THOMAS-DEBENEST, spéc. n° 133 ; C. PELLETIER, *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, L'Harmattan, 2004, spéc. n° 52.

production de ses effets »¹⁰⁹⁶. Contrairement aux dispositions de l'article 1042 alinéa 1^{er} du Code civil, qui édictent un véritable cas de caducité, le second alinéa du texte prescrit une application particulière de l'adage *res perit debitori* : en tant que propriétaire, le légataire peut profiter des plus-values, mais doit supporter les moins-values subies par la chose léguée à compter du jour du décès. Le légataire peut revendiquer la chose dans l'état où elle se trouve après la survenance du sinistre et en réclamer notamment les reliefs.

Si une indemnité¹⁰⁹⁷ est subrogée au bien détruit en totalité ou en partie, l'indemnité entre dans le patrimoine du propriétaire de la chose détruite, à savoir ici dans le patrimoine du légataire¹⁰⁹⁸. La subrogation, interdite lorsque la destruction (totale ou partielle) est antérieure au décès en application de l'article 1042 aliéna 1^{er} du Code civil, joue pleinement lorsque le dommage intervient postérieurement au décès.

La doctrine suppose cependant, pour que la subrogation joue pleinement, que l'assurance ait été contractée au nom du légataire, ce qui n'est pas toujours le cas en pratique. En effet, il arrive fréquemment que, faute de temps, le contrat reste un certain temps au nom du défunt. Lors de la réalisation du sinistre, l'indemnité reviendra aux héritiers légaux, en tant que continueurs de la personne du souscripteur, à charge pour eux de délivrer la somme aux légataires, au titre de la subrogation.

L'héritier a-t-il pour autant l'obligation de souscrire une assurance ? Même si, en pratique, il arrive souvent que le notaire chargé du règlement de la succession continue de payer, au moyen des fonds successoraux¹⁰⁹⁹, les assurances relatives aux biens légués¹¹⁰⁰, il ne semble pas que ce paiement – voire la souscription ou le renouvellement du contrat – soit une obligation pour l'héritier légal, en tout cas s'agissant des assurances facultatives. Mais il s'agit d'une mesure évidemment prudente : la perte

¹⁰⁹⁶ Rép. Civ. Dalloz, « Acte », septembre 2006, par C. BRENNER, spéc. n° 158

¹⁰⁹⁷ Par exemple une indemnité d'assurance ou d'expropriation.

¹⁰⁹⁸ Voir par exemple Paris 27 novembre 1879, S. 81, 2, 233, à propos d'une indemnité d'expropriation

¹⁰⁹⁹ Sur le bien-fondé de ce paiement : cf. infra

¹¹⁰⁰ Notamment l'assurance-habitation.

totale ou partielle de la chose non assurée exposerait l'héritier au paiement d'indemnités réparatrices¹¹⁰¹.

En effet, *quid* lorsque le dommage ne peut être réparé au moyen d'une indemnité¹¹⁰² ? Si le légataire est propriétaire du bien dès le jour du décès, il serait cependant injuste de mettre à sa charge la totalité des risques d'une chose dont il n'a pas encore la possession.

L'article 1042 *in fine* permet au légataire de demander réparation du préjudice subi aux héritiers. Sur qui pèse l'obligation de réparer le dommage subi par le légataire ? L'article 1042 aliéna 2 du Code civil évoque simplement la faute de « l'héritier ». Mais il semble évident que la réparation incombe à ceux-là même qui étaient tenus de délivrer le legs. La réparation n'est cependant pas due dans tous les cas : le légataire n'a pas droit à indemnité si la perte est fortuite. Si, au contraire, la perte résulte d'une faute de l'héritier, le légataire pourrait réclamer des dommages et intérêts.

A l'inverse, le légataire subit la perte fortuite, s'il est prouvé que le bien eût également péri entre ses mains. La règle, édictée pour la perte, doit bien évidemment être étendue à la simple détérioration. Il s'agit ici d'une application pure et simple des règles relatives au transfert des risques de la chose au cas du légataire. En revanche, lorsque la chose est détériorée par suite de la faute d'autrui (héritier ou tiers), le légataire dispose alors d'une créance d'indemnité ; il peut agir en réparation contre toute personne dont la faute a causé un dommage à l'objet du legs.

¹¹⁰¹ Cf. infra.

¹¹⁰² Par exemple, lorsqu'une clause d'exclusion de garantie exclut toute réparation par l'assureur, ou, bien sûr, lorsque aucune assurance n'a été souscrite.

Section 2 – Une contrepartie : la « jouissance » de l'héritier exhéredé sur les biens légués

Si, ainsi que le retient la Cour de cassation, le légataire est bien propriétaire dès le jour du décès, l'acquisition des fruits, quant à elle, peut être différée, en application des articles 1005 et 1014 alinéa 2 du Code civil.

Parallèlement à cette tradition différée, la loi offre ainsi, et sans réel fondement juridique, à l'héritier légal la faculté de percevoir les fruits et revenus échus avant la demande en délivrance.

I – Le droit aux fruits de l'héritier : une justification embarrassante

177. Cette transmission différée des fruits est une exception au principe posé par les articles 546 et 547 du Code civil : le propriétaire des biens par transmission testamentaire n'a pas forcément droit aux fruits dès le jour du décès.

L'attribution des fruits du bien à une personne qui n'en est pas le propriétaire n'est pas une spécificité successorale¹¹⁰³, pourtant sa justification ne laisse pas de soulever un certain nombre d'interrogations.

Les fruits peuvent en effet revenir, tant que la délivrance n'est pas consentie, aux héritiers légaux, c'est-à-dire à ceux qui n'ont jamais été propriétaires du bien, qui ne le seront jamais, qui n'en ont pas nécessairement la possession matérielle¹¹⁰⁴ et surtout que le défunt a entendu exclure de tout ou partie de sa succession.

¹¹⁰³ Pour d'autres exemples, v. not Rép. Civ. Dalloz, « Fruits », 2006, par S. PIEDELIÈVRE, spéc. n° 50

¹¹⁰⁴ Et ce même si les héritiers ont la saisine, parfois qualifiée, à tort, de possession : cf. *supra*

A - Le domaine d'application

178. Lorsque le légataire universel est tenu de solliciter *l'envoi en possession*, tant la doctrine¹¹⁰⁵ que la jurisprudence¹¹⁰⁶ admettent que le légataire puisse revendiquer les fruits dès le jour du décès, étant saisi de plein droit.

De même, lorsque le légataire est également un héritier *ab intestat* – donc délié de toute obligation de demande en délivrance¹¹⁰⁷, celui-ci peut dans tous les cas revendiquer les fruits dès le jour du décès, quelle que soit la nature de son legs, ou sa vocation héréditaire, réservataire ou non. Cette position retenue dès 1897¹¹⁰⁸ par la Cour de cassation est régulièrement reprise depuis¹¹⁰⁹. La saisine justifiant l'absence de contrôle par les héritiers¹¹¹⁰, rien ne justifierait que les fruits et revenus des biens objet du testament échappent aux légataires.

179. S'agissant de la *délivrance* des legs consentis à des légataires non héritiers, l'application des articles 1005 et 1014 du code civil appelle plusieurs observations liminaires. D'une part, bien que l'article 1005 n'évoque que l'attribution

¹¹⁰⁵ FLOUR et SOULEAU, *Droit civil, Les successions*, Armand Colin, 2^e éd., 1987, n° 186, note 8 ; PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome V, LGDJ, 2^e éd. 1957, n° 638

¹¹⁰⁶ Cass. civ., 7 juillet 1868, DP 1868.1.446 ; Cass. civ. 1^{ère}, 9 janvier 2007, pourvoi 06-12.872, Bull. Civ. I n° 14 p. 12 ; D. 2007 AJ 379 ; AJ fam. 2007.88, obs. BICHERON ; Dr. fam. 2007 comm. 45 note B. BEIGNIER

¹¹⁰⁷ Cf. *supra*, Titre 1, Chap. 1

¹¹⁰⁸ Cass. civ., 29 avril 1897 : DP 1897.1.409, note L.S., à propos d'un héritier réservataire, légataire de la quotité disponible.

¹¹⁰⁹ Voir par exemple, pour un legs particulier : Cass. civ. 1^{ère}, 24 novembre 1969, JCP 1970 II 16506, note M. DAGOT ; D. 1969, jurispr. p. 164, rapp. DEDIEU ; Cass. civ. 1^{ère}, 2 juin 1987 : Bull. Civ. I, n° 181 ; D. 1988, jurispr. p. 140, note BRETON. Pour un conjoint survivant, légataire de la plus forte quotité disponible entre époux : Cass. civ. 1^{ère}, 25 mai 1988, Bull. Civ. I, n° 157 ; Defrénois 1989, art. 34288, note F. LUCET ; Cass. civ. 1^{ère}, 3 février 2004, JCP N 2004 p. 1570 note G. MAHINGA : « le conjoint survivant, investi de la saisine sur l'universalité de l'hérédité, a, dès le jour du décès et quelle que soit l'étendue de la vocation conférée par le legs qui lui a été consenti, la jouissance de tous les biens composant la succession, laquelle comprend la perception des fruits et est exclusive de toute indemnité d'occupation » ; Cass. civ. 1^{ère}, 6 décembre 2006, pourvoi 03-10.211, Bull. Civ. I n° 483

¹¹¹⁰ Tout au plus une simple vérification par le juge éventuellement chargé de l'envoi en possession.

des fruits au profit du légataire universel, tant l'analyse des travaux préparatoires¹¹¹¹ que celle de la jurisprudence permettent d'étendre ce texte au legs à titre universel¹¹¹².

D'autre part le droit des héritiers ne concerne que les fruits et revenus : il ne s'étend pas aux produits qui relèvent du capital et reviennent donc au légataire¹¹¹³. Si une partie de la doctrine a pu être plus réservée et admet l'extension aux produits, une pareille extension se révèle excessive. L'attribution des fruits à l'héritier exhéredé étant une exception au principe général de perception des fruits par le propriétaire du bien, cette dérogation ne saurait être étendue outre mesure. Une interprétation stricte de la notion de fruits est préférable, s'agissant d'une situation anormale. Telle semble être la voie choisie par la Cour de cassation en 1984¹¹¹⁴, en retenant, au visa des articles 1015 du Code civil et 347 de la loi du 24 juillet 1966, que « *seules les sommes qui [...] participaient de la nature des fruits* » devaient revenir aux légataires à compter de la délivrance. En l'espèce, la Cour de cassation a fort logiquement distingué les dividendes ayant effectivement fait l'objet d'une décision de distribution, les autres dividendes non distribués, intégrés au capital social, ne pouvant être assimilés à des fruits. Non distribués, ces dividendes ont la nature de capital et non de fruits.

Par ailleurs, si le légataire universel forme sa demande en délivrance dans l'année de l'ouverture de la succession, il a droit à la jouissance des biens à compter du décès¹¹¹⁵. S'agissant des legs en usufruit, le point de départ du droit aux fruits a pu être

¹¹¹¹ PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, Tome 3, LGDJ, 4^e éd., 1908, spéc. n° 2775

¹¹¹² Cass. Civ., 6 avril 1891, DP 1892.1.279 ; v. également AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, tome 7, 4^e éd., 1875, spéc. n° 720 note 5 et les références citées.

Contra, v. MARCADE, *Explication théorique et pratique du Code civil*, Tome 4, Delamotte, 7^e éd., 1873, spéc. art. 1005 : l'auteur, considère que l'attribution des fruits au légataire universel dès le jour du décès est une faveur accordée à ce dernier, et doit être limitée à ce type de legs.

¹¹¹³ Cass. req., 21 août 1871, DP 1871, 1, p. 213. Une partie de la doctrine semble pourtant plus réservée : v. not. COLIN ET CAPITANT, *Cours de droit civil français*, t. III, 10^e éd. par JULLIOT DE LA MORANDIERE, p. 888 ; J.-Cl. Not. Form., « Délivrance de legs », Fasc. 20

¹¹¹⁴ Cass. com., 23 octobre 1984 : Bull. Civ. IV, n° 281, Defrénois 1985, art. 33629, p. 1384, obs. J. HONORAT

¹¹¹⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 5 mai 1987 : Bull. Civ. I, n° 143 ; RTDCiv. 1988, p. 560, obs. PATARIN : en l'espèce, la Cour de cassation avait assimilé une déclaration d'option faite par un conjoint survivant et acceptée par les réservataires à une mise en délivrance du legs.

discuté tant en doctrine qu'en jurisprudence. S'il a pu être jugé que le légataire en usufruit – par dérogation – pouvait revendiquer les fruits dès l'ouverture de son droit, c'est-à-dire dès le jour du décès, la doctrine¹¹¹⁶ et la jurisprudence majoritaires¹¹¹⁷ refusent de distinguer les legs démembrés et les legs en pleine propriété.

Enfin, il est admis que le testateur puisse manifester une volonté en sens contraire. Par une disposition testamentaire dérogatoire, le testateur peut conférer le droit aux fruits à compter de son décès indépendamment de la délivrance¹¹¹⁸. La dérogation devra cependant être expresse et ne peut être suppléée par une décision judiciaire¹¹¹⁹ : seul le défunt peut accorder cette faveur au légataire. Si l'article 1015 du Code civil n'évoque que le report du point de départ des fruits au jour du décès, la jurisprudence a admis que le *de cuius* puisse choisir n'importe quel autre point de départ¹¹²⁰. Ce report ne dispense bien évidemment pas le bénéficiaire du legs particulier d'en demander la délivrance, suivant les règles de l'article 1014 du Code civil, texte d'ordre public.

La dérogation est considérée comme de principe pour les legs portant sur une rente viagère ou une pension à titre d'aliments : les fruits étant l'objet même de la libéralité, il paraît incohérent d'en reporter le point de départ au jour de la délivrance.

¹¹¹⁶ Rép. Civ. Dalloz, « Fruits », 2006, par S. PIEDELIÈVRE, spéc. n° 52, et les références citées.

¹¹¹⁷ V. notamment CA Bordeaux, 23 avril 1844, S. 1844.2.492

¹¹¹⁸ Art. 1015 C. civ.

¹¹¹⁹ Cass. civ. 1^{ère}, 14 novembre 2006, pourvoi 04-16561 : au visa de l'article 1014 du Code civil a été censurée une cour d'appel qui, se fondant sur l'ancienneté de l'affaire, a pu juger que les sommes allouées au légataire particulier devaient porter intérêts au taux légal à compter du décès de la testatrice et jusqu'à parfait règlement. Rappelons que le retard fautif dans la délivrance ouvre droit, en principe, au paiement de dommages-intérêts (cf. *supra*).

¹¹²⁰ Pour des exemples jurisprudentiels, v. notamment J-Cl Civil art. Art. 1014 à 1017, 1990, par F. LUCET

B - La recherche d'une justification

180. Pour fonder cette attribution définitive de fruits à l'héritier légal, plusieurs justifications ont été avancées en doctrine¹¹²¹, mais aucune de ces suggestions n'est pleinement satisfaisante.

Il a pu être soutenu que la perception des fruits par l'héritier légal n'était que l'application de l'adage *fructus augent hereditatem*, aujourd'hui repris par l'article 815-10 du Code civil. Mais cet emprunt au régime de l'indivision est totalement inapproprié. Cet argument a été invoqué à une époque où la réduction en nature des libéralités était le principe et où il était donc fréquent de voir une indivision se créer entre l'héritier réservataire et le gratifié. Il semblait donc *a priori* logique d'invoquer les règles propres à l'indivision¹¹²². Néanmoins, cette parenté n'est qu'apparente : si les fruits accroissent à l'indivision, c'est pour ensuite être partagés entre les indivisaires, en proportion de leurs droits respectifs. Or, ici, les fruits sont *définitivement et exclusivement*¹¹²³ acquis aux héritiers légaux, y compris en présence d'un legs universel, c'est-à-dire dans des cas où ces héritiers ne peuvent plus revendiquer aucun émolument successoral et n'ont donc pas la qualité d'indivisaires.

181. On objectera également que la qualité de réservataire que peut revendiquer l'héritier exhéredé suffit à justifier l'attribution des fruits échus et perçus

¹¹²¹ V. notamment J-Cl. Civil Code, « Art. 1004 à 1006 », fasc. unique, 1999, par L. COUPET ; PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. V, n° 638, évoquant notamment les raisons suivantes : « ne pas contraindre le réservataire à conserver indéfiniment les fruits pour le compte du légataire universel ; le dédommager et le rémunérer de la garde des biens légués, les fruits lui étant attribués par une sorte de compensation ».

¹¹²² Un arrêt de la Cour de cassation a cependant retenu une position contraire aux règles traditionnelles des partages successoraux. La cour suprême a approuvé une cour d'appel qui « avait exactement distingué la délivrance du legs, qui avait pour seul objet de reconnaître les droits du légataire, du paiement du legs lequel ne peut intervenir qu'au cours des opérations de partage par l'attribution au légataire de biens le remplissant de ses droits et en a justement conclu que dans l'attente du partage, l'héritier réservataire n'a d'autre obligation que de conserver les fruits et revenus des biens entrant dans la masse partageable afin de pouvoir les remettre au légataire universel dans la proportion de ses droits » (Cass. civ. 1ère, 10 mai 1988 : Bull. Civ. I, n° 141 ; R. 1988, p. 165 ; JCP N 1988 II p. 229, note critique THUILLIER ; RTDCiv. 1988, p. 805, obs. critiques J. PATARIN ; Defrénois 1989, art. 34570, obs. G. CHAMPENOIS). Les commentateurs ont très justement rappelé que tant que dure l'indivision, rien n'interdit à un indivisaire de réclamer sa part dans les bénéfices (art. 815-11 C. civ.).

¹¹²³ Pour un rappel, voir notamment CA Angers, 26 mars 1991, Juris-Data 1991-045314

avant la délivrance : les dispositions de l'article 1014 du Code civil auraient pour but la protection de la réserve héréditaire. Mais, ici encore, l'argument ne résiste pas à une analyse sommaire.

D'une part, l'attribution des fruits profite certes au réservataire en application de l'article 1005 du Code civil, mais l'héritier légal non réservataire peut également bénéficier de ces dispositions, l'article 1014 du Code civil ne distinguant pas entre les héritiers légaux, réservataires ou non. L'explication fondée sur la protection de la réserve ne peut donc qu'être incomplète.

D'autre part, la réserve est protégée par le mécanisme de réduction des libéralités excessives¹¹²⁴ et uniquement par ce procédé. Or, le sort des fruits en présence d'une demande de réduction d'une libéralité excédentaire est précisément réglé par la loi et la jurisprudence¹¹²⁵. Naturellement, cette question doit être soigneusement distinguée de la question du rapport et de la réduction des libéralités portant sur les fruits et revenus¹¹²⁶ : le propos ne concerne que la prise en compte des fruits et revenus des biens objet de la libéralité lors des opérations de réduction, voire de rapport successoral¹¹²⁷. En particulier, les fruits et accroissements du patrimoine successoral échus ou survenus postérieurement au décès n'ont pas à être intégrés à la masse de calcul¹¹²⁸.

Lorsque le rapport ou la réduction se réalisent en nature, le gratifié doit restituer les fruits du bien donné à compter du jour de l'ouverture de la succession, en application des articles 856 du Code civil à propos du rapport et 928 du même code concernant la

¹¹²⁴ Et, pour les avantages matrimoniaux, par sa « petite sœur », l'action en retranchement (art. 1527 al. 2 C. civ.).

¹¹²⁵ C. FÉNARDON, « Les fruits et les intérêts dans le rapport et la réduction », JCP N 2008 p. 13

¹¹²⁶ Ceux-ci sont aujourd'hui considérés comme rapportables, en application de l'article 851 du Code civil. Ce texte, issu de la loi du 23 juin 2006, consacre une jurisprudence ancienne mais mouvementée (pour un rappel de cette évolution, voir notamment J.-Cl. Civil Code « Art. 843 à 857 », fasc. unique, 2007, par N. PETERKA, spéc. n° 50 et s. ; J.-Cl. Civil Code, « Art. 912 à 930-5 », fasc. 20, 2009, par C. BRENNER, spéc. n° 32 ; B. VAREILLE, « Nouveau rapport, nouvelle réduction », D 2006 p. 2565, et les références citées.

¹¹²⁷ Si la réduction des libéralités a pour but la reconstitution de la réserve héréditaire, le rapport successoral vise quant à lui à l'égalité entre héritiers en fonction de leurs droits *ab intestat*, réservataires ou non. Les deux opérations sont souvent – mais pas nécessairement – liées. Sur les relations entre rapport et réduction, voir spécialement la thèse de B. VAREILLE, *Volonté, rapport et réduction*, préf. P. SPITÉRI, PULIM, 1988.

¹¹²⁸ Cass. civ., 29 avril 1897, DP 1897.1.409

réduction. Mais il ne s'agit là que de l'extension du principe posé par l'article 815-10 du Code civil¹¹²⁹ aux hypothèses spécifiques du rapport et de la réduction : l'exercice en nature de ces deux actions a pour effet de créer une indivision entre le gratifié et l'héritier auteur de la demande. Les règles de l'indivision ont donc naturellement vocation à s'appliquer ici. Précisons toutefois que si les fruits du bien soumis à rapport accroissent à la masse successorale dès l'ouverture de la succession, en cas de réduction le gratifié n'aura à subir la restitution des fruits à partir de cette même date que si la demande en réduction est formée dans un délai d'un an à compter du décès. A défaut, la restitution des fruits ne se fera qu'à compter de la date de cette demande¹¹³⁰. Cette différence entre le rapport et la réduction s'explique parfois par la volonté d'inciter l'héritier réservataire à la diligence¹¹³¹.

En cas de rapport ou de réduction en valeur, la jurisprudence a pu préciser un certain nombre de points, avant un total bouleversement créé par la loi du 23 juin 2006. Si la nature de la restitution n'a posé que peu de difficultés, le point de départ de celle-ci était, autrefois, plus problématique. Effet, la jurisprudence retenait qu'en cas de rapport ou de réduction en valeur le bien donné ou légué étant représenté par l'indemnité de rapport ou de réduction, *ses fruits le sont par les intérêts de cette indemnité* : ce ne sont pas les fruits du bien qu'il y a lieu de restituer, mais les intérêts produits par l'indemnité due au titre du rapport ou de la réduction. Or, l'article 856 du Code civil¹¹³² disposait que « *les fruits et les intérêts des choses sujettes à rapport ne sont dus qu'à compter du jour de l'ouverture de la succession* ». L'application de ce texte a posé de sérieuses difficultés avec l'entrée en vigueur de la loi du 3 juillet 1971, l'évaluation des indemnités de rapport ou de réduction – dettes de valeur – ayant été repoussée à la date du

¹¹²⁹ Cf. *supra*

¹¹³⁰ Art. 928 C. civ. Pour une application pratique, v. par ex. Cass. civ. 1^{ère}, 2 juin 1992, JCP G 1993 I 5715, obs. X. TESTU ; RTD civ. 1993, p. 178, note PATARIN

¹¹³¹ V. entre autres Rapp. AN 8 février 2006 n° 2850, par S. HUYGHE, spéc. p. 254

¹¹³² Cette règle, expressément énoncée pour le rapport, est étendue par analogie à l'indemnité de réduction. V. par ex. F. TERRÉ et Y. LEQUETTE, *Les successions. Les libéralités*, Précis Dalloz, 3^e éd., 1996, spéc. n° 1038.

partage¹¹³³. Afin de régler cette contradiction entre les articles 856 d'une part, 860 et 868 du Code civil d'autre part, la jurisprudence a pu préciser que tant l'indemnité de rapport que de réduction n'étaient productives d'intérêt qu'à compter du jour où elle était déterminée¹¹³⁴. Par ailleurs, en cas de rapport ou de réduction en valeur, la jurisprudence retient que le gratifié doit restituer, à compter du jour du décès, l'équivalent des fruits correspondant à la fraction réductible des biens objet de la libéralité¹¹³⁵. Le but clairement affiché et relayé par la doctrine était d'assurer « une rigoureuse équivalence économique »¹¹³⁶ entre la restitution en nature et la restitution en valeur¹¹³⁷.

Les auteurs de la loi du 23 juin 2006 ont souhaité rompre avec cette identité de régime, afin de « *conduire les bénéficiaires de libéralités excessives à privilégier la réduction en valeur. La modification proposée devrait donc favoriser la consolidation des situations patrimoniales précédemment acquises, ce qui constitue un progrès en termes de sécurité juridique* »¹¹³⁸.

Désormais, l'article 928 du Code civil opère une distinction selon que la réduction s'opère en nature ou en valeur : si, en cas de réduction en nature, les fruits perçus après le décès doivent toujours être restitués pour la part réductible, en présence d'une réduction en valeur, tous les fruits restent acquis au gratifié. La réduction en valeur étant désormais le principe¹¹³⁹, gageons que les gratifiés hésiteront à solliciter la

¹¹³³ Art. 860 c. civ. pour l'indemnité de rapport, et art. 868 c. civ. pour l'indemnité de réduction. Notons que les dispositions l'article 868 du Code civil relatives à l'évaluation de l'indemnité au jour du partage ont été reprises par l'article 924-2 du Code civil, issu de la loi du 23 juin 2006.

¹¹³⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 21 mai 1985, D 1987.65, note MORIN ; RTDCiv. 1986.394, obs. PATARIN ; Gaz. Pal. 1986 1 somm. 18 pour l'indemnité de réduction ; Cass. civ. 1^{ère}, 27 janvier 1987, D. 1987.253, note MORIN ; RTDCiv. 1987.578, obs. PATARIN pour l'indemnité de rapport.

¹¹³⁵ V. notamment Cass. civ. 1^{ère}, 21 juin 1989, Bull. Civ. I n° 245, Defrénois 1989 art. 34594, 2e esp., note G. MORIN ; JCP 1990. II. 21574, note P. SALVAGE ; RTDCiv. 1990 p.130, obs. J. PATARIN pour la réduction. Solution étendue au rapport : Cass. civ. 1^{ère}, 5 avril 2005, pourvois 01-12.810 et 01-15.367, RTDCiv. 2005 p. 441 note M. GRIMALDI

¹¹³⁶ M. GRIMALDI, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 5 avril 2005, *préc.*

¹¹³⁷ « La finalité de la réduction en valeur des libéralités faites à un successible et portant atteinte à la réserve héréditaire des cohéritiers est que la faculté de n'effectuer la réduction qu'en valeur doit permettre au donataire de conserver intégralement la propriété des biens donnés tout en procurant aux cohéritiers réservataires la reconstitution de la réserve par un résultat financier équivalent à celui d'une réduction en nature » (J. PATARIN, note sous Cass. civ. 1^{ère}, 21 juin 1989, *préc.*)

¹¹³⁸ Rapp. AN 8 février 2006 n° 2850, par S. HUYGHE, spéc. p. 254

¹¹³⁹ Art. 924 et 924-1 C. civ., issus de la loi du 23 juin 2006.

réduction en nature de leur libéralité¹¹⁴⁰, répondant ainsi indirectement au souhait de sécurité juridique émis par le législateur.

L'indemnité de réduction reste cependant toujours productive d'intérêts, l'article 924-3 ayant par ailleurs fait sienne l'analyse de la Cour de cassation faisant courir les intérêts à compter du jour où le montant de l'indemnité de réduction a été fixé.

Ainsi, soit le legs n'est pas réductible et l'héritier pourra prétendre intégralement aux fruits, en application des articles 1005 et 1014 précité. Mais ceci n'est en aucun cas justifié par la protection de la réserve : un legs n'est pas réductible, soit parce que la vérification de l'intégrité de la réserve s'est révélée positive, soit parce qu'il n'existe pas de réserve¹¹⁴¹...

Soit le legs est réductible en valeur et on ne voit pas pourquoi la protection de la réserve justifierait l'attribution des fruits à l'héritier exhérédié, alors que les règles propres à la réduction des libéralités¹¹⁴² ont abandonné cette attribution.

Soit enfin le legs est réductible en nature et l'héritier réservataire pourra revendiquer l'application des dispositions spécifiques de l'article 928 du Code civil.

Si la protection de la réserve implique une intervention de la part des héritiers légaux – intervention réalisée à l'occasion de la délivrance de legs – cette protection ne justifie nullement l'attribution intégrale et définitive des fruits perçus entre le décès et la délivrance du legs : un corps de règles précis existe déjà et on ne saurait justifier un texte qui ne concerne que les fruits et revenus des biens légués, peu important que ces derniers soient ou non réductibles, par une prétendue protection de la réserve héréditaire, qui plus est alors que l'héritier légal n'est pas nécessairement réservataire !

182. L'attribution différée des fruits est parfois vue comme une disposition tendant à accélérer le règlement des successions, en l'incitant le légataire à réclamer son

¹¹⁴⁰ Le choix de la réduction en nature, désormais exception, n'est ni conventionnel, ni imposé par l'héritier mais choisi par le gratifié : art. 924-1 C. civ.

¹¹⁴¹ Tel est notamment le cas d'un legs particulier délivré par des héritiers légaux non réservataires, hypothèse englobée par l'article 1014 du Code civil.

¹¹⁴² Et spécifiquement l'article 924-3 du Code civil.

legs le plus rapidement possible¹¹⁴³. Mais ceci s'apparente plus à une sanction de principe – tout retard dans la demande en délivrance étant nécessairement vu comme fautif – qu'à une véritable incitation. En effet, le retard accusé par le légataire n'est pas nécessairement dû à une négligence de sa part, mais peut être la contrepartie de son ignorance, voire de sa prudence. Pourtant, il a pu être avancé en doctrine¹¹⁴⁴ que « si le légataire tarde à demander la délivrance, les réservataires peuvent croire qu'il abandonne le legs et ils consommeront les fruits et revenus ». Mais cet argument ne saurait convaincre. Le testament n'est pas toujours connu du légataire dès le jour du décès et l'absence de demande en délivrance n'est que la résultante de cette méconnaissance. Par ailleurs, le légataire – surtout universel ou à titre universel¹¹⁴⁵ – peut souhaiter un temps de réflexion avant d'accepter le legs et donc la fraction de passif successoral qui pourra être mise à sa charge le moment venu. Or, la demande en délivrance du legs emporte acceptation tacite de l'émolument avec toutes ses conséquences, notamment quant à l'obligation au passif successoral¹¹⁴⁶. Son inaction ne vaut pas renonciation à son droit : le légataire est libre de ne pas agir, la seule sanction résidant dans l'écoulement des délais de prescription¹¹⁴⁷.

La sanction est d'autant plus lourde que la loi donne à l'héritier exhéredé les instruments lui permettant de recueillir le plus de fruits possible. En effet, en cas de délivrance amiable, le droit aux fruits du légataire court du jour où celle-ci a été consentie, alors qu'en cas de délivrance judiciaire, le droit aux fruits court du jour de la *demande* en délivrance¹¹⁴⁸. L'héritier légal est ainsi incité par la loi à refuser toute

¹¹⁴³ J-Cl. Not. Form., V° Délivrance de legs, Fasc. 20, 1998, par M. MATHIEU, spéc. n° 40

¹¹⁴⁴ PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome V, LGDJ, 2^e éd. 1957, spéc. n° 638

¹¹⁴⁵ Mais cette hésitation peut également se concevoir pour le légataire particulier : bien que déchargé du passif successoral, divers frais restent toutefois à sa charge, à commencer par les droits de mutation à titre gratuit, parfois élevés, s'agissant notamment d'un legs consenti à un tiers. Le paiement d'une indemnité de réduction aux réservataires est également envisageable et le légataire peut souhaiter prendre un temps pour vérifier s'il dispose des liquidités suffisantes pour s'acquitter de sa dette.

¹¹⁴⁶ V. par ex. Cass. civ., 18 janvier 1869, DP 1869.1.110 ; Lyon, 12 janvier 1909, DP 1909.2. 141 pour un legs universel ; Cass. civ. 1^{ère}, 26 Septembre 2007, pourvoi 06-15.191 pour un legs particulier.

¹¹⁴⁷ Autrefois trentenaire (par ex. Cass. civ. 1^{ère}, 22 octobre 1975, Bull. Civ. I 293 pour un legs particulier), la prescription de l'option successorale est aujourd'hui décennale pour les légataires universels et à titre universels (art. 724-1 et 780 combinés C. civ.). Faute de prescription textuelle, le délai imposé aux légataires particuliers devrait être le délai de droit commun, soit cinq ans (2224 C. civ.).

¹¹⁴⁸ TGI Paris, 30 avril 1981, Gaz. Pal. 1982, 1, p. 256

délivrance amiable et à attendre que le légataire forme en justice une demande en délivrance judiciaire. Bien évidemment, en cas de refus de délivrance abusif, les juridictions peuvent condamner l'héritier légal au paiement de dommages et intérêts¹¹⁴⁹. Mais encore faut-il que le légataire subisse un préjudice en raison de cette résistance abusive et il n'est pas ailleurs pas évident que les sommes allouées à titre de sanction soient supérieures aux fruits perçus par l'héritier.

Cette justification est d'autant plus incohérente que la loi contient elle-même une sous-distinction. Si le légataire a droit aux fruits à compter de la délivrance amiable ou de la demande judiciaire en délivrance, le légataire universel¹¹⁵⁰ a droit aux fruits dès le jour du décès si la délivrance amiable est consentie dans l'année du décès, ou si la demande judiciaire est formulée pendant cette période. Comment justifier un tel déséquilibre entre les légataires universels et les légataires particuliers ? Les diligences accomplies par ces derniers leur sont moins profitables que les mêmes diligences accomplies par un légataire universel.

On objectera que l'intérêt des tiers – notamment des créanciers successoraux – dont le sort est lié à la décision du légataire est plus important en présence d'un legs universel que d'un legs particulier. Inciter le légataire tenu au passif à agir encore plus vite que le légataire dispensé de ce passif, en lui offrant un supplément de fruits, permet de stabiliser plus rapidement la situation successorale.

Mais les légataires tenus au paiement du passif sont justement ceux dont la situation est la plus fragile, en raison de leur obligation *ultra vires* : il ne s'agirait pas que leur empressement à demander la délivrance – donc les fruits – les pousse à accepter une succession gravement obérée. Le règlement rapide d'une succession ne doit pas rimer avec précipitation.

183. Enfin, cette perception inconditionnelle des fruits par l'héritier légal en cas d'inaction du légataire se distingue sans conteste du droit commun des restitutions. Par principe, celui qui, indûment, a perçu des fruits, n'est tenu de les restituer que si sa

¹¹⁴⁹ Cf. *supra*.

¹¹⁵⁰ Auquel est assimilé le légataire à titre universel

mauvaise foi est prouvée¹¹⁵¹. Ce principe connaît de nombreuses applications en droit positif, notamment en matière successorale. Ainsi, il est admis que les fruits perçus par l'héritier possesseur de bonne foi, auquel est opposée une action en pétition d'hérédité, lui sont définitivement acquis¹¹⁵².

S'agissant des articles 1005 et 1014 du Code civil, point n'est question de la bonne ou mauvaise foi de l'héritier : celui-ci acquiert les fruits du bien légué, qu'il ait connaissance ou non du testament, que sa mauvaise foi soit ou non prouvée. Il est vrai que certains auteurs réservent l'hypothèse de la fraude¹¹⁵³ : ne saurait conserver les fruits l'héritier qui a volontairement dissimulé au légataire l'existence du testament, retardant ainsi sciemment la demande en délivrance. Si cette exception se conçoit sans difficulté, elle paraît cependant bien restrictive : il paraît anormal, au regard du principe posé par l'article 550 du Code civil, de considérer que l'héritier qui a connaissance du testament puisse percevoir la totalité des fruits. Mais telle est la solution retenue par le Code civil.

184. Ces dispositions sont d'autant plus trompeuses, qu'elles pourraient laisser entendre que l'héritier légal, qui a été – directement ou indirectement – privé de tout droit dans le bien légué, dispose pourtant de droits réels sur ledit bien¹¹⁵⁴. Et les termes mêmes des articles 1005 et 1014 sont ambigus.

¹¹⁵¹ Le texte le plus souvent invoqué pour justifier ce principe est sans conteste l'article 550 du Code civil, aux termes duquel « le simple possesseur ne fait les fruits siens que dans le cas où il possède de bonne foi. Dans le cas contraire, il est tenu de restituer les produits avec la chose au propriétaire qui la revendique ; si lesdits produits ne se retrouvent pas en nature, leur valeur est estimée à la date du remboursement ».

¹¹⁵² CA Chambéry, 14 mars 1990, D. 1992, somm. 227, obs. F. LUCET, RTDCiv. 1992.803, obs. J. PATARIN ; CA Dijon, 22 mars 1989, Juris-Data 1989-045407.

Notons toutefois une nuance entre les deux décisions : si la Cour de Dijon retient que la restitution est due à compter de la date d'assignation, la Cour de Chambéry préfère celle du dépôt du testament, considérant qu'« à partir de cette date [le possesseur de bonne foi] a été exactement informé des droits de l'héritier véritable ».

¹¹⁵³ PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, n° 638 *in fine* ; H. SOUM, *La transmission de la succession testamentaire*, LGDJ, 1957, spéc. n° 112

¹¹⁵⁴ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *loc. cit.*

Rappelons que l'article 1005 n'attribue « la jouissance » des biens qu'à compter de la délivrance¹¹⁵⁵, alors que l'article 1014 confère « la possession » et la possibilité de percevoir « les fruits et intérêts » à compter de cette même date. *A contrario*, tant que la délivrance n'a pas été demandée, il est légitime de s'interroger sur la nature des droits conférés à l'héritier légal – réservataire ou non – tenu de délivrer le legs consenti.

Si le terme « jouissance » s'entend du droit de percevoir et de disposer des fruits sans devoir en rendre compte¹¹⁵⁶ et correspond donc à la « perception des fruits et intérêts » de l'article 1014, aucune justification n'apparaît clairement. Par ailleurs, le terme de « possession » est, quant à lui, particulièrement équivoque voire malvenu : le légataire n'est pas un possesseur¹¹⁵⁷ et il ne peut prétendre aux fruits comme un possesseur. Il n'est pas non plus usufruitier et ne peut revendiquer de droits réels sur le bien¹¹⁵⁸ dont il a été privé. Les dispositions des articles 1005 et 1014 sont pourtant aujourd'hui remises en cause, certains auteurs se demandant « *pourquoi tout légataire n'acquiert-il pas les fruits dès le décès, puisque dès ce jour il est propriétaire – sauf, naturellement, à conserver aux héritiers possesseurs de bonne foi ceux qu'ils auraient perçus ?* »¹¹⁵⁹.

C – Un fondement proposé : la rémunération de l'héritier

185. La doctrine avance parfois timidement l'idée d'une sorte de compensation : « étant tenu de la garde des biens légués, il est juste, si cette garde s'éternise qu'ils reçoivent quelque chose à titre de dédommagement »¹¹⁶⁰. C'est cette justification qui paraît la plus séduisante, même si elle n'est pas parfaite : sans être la

¹¹⁵⁵ Sauf si la demande a été formée dans l'année du décès.

¹¹⁵⁶ *Vocabulaire juridique Capitant*, par le Doyen Cornu, PUF, 2e éd. V° Jouissance ; v. M. MATHIEU, *préc.*, spéc. n° 43

¹¹⁵⁷ Cf. *supra*

¹¹⁵⁸ ou sur la portion du bien, en cas de réduction en nature du legs

¹¹⁵⁹ M. GRIMALDI, *Les successions*, Litec, 6^e éd., 2001, spéc. n° 435

¹¹⁶⁰ PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, tome V, LGDJ, 2^e éd. 1957, spéc. n° 638

meilleure, elle n'est cependant pas la pire. On perçoit une gêne à octroyer à l'héritier privé de tout droit dans le bien légué une fraction des fruits produits par ce bien. En particulier, cette perception est totalement inégalitaire, d'une succession à l'autre. Si l'actif légué comprend essentiellement des biens frugifères – et que des fruits peuvent – effectivement être perçus, grand sera alors le gain de l'héritier exhérédié. A l'inverse, le legs de biens stériles, non frugifères, ne donnera lieu à aucune perception. Si l'on considère que l'attribution des fruits « compense » la gestion du bien par l'héritier, la technique employée peut paraître totalement injuste, car déconnectée du travail réellement fourni par l'héritier : l'attribution des fruits peut aussi bien être largement supérieure qu'inférieure à la somme des dépenses réelles. La gestion de la succession peut apparaître tantôt comme une mission gratuite pour l'héritier (voire contraignante pour lui, si des frais doivent être engagés), tantôt comme payante, le prix n'étant pas en corrélation avec le travail fourni.

En soi, l'attribution des fruits perçus pendant la période intermédiaire n'est pas mauvaise, à condition qu'elle corresponde à une réalité.

186. Une autre technique aurait pu être suggérée : l'attribution d'un pourcentage forfaitaire de l'actif successoral à l'héritier. Si elle n'est pas inconnue¹¹⁶¹, cette technique n'est pas satisfaisante. D'une part, ici encore, elle ne correspond pas à la réalité du travail fourni et n'incite pas à la diligence : le pourcentage acquis à l'héritier quelles que soient les diligences entreprises, pourquoi vouloir accélérer le règlement de la succession ? D'autre part, un tel forfait aurait un relent de « part réservataire », qui ne serait pas d'ordre public, mais dont l'opportunité, à une époque où l'attribution de la réserve selon les mérites respectifs des héritiers prospère¹¹⁶², ne saurait être opportune.

Afin de remercier l'héritier légal de sa gestion diligente, il pourrait être proposé non pas l'attribution de fruits, mais le remboursement des dépenses engagées, à l'instar des règles de droit commun relatives au mandat¹¹⁶³ ou à la gestion d'affaires.

¹¹⁶¹ On songe notamment au « diamant » de l'exécuteur testamentaire, ou au prélèvement forfaitaire de 12 % effectué par le Service des Domaines : sur ces deux notions, cf. infra n° 191 et s.

¹¹⁶² Cf. supra n° 86

¹¹⁶³ Art. 1999 et s. C. civ.

La corrélation entre l'intervention réellement effectuée par l'héritier nous paraît d'autant plus importante que des dettes peuvent être mises à sa charge.

II - La prise en charge des dettes afférentes aux biens légués

187. Le légataire est-il tenu au paiement des dettes relatives aux biens légués dès le jour du décès, en sa qualité de propriétaire, ou à compter de la délivrance, en sa qualité de possesseur et titulaire des fruits ?

La jurisprudence est relativement rare en la matière. Un arrêt récent de la Cour de cassation, retenant une solution déjà avancée par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt en date du 12 mai 1993¹¹⁶⁴, a lié le sort des fruits au sort des dettes. La Cour a pu estimer que le légataire particulier « ne pouvant en percevoir les fruits, n'était pas tenu des charges de copropriété, impôts et taxes antérieurs à cette délivrance »¹¹⁶⁵. Le légataire particulier est donc tenu aux dettes et charges afférentes aux biens légués à compter de la délivrance du legs, les personnes tenues de délivrer le legs étant tenues de payer les frais correspondant à la période antérieure.

Il ne faut pas confondre la prise en charge de ces frais, avec le paiement d'indemnités dû en cas de perte de la chose¹¹⁶⁶ : dans ce dernier cas, c'est la faute de l'héritier dans la garde du bien que l'attribution de dommages-intérêts permet de sanctionner, alors que le paiement des dettes afférentes aux biens légués pour la période antérieure à la délivrance est déconnecté de toute idée de faute.

188. Naturellement, les dépenses correspondant à des travaux sur le bien légué qui avaient été commandés par le testateur mais non réglés à son décès restent à la charge de la succession¹¹⁶⁷, mais pour de toutes autres raisons. Nées avant l'ouverture

¹¹⁶⁴ Juris-Data 1993-021333

¹¹⁶⁵ Cass. civ. 1^{ère}, 19 mars 2008, pourvoi n° 06-19.103

¹¹⁶⁶ Cf. *supra*

¹¹⁶⁷ Cass. civ. 1^{ère}, 2 février 1999, pourvoi 97-11.684, Juris-Data n° 1999-000503

de la succession, ces dettes font partie du passif successoral et suivront les règles habituelles en la matière : si le légataire n'a qu'un titre particulier, il n'en sera pas tenu¹¹⁶⁸, mais si le légataire détient un titre universel ou à titre universel, ces dettes resteront à sa charge, indépendamment de toute idée de délivrance.

S'agissant des dettes nées après l'ouverture de la succession, l'adage traditionnel du droit patrimonial de la famille, *ubi emolumentum ibi onus*, semble fonder la position de la Cour de cassation, même si une rédaction plus précise aurait pu être envisagée¹¹⁶⁹ : c'est la perte des fruits qui est la contrepartie, pour le légataire, de la dispense de paiement de ces dettes.

Néanmoins, l'application de l'adage n'est pas totale : peu importe que le bien ne produise, réellement, aucun fruit, voire que les charges soient supérieures aux fruits réellement perçus : dès lors que le légataire n'a pas juridiquement la possibilité de percevoir les fruits de la chose léguée, les charges usufruituaires ne peuvent lui être imposées. Une application stricte de l'adage aurait imposé une exacte corrélation entre perception des fruits et paiement des charges afférentes au bien frugifère. Si elle n'est pas inconnue du droit positif¹¹⁷⁰, cette limitation est cependant rare et, de manière générale, le paiement des charges usufruituaires n'est pas lié à la perception effective de fruits.

189. Cette solution n'est pas inédite. En droit des régimes matrimoniaux, bien que la communauté ne dispose plus d'un droit d'usufruit sur les propres des époux depuis la loi du 10 juillet 1965¹¹⁷¹, la jurisprudence admet que « *la communauté, à laquelle sont affectés les fruits et revenus des biens propres, doit supporter les dettes qui sont la charge de la jouissance de ces biens* »¹¹⁷². Cependant, tant la doctrine¹¹⁷³ que la

¹¹⁶⁸ Art. 1024 C. civ.

¹¹⁶⁹ Par exemple propos de la prise en charge par la communauté de certaines dettes afférentes aux biens propres, la Cour de cassation a pu retenir la formule suivante, à la fois plus large et plus précise : « les dettes qui sont à la charge des biens dont [la communauté] a la jouissance » (Cass. civ. 1^{ère}, 7 Mars 2000, *préc.*).

¹¹⁷⁰ A. GOUTTENOIRE-CORNUT, « La richesse des fruits », RRJ 2001-4 p. 1225, spéc. n° 23

¹¹⁷¹ Art. 10 L. 65-570 du 13 juillet 1965 portant réforme des régimes matrimoniaux

¹¹⁷² Solution retenue par l'arrêt de principe : Cass. civ. 1^{ère}, 31 mars 1992 *Authier*, Bull. Civ. 1992, I, n° 96, Defrénois 1992, art. 35348, note G. CHAMPENOIS ; RTDCiv. 1993, p. 401, obs. F. LUCET et

jurisprudence se gardent bien de faire revivre l'ancien usufruit dévolu à la communauté : celle-ci a un droit de jouissance – et doit donc supporter les charges qui en sont la contrepartie, mais celui-ci ne saurait être qualifié d'usufruit¹¹⁷⁴.

Et ce qui vaut pour la communauté vaut également et indubitablement pour l'héritier exhérédié. Bien que la jurisprudence soit peu prolixe en la matière, le même raisonnement peut être retenu : l'héritier peut revendiquer les fruits perçus antérieurement à la délivrance d'un bien dont il n'est pas propriétaire et doit corrélativement régler les dettes afférentes pour la même période, mais il ne saurait être qualifié d'usufruitier.

190. S'agissant de la détermination des dettes devant être mises à la charge de l'héritier, même si celui-ci n'est pas usufruitier, il n'en reste pas moins que le parallèle avec les charges imposées à l'usufruitier ne saurait être purement et simplement écarté.

Dès lors, s'il peut paraître normal de dispenser le légataire du paiement d'un certain nombre de dettes alors qu'il n'est pas en mesure de percevoir les éventuels fruits, il est évident que toutes les dettes ne sont pas concernées : seules celles qui sont la charge des fruits peuvent être imposées à l'héritier exhérédié. D'une façon générale, les charges usufruitaires sont les charges périodiques et les réparations d'entretien courant. A l'inverse, sont attribuée au nu-propriétaire les charges extraordinaires et les grosses réparations¹¹⁷⁵.

L'arrêt de Cour d'appel de 1993 et la décision de la Cour de cassation rendue en 2008 étaient, malgré leur silence sur ce point, parfaitement logiques avec la répartition

B. VAREILLE ; LPA 23 avril 1993, p. 16, note R. LE GUIDEC ; voir aussi, parmi une abondante littérature : G. MORIN, « Qui de la communauté ou des époux, doit supporter les charges usufruitaires des biens propres ? », in *Mélanges A. Colomer*, Litec, 1993, p. 259. La solution est régulièrement confirmée : voir, en dernier lieu Cass. civ. 1^{ère}, 3 février 2010, pourvoi 08-21.054, Bull. n° 32, JCP N 2010 com. 1194 note L. MAUGER ; Cass. civ. 1^{ère}, 17 novembre 2010, pourvoi 09-68.630 : cette dernière décision qualifie la prise en charge des intérêts d'emprunt de « charge de jouissance ».

¹¹⁷³ Ph. SIMLER, « Faut-il parler de résurgence de l'usufruit de la communauté sur les biens propres des époux ? » in *Mélanges D. Huet-Weiller*, PUS-LGDJ, 1994, p. 427

¹¹⁷⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 7 Mars 2000, pourvoi 97-11.524, JCP G 2000, I 245, n° 15 : est censurée une Cour d'appel qui, pour trancher la question de la répartition de l'attribution de la taxe foncière s'était basée sur les dispositions de l'article 609 du Code civil, texte.

¹¹⁷⁵ Art. 606 C. civ. Pour une étude détaillée de cette ventilation, v. notamment J-Cl. Civil, « Art. 582 à 599 », fasc. 10, 11,2000, par P. VEAUX-FOURNERIE et D. VEAUX

habituellement retenue en matière de démembrement. Dans les deux espèces étaient en causes les charges de copropriété et, en outre, pour l'arrêt de 2008, les « impôts et taxes », notamment, supposons-le, la taxe foncière, afférents au bien légué.

Bien que la question n'ait pas été soumise à l'appréciation des deux juridictions, gageons qu'un appel de fonds émanant du syndic de copropriété pour le règlement de grosses réparations n'aurait pas subi le même sort.

Titre 3 – Proposition : rénover le titre d'héritier

191. Le titre d'héritier est d'ordre public, dans la mesure où le défunt ne peut en priver l'héritier. Partant, cet héritier dispose d'un quasi-monopole d'investiture, lui offrant la connaissance du testament nécessaire à sa contestation. Pourtant, face à l'inefficacité de l'investiture, tant en ce qui concerne l'héritier – sa connaissance des libéralités n'étant que partielle –, qu'en ce qui concerne le légataire – l'investiture ne procurant que des garanties limitées – une refonte nous paraît nécessaire.

S'il est évident que l'héritier exhéredé doit toujours avoir la faculté de contester la validité de l'acte qui le prive de son émolument théorique, le système d'investiture et d'information de l'héritier n'est pas satisfaisant et doit être réformé, surtout en ce qui concerne les actes à cause de mort.

Par ailleurs, l'intervention superfétatoire de l'héritier dans la gestion des biens dont il a été pourtant privé ne saurait être maintenue. L'atteinte au droit de propriété du gratifié est par trop importante. Une refonte est ici encore nécessaire.

Il est vrai que d'autres personnes peuvent être amenées à intervenir dans le cadre du règlement de la succession. Ne pourrait-on généraliser cette intervention ? La réponse doit être négative (Sect. 1). Seule la suppression de la délivrance de legs et de l'envoi en possession, remplacés par un système d'information, permettraient de rationaliser le règlement de la succession et de limiter le rôle de l'héritier exhéredé, sans pour autant le priver de son droit à contestation (Sect. 2).

Section 1 – L'intervention limitée de la volonté du défunt

Tant la mission d'investissement que celle de gestion de la succession échappent presque totalement à la volonté du défunt. Alors que celui-ci est maître de la répartition de l'émolument, les effets du titre ne dépendent quasiment plus de lui.

Pourtant, un certain nombre d'instruments restent à sa disposition et lui permettent, dans une certaine mesure, de moduler le règlement de sa succession. Même si ces techniques ne sont pas en elles-mêmes satisfaisantes, un certain nombre des pistes suggérées méritent pourtant d'être relevées.

I – La vacance de la succession, gestion étatique

192. L'ancienne crainte de mainmise de l'État a aujourd'hui disparu et le principe même de l'intervention étatique dans la gestion des successions non réclamées est unanimement admis.

D'une part, ces craintes n'ont jamais empêché l'État – ou, dans l'Ancien Droit, les autorités détenant une parcelle de ce que l'on pourrait qualifier *mutatis mutandis* de réserve étatique¹¹⁷⁶ – de prélever une fraction des biens du défunt au titre de l'impôt successoral.

D'autre part et surtout, le régime de la vacance successorale est suffisamment organisé pour préserver les droits des héritiers et des légataires. Il appartient au Service des Domaines, une fois saisi en application des articles 809 et 809-1 du Code civil, de payer le passif éventuel et de délivrer les legs consentis, sans pour autant empêcher la revendication des biens par un successible. La vacance est un état provisoire, qui ne nuit nullement aux intérêts des héritiers et légataires.

¹¹⁷⁶ Cf. VALLIER, *op. cit.*

S'agissant des héritiers légaux, si leur présence n'est pas de nature à empêcher la saisine du Service des Domaines, il leur est pourtant toujours loisible de revendiquer la succession – à supposer que celle-ci les intéresse encore. En effet, pour que la vacance puisse être prononcée, il n'est pas nécessaire de rechercher tous les héritiers potentiels. Selon une jurisprudence ancienne – toujours d'actualité – il n'est pas utile d'attendre que tous les héritiers subséquents renoncent pour faire prononcer la vacance : l'absence d'héritiers de premier rang suffit¹¹⁷⁷.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 23 juin 2006, la succession peut être déclarée vacante, nonobstant l'existence d'héritiers, lorsqu'il ne se présente personne pour réclamer la succession et qu'il n'y a pas d'héritier connu, lorsque tous les héritiers connus ont renoncé à la succession, ou lorsque, après l'expiration d'un délai de six mois depuis l'ouverture de la succession, les héritiers connus n'ont pas opté, de manière tacite ou expresse¹¹⁷⁸. En l'absence de toute manifestation de volonté d'un successible, l'État peut prendre en charge la gestion des successions vacantes. Cette gestion n'est pas définitive et prendra fin à la première réclamation par un héritier.

193. Si aucun héritier ne souhaite se charger de la délivrance – notamment en renonçant à la succession – ou si le défunt a souhaité écarter tous les membres de sa famille, il est toujours possible, sous certaines conditions, de faire désigner une personne chargée d'investir les institués et de délivrer les legs.

Lorsqu'il ne se présente personne pour réclamer la succession et qu'il n'y a pas d'héritier connu, que tous les héritiers connus ont renoncé à la succession ou lorsque, après l'expiration d'un délai de six mois depuis l'ouverture de la succession, les héritiers connus n'ont pas opté, de manière tacite ou expresse, la succession est considérée

¹¹⁷⁷ Ainsi, l'existence d'un héritier non réservataire valablement exhéredé par un testament ne fait pas obstacle à la vacance : Cass. req. 15 avril 1885 : S. 1886, 1, p. 453 ; Cass. civ., 17 octobre 1933, DH 1933 p. 553, S 1935.1.121 note H. VIALLETON ; M. GRIMALDI, *op. cit.*, n° 529 ; J. Cl. Notarial Formulaire, « Successions (enregistrement) », fasc. 222, spéc. n° 17 et suivants

¹¹⁷⁸ Art. 809 C. civ

comme vacante et peut être administrée par le Service des Domaines. Celui-ci, dûment nommé par ordonnance du tribunal, aura notamment le pouvoir de délivrer les legs¹¹⁷⁹.

Bien qu'utile, l'intervention du Service des Domaines pour la délivrance est loin d'être la panacée. Elle suppose l'absence d'héritiers ou leur silence. Ceci signifie qu'en cas d'exhérédation partielle, lorsque les héritiers légaux recueillent une partie de la succession, l'intervention du Service des Domaines est impossible, et ne serait d'ailleurs pas souhaitable : il n'appartient pas à l'État, sauf en l'absence d'héritiers, de s'immiscer dans le règlement d'intérêts privés. D'autre part, en pratique, la lenteur de la procédure judiciaire¹¹⁸⁰ et le coût occasionné¹¹⁸¹ sont autant de freins évidents au règlement de la succession. Surtout, la volonté du défunt est totalement indifférente, sauf hypothèse, rare en pratique, d'exhérédation de la totalité des héritiers légaux.

194. La gestion n'est par ailleurs pas tout à fait désintéressée : dès lors que le Service des Domaines est désigné curateur, il peut revendiquer le paiement des frais de régie, correspondant à la gestion de la succession¹¹⁸².

Le montant est fixé forfaitairement, depuis un arrêté du 22 septembre 1970¹¹⁸³, à 12 % « du montant des sommes et produits de toute nature recouverts pour le compte des éventuels ayants droit aux successions non réclamées ou vacantes et, en cas de restitution, aux successions appréhendées par l'État en vertu de l'article 768 du Code civil ». Et lorsque l'Administration poursuit l'exploitation d'un établissement commercial, industriel ou agricole dépendant d'une succession vacante, pendant la durée de l'exploitation, un prélèvement spécial dégressif est effectué, sur les produits

¹¹⁷⁹ Art. 1343 CPC ; Instruction n° 07-031-D52 du 21 juin 2007, Bulletin Officiel de la Comptabilité Publique, spéc. p. 11 et 12

¹¹⁸⁰ En pratique, en moyenne, la saisine du Service des Domaines, nommé par le tribunal lui-même à la demande de toute personne intéressée ou du ministère public, peut prendre entre 9 mois et un an. Les legs ne sont par ailleurs délivrés

¹¹⁸¹ Le ministère d'avocat est obligatoire devant le tribunal de grande instance, sauf à ce que le ministère public présente lui-même la demande. Mais en ce cas, le délai sera d'autant rallongé, une vérification au moins sommaire par le procureur étant effectuée.

¹¹⁸² Il s'agit de la simple transposition au cas particulier des successions vacantes de la règle générale posée par l'article L. 77 de l'ancien Code du domaine de l'État.

¹¹⁸³ Arrêté du 22 septembre 1970, JO 27 septembre 1970, auquel renvoie l'article 1353 du Code de procédure civile.

bruts annuels de l'entreprise, conformément au barème suivant fixé par l'arrêté de 1970.

II - Le mandat à effet posthume, protection ponctuelle

195. Instauré par la loi du 23 juin 2006, le mandant à effet posthume¹¹⁸⁴ est un mandat authentique permettant à toute personne de donner à une ou plusieurs autres personnes, physiques ou morales, mandat d'administrer ou de gérer, sous réserve des pouvoirs confiés à l'exécuteur testamentaire, tout ou partie de sa succession pour le compte et dans l'intérêt d'un ou de plusieurs héritiers identifiés¹¹⁸⁵. Il est une exception notable au principe selon lequel le mandat s'éteint au décès du mandant. Il ne s'agit pas cependant d'une révolution : la continuation du mandat après le décès du mandant avait déjà été admise en jurisprudence¹¹⁸⁶, notamment en matière bancaire. La nouveauté tient au fait que le mandat à effet posthume ne se *poursuit* pas après le décès, mais *commence* à compter de l'ouverture de la succession.

Lors des débats parlementaires, ont essentiellement été visées les successions comprenant une entreprise, ou les successions dont un des héritiers est dans l'incapacité de gérer les biens successoraux (notamment en raison d'un handicap), mais rien n'empêche le recours au mandat posthume dans d'autres hypothèses, dès lors que celui-ci est justifié. L'intérêt justifiant le recours au mandat à effet posthume doit en effet être clairement précisé, en raison « *de sa gravité et du fait qu'il peut paraître priver*

¹¹⁸⁴ V. not. M. GRIMALDI, « Le mandat à effet posthume », *Deffrénois* 2007 p. 3. ; J.F. PENIGUEL, « Le mandat posthume », *JCP N* 2006 p. 2134 ; J. CASEY, « La gestion de l'hérédité : entre liberté et représentation forcée », *Dr. et pat.* mars 2007, p. 50 ; A. CHAMOULAUD-TRAPIERS, « Les exécuteurs testamentaires » *D.* 2006, p. 2577 ; S. HEBERT, « Le mandat de prévention : une nouvelle forme juridique? », *D.* 2008, p. 307 ; B. VAREILLE, « Le mandat à effet posthume », *LPA* 28 juin 2007, p. 16

¹¹⁸⁵ Art. 812 C. civ.

¹¹⁸⁶ Contrairement aux dispositions de l'article 2003 du Code civil. Pour un exemple de mandat post-mortem, voir notamment *CA Paris*, 12 décembre 1967, *D.* 1968 J 269. Cependant, il était admis qu'un tel mandat ne devait pas porter atteinte aux règles du droit successoral. Ainsi, commet une faute la banque ayant exécuté un tel mandat sans l'accord de tous les héritiers du mandant (*Cass. civ.* 1^{ère}, 28 juin 1988, *JCP* 1989 II 21366 obs. *D.* MARTIN. Voir également la réponse ministérielle A.N. n° 19239, *Brunhes*, *JOAN* 12 décembre 1994, p. 6200 à propos des comptes bancaires de la Poste).

les héritiers de la responsabilité de leur héritage en les maintenant dans une forme de subordination par rapport au parent défunt »¹¹⁸⁷. Il convient donc de rédiger avec circonspection les motifs qui ont conduit le « futur défunt » à envisager un mandat à effet posthume, afin d'éviter, ou au moins de prévenir, tout contentieux futur. Le mandat ne doit pas être une mesure de défiance envers un héritier¹¹⁸⁸, mais une mesure de protection.

En ce qui concerne l'étendue des pouvoirs conférés au mandataire, le texte est peu précis. D'une part, tant que la succession n'a pas été acceptée par un des héritiers protégés par ce mandat, le mandataire ne peut passer que les actes qui, au sens de l'article 784 du Code civil, n'emportent pas acceptation tacite de la succession¹¹⁸⁹. En outre, les actes réalisés par le mandataire dans le cadre de sa mission sont sans effet sur l'option héréditaire¹¹⁹⁰. Une fois que les héritiers protégés par le mandat ont accepté la succession, le mandataire dispose de pouvoirs plus étendus : il doit « administrer ou [...] gérer tout ou partie de la succession. Si le mandataire peut bien entendu passer des actes conservatoires ou d'administration, il n'est pas évident que le pouvoir de disposer lui soit ouvert. Si l'acte contenant le mandat est muet sur ce point, la réponse devrait être négative. Mais le défunt ne peut-il, dans une clause du mandat, lui permettre d'exercer un certain nombre d'actes de disposition ? Certes, par un renvoi de l'article 812-1-4 du Code civil, le mandat à effet posthume est soumis aux dispositions des articles 1984 à 2010 du même code « qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions de la présente section ». Cependant, il semblerait que ce renvoi ne concerne pas le pouvoir de disposer, qui serait en toute hypothèse exclu des pouvoirs conférés au mandataire. L'« incapacité temporaire » imposée aux héritiers protégés peut justifier cette restriction : la privation temporaire des droits de ces derniers sur tout ou partie du patrimoine successoral doit bien entendu être limitée. D'ailleurs, l'aliénation des biens

¹¹⁸⁷ Rapport AN n° 2850 par S. HUYGUES, spéc. p. 173.

¹¹⁸⁸ Ou son représentant, lorsque l'héritier est incapable.

¹¹⁸⁹ Se retrouveront ainsi les questions, évoquées plus haut, relatives à la définition des « opérations courantes nécessaires à la continuation à court terme de l'activité de l'entreprise dépendant de la succession » (art. 784 al. 3 C. civ.).

¹¹⁹⁰ Art. 812-1-2 et 812-1-3 C. civ.

gérés par le mandataire par les héritiers met fin à la mission¹¹⁹¹, ce qui pourrait laisser penser que le mandant ne peut priver ses héritiers de ces pouvoirs. Mais ceci ne manquera pas de soulever un certain nombre de difficultés, notamment dans le cadre de la gestion d'une entreprise, où les actes de disposition peuvent être relativement fréquents.

196. Si la nomination d'un mandataire peut être ponctuellement et factuellement intéressante, elle reste néanmoins coûteuse et fragile.

Conformément au droit commun du mandat, celui-ci est gratuit, sauf convention contraire, expressément déterminée dans le mandat. Elle correspond à une part des fruits et revenus perçus par l'hérédité et résultant de la gestion ou de l'administration du mandataire. En cas d'insuffisance ou d'absence de fruits et revenus, elle peut être complétée par un capital ou prendre la forme d'un capital. Bien entendu, la rémunération du mandataire est une charge de la succession qui ouvre droit à réduction lorsqu'elle a pour effet de priver les héritiers de tout ou partie de leur réserve.

La protection assurée par le mandat à effet posthume est nécessairement limitée dans le temps : la durée de principe est de deux ans, prorogable une ou plusieurs fois par décision du juge, saisi par un héritier ou par le mandataire. Il peut toutefois être donné pour une durée de cinq ans, prorogable dans les mêmes conditions, en raison de l'inaptitude, de l'âge du ou des héritiers, ou de la nécessité de gérer des biens professionnels. Eu égard à la formulation relativement large de cette exception, il est légitime de se demander si, en pratique, cette exception ne va pas devenir le principe¹¹⁹².

En particulier, le mandataire, les héritiers et légataires concernés peuvent à tout moment mettre fin à la mission du mandataire, déjouant ainsi les prévisions du défunt. Avant le décès du mandant, les parties peuvent valablement renoncer à cet acte qui, par hypothèse, n'a pas encore reçu application, en application de l'article 812-1-1 du Code

¹¹⁹¹ Cass. civ. 1^{ère}, 12 mai 2010, n° 09-10.556, Dr. fam. juin 2010, comm. 104 par B. BEIGNIER

¹¹⁹² En ce sens, voir M. Grimaldi, *art. préc.*

civil. Cette renonciation, émanant du mandant ou du mandataire, doit être notifiée à l'autre partie. Une fois la succession ouverte, le mandataire conserve la possibilité de mettre fin au mandat. Cette décision doit ici encore être notifiée aux héritiers intéressés ou à leurs représentants. Sauf convention contraire entre le mandataire et les héritiers intéressés ou leurs représentants, la renonciation prend effet à l'issue d'un délai de trois mois à compter de la notification. Et sans préjudice de dommages et intérêts, le mandataire rémunéré par un capital peut être tenu de restituer tout ou partie des sommes perçues.

En outre, le mandat prend fin par l'un des événements suivants, prévus par l'article 812-4 du Code civil : l'arrivée du terme prévu, la renonciation du mandataire, la révocation judiciaire, à la demande d'un héritier intéressé ou de son représentant, en cas d'absence ou de disparition de l'intérêt sérieux et légitime ou de mauvaise exécution par le mandataire de sa mission, la conclusion d'un mandat conventionnel entre les héritiers et le mandataire titulaire du mandat à effet posthume, l'aliénation par les héritiers des biens mentionnés dans le mandat, le décès ou la mise sous mesure de protection du mandataire personne physique, ou la dissolution du mandataire personne morale, le décès de l'héritier intéressé ou, en cas de mesure de protection, la décision du juge des tutelles de mettre fin au mandat.

Bien entendu, un même mandat donné pour le compte de plusieurs héritiers ne cesse pas entièrement pour une cause d'extinction qui ne concerne que l'un d'eux. De même, en cas de pluralité de mandataires, la fin du mandat intervenant à l'égard de l'un ne met pas fin à la mission des autres.

S'agissant de l'exhérédation, la nomination d'un mandataire ne présente pas de réel intérêt. Ce mandataire n'est pas désigné par défiance envers un héritier mais pour protéger cet héritier.

III – L'exécution testamentaire, surveillance encadrée

197. Institution ancienne, l'exécuteur testamentaire connaît aujourd'hui un renouveau – du moins dans les textes – conforme à la philosophie générale de la loi du 23 juin 2006 : donner plus de place à l'expression de la parole du défunt. Alors que le mandat à effet posthume est essentiellement destiné à gérer tout ou partie de la succession, l'exécuteur testamentaire a pour mission de faire respecter les dernières volontés du défunt, au sens large¹¹⁹³. Continuateurs de sa personne, les héritiers sont les porteurs de la parole du défunt, car présumés être les plus proches, tout du moins en théorie : l'éclatement des familles est un poncif, dont les effets se voient au quotidien... Afin d'assurer le respect de ses dernières volontés, le *de cuius* dispose, depuis l'Ancien droit, de la faculté de nommer un « porte-parole » préférable, en la personne de l'exécuteur testamentaire.

Bien qu'un grand nombre de règles relatives à l'exécution testamentaire aient été maintenues, quelques nouveautés doivent cependant être remarquées.

En cas de contestation sur la validité ou l'exécution d'un testament ou d'un legs, l'exécuteur testamentaire est mis en cause. Dans tous les cas, il intervient pour soutenir la validité ou exiger l'exécution des dispositions litigieuses. Ce qui n'était autrefois qu'une faculté devient désormais une obligation. La mission de l'exécuteur testamentaire se révèle ici : il est la parole du défunt et est le plus apte à exprimer les sentiments et la volonté de ce dernier.

Si l'exécuteur peut provoquer la vente du mobilier à défaut de liquidités suffisantes pour acquitter les dettes urgentes de la succession (art. 1029 C. civ.), ses pouvoirs peuvent aller bien au-delà, surtout en l'absence d'héritiers réservataires. D'une part, le testateur peut habiliter l'exécuteur testamentaire à prendre possession en tout ou partie du mobilier de la succession et à le vendre s'il est nécessaire pour acquitter les legs particuliers dans la limite de la quotité disponible (art. 1030 C. civ.). D'autre part, en l'absence de réservataires, le testateur peut habiliter l'exécuteur testamentaire à

¹¹⁹³ Par exemple, choix du lieu de la sépulture, respect des volontés testamentaires...

disposer en tout ou partie des immeubles de la succession, recevoir et placer les capitaux, payer les dettes et les charges et procéder à l'attribution ou au partage des biens subsistants entre les héritiers et les légataires (art. 1030-1 C. civ.). C'est ici une véritable mission de partage qui peut être confiée à l'exécuteur testamentaire.

198. Le prononcé de la vacance de la succession n'étant bien évidemment laissé à la discrétion du *de cuius*, il est possible de se demander si celui-ci ne peut de lui-même confier à un tiers la mission d'investir les légataires. L'exécuteur testamentaire ayant pour mission la surveillance de la succession et l'exécution des dernières volontés du défunt¹¹⁹⁴, il est possible de se demander si la délivrance de legs n'est pas une des fonctions naturelles de l'exécuteur testamentaire.

Cette question, débattue depuis longtemps en doctrine, n'a à ce jour reçu aucune réponse certaine. Pour certains auteurs, la saisine de l'exécuteur testamentaire, se substituant à la saisine des héritiers légaux, permet à ce dernier de délivrer l'intégralité des legs consentis par le défunt¹¹⁹⁵. Mais la doctrine majoritaire¹¹⁹⁶ considère que la délivrance des legs appartient exclusivement aux héritiers légaux, l'exécuteur testamentaire se bornant à effectuer le paiement des legs. S'il est vrai que la loi du 23 juin 2006 a quelque peu étendu les pouvoirs de l'exécuteur testamentaire, aucun texte ne lui permet aujourd'hui clairement de délivrer les legs à titres universel consentis par le défunt, et ce même si les débats parlementaires peuvent laisser penser le contraire¹¹⁹⁷.

Au surplus, à supposer la délivrance par l'exécuteur testamentaire possible, les héritiers ne seront pas plus informés de l'existence du legs et conservent naturellement leur faculté de contester les libéralités à cause de mort consenties.

¹¹⁹⁴ Art. 1025 C. civ.

¹¹⁹⁵ AUBRY et RAU, *op. cit.*, tome II § 711 p. 330. Selon une opinion plus tempérée, la délivrance doit être demandée à la fois aux deux intéressés : héritiers et exécuteur testamentaire (PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, tome V, n° 691).

¹¹⁹⁶ M. GRIMALDI, « L'exécuteur testamentaire », *Defrénois* 2000, article 37086, spéc. § 8 ; J.-Cl. Civil, « Articles 1010 à 1013 », fasc. unique, spécialement n° 63, par Louis COUPET

¹¹⁹⁷ Rapp. AN 8 février 2006 n° 2850, par S. HUYGHE, spéc. p. 272

L'investiture des légataires ne pouvant être déléguée, une refonte nous paraît nécessaire.

Section 2 – La refonte du titre d'héritier

Le secret entourant les actes à cause de mort justifie l'information offerte aux héritiers. Les actes entre vifs, quant à eux, ne nécessitent pas de modification particulière : disposant de leurs propres modes de publicité, leur régime juridique doit être considéré comme satisfaisant.

La refonte du titre d'héritier pourrait suivre les principes suivants : l'héritier, non propriétaire des biens existants, a droit d'être informé des actes à cause de mort l'exhérédant. Mais cette information doit être suffisante : lui imposer une intervention systématique dans le règlement d'une succession à laquelle il n'est pas, ou en tout cas pas en totalité, intéressé.

199. S'agissant des testaments, il pourrait être suggéré, à l'instar des règles gouvernant le changement de régime matrimonial, de remplacer la délivrance de legs et l'envoi en possession par une information des héritiers légaux.

Rappelons que la modification du régime matrimonial est soumise à une double formalité : l'information personnelle des enfants majeurs de chaque époux ainsi que des parties au contrat initial¹¹⁹⁸ et la publication d'une annonce destinée à alerter les tiers de l'existence de la modification¹¹⁹⁹. S'agissant des destinataires de l'information, la liste actuelle des héritiers saisis est suffisamment complète et cohérente pour ne pas nécessiter de refonte.

¹¹⁹⁸ Art. 1397 al. 2 C. civ. : « Les personnes qui avaient été parties dans le contrat modifié et les enfants majeurs de chaque époux sont informés personnellement de la modification envisagée. Chacun d'eux peut s'opposer à la modification dans le délai de trois mois ».

¹¹⁹⁹ Art. 1397 al 3 C. civ. : les créanciers sont informés de la modification envisagée par la publication d'un avis dans un journal habilité à recevoir les annonces légales dans l'arrondissement ou le département du domicile des époux. Chacun d'eux peut s'opposer à la modification dans les trois mois suivant la publication.

En ce qui concerne les libéralités devant être portées à la connaissance des héritiers, malgré les difficultés de publicité des libéralités entre vifs, notamment des donations indirectes ou déguisées, ici encore une modification ne devrait pas être envisagée. En effet, ayant pris effet du vivant du donateur, les actes entre vifs portent en eux-mêmes leur propre publicité, l'extériorisation du transfert de propriété. Il n'est donc proposé une rénovation de l'information des héritiers qu'en ce qui concerne les actes à cause de mort, marqués par le secret du vivant du testateur.

L'information des héritiers ne leur offrirait dans un premier temps qu'un rôle passif et non un rôle actif d'investiture. Le renseignement donné aux héritiers leur permettra de connaître la libéralité, il leur appartiendra alors de la contester dans les conditions de droit commun. Il ne leur est pas nécessaire de se manifester positivement – à l'instar de la délivrance de legs – l'information donnée étant suffisante pour leur permettre de contester éventuellement l'acte en cause.

Le destinataire de l'information sera bien évidemment chaque héritier *ab intestat* ou légataire universel ayant la faculté d'appréhender le legs dans l'hypothèse où celui-ci serait invalidé. En cas d'incapacité, l'information sera donnée au représentant de l'héritier incapable. La liste des personnes antérieurement tenues de délivrer les legs doit être maintenue. S'agissant des legs universels, emportant donc exhérédation totale, l'information ne devrait être donnée qu'aux héritiers réservataires. Bien évidemment, ceci n'empêchera pas les héritiers non réservataires de contester le testament et d'en solliciter la production en justice.

200. Si l'information personnelle des héritiers pourrait selon nous remplacer délivrance de legs et envoi en possession, il ne nous semble pas utile d'étendre aux tiers cet avis. En particulier, s'agissant de libéralités entraînant modification de la dévolution légale, il ne nous semble pas que l'information des tiers par voie d'annonce légale soit pertinente. L'atteinte portée à la vie privée des héritiers et des légataires paraît excessive. Certes, en cas d'acceptation à concurrence de l'actif net ou de vacance de la succession, l'insertion d'une annonce dans un journal d'annonces légales est prévue à

plusieurs reprises¹²⁰⁰. L'hypothèse est pourtant bien différente : en cas d'acceptation à concurrence de l'actif net ou de vacance de la succession, le gage des créanciers est limité aux forces successorales¹²⁰¹. Par ailleurs, les créanciers sont payés « au prix de la course », dans l'ordre des déclarations de créances¹²⁰² et à condition que cette déclaration soit réalisée dans un délai déterminé¹²⁰³ : l'information générale des créanciers par voie de publicité les met tous sur un pied d'égalité.

L'information des créanciers concernant l'existence d'une modification de la dévolution ne répond pas à cet objectif : d'une part, les tiers n'ont que rarement la possibilité de contester le testament modifiant la consistance de la cohéirie, d'autre part, il existe d'autres publicités permettant de les informer de l'existence du décès et du nom de leurs nouveaux débiteurs¹²⁰⁴.

Par ailleurs, si un changement de régime matrimonial peut être le vecteur d'une fraude aux droits des créanciers¹²⁰⁵, tel n'est pas le cas des transmissions testamentaires.

Les créanciers ont toujours un débiteur : héritier acceptant ou légataire tenu au passif, voire Service des Domaines en tant que curateur des successions vacantes. Par ailleurs, la renonciation à succession par les héritiers n'est que rarement considérée en jurisprudence comme frauduleuse¹²⁰⁶, les rares décisions l'ayant admis ne concernant

¹²⁰⁰ Déclaration d'acceptation à concurrence de l'actif net (art. 788 C. civ. et 1335 CPC), déclaration de vacance, inventaire par le Service des Domaines et reddition des comptes (art. 809-1, 809-2, 810-5 et 810-7 C. civ. et 1342 CPC).

¹²⁰¹ Art. 791 et 810-4 C. civ.

¹²⁰² Art. 796 et 810-5 C. civ.

¹²⁰³ 15 mois : art. 792 C. civ.

¹²⁰⁴ Par exemple, la publicité foncière : par ce biais, les créanciers peuvent avoir connaissance de la consistance de la cohéirie.

¹²⁰⁵ J.-Cl. Civil Code, « Art. 1396 à 1397-1 », fasc. 20, 2009, par M. STORCK ; E. NAUDIN, « Du code civil au Code de procédure civile : la procédure de changement de régime matrimonial et les tiers », *in Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p. 561 et les nombreuses références citées.

¹²⁰⁶ Si l'hypothèse est rare en pratique, elle n'est pas totalement inconnue. Ainsi, dans un arrêt en date du 24 juillet 1885, la Cour d'appel de Dijon a prononcé, à la demande d'un légataire, la nullité d'une renonciation à succession intervenue dans le but de nuire au demandeur (CA Dijon 24 juillet 1885, DP 1886.2.217, voir également, plus récemment, Cass. civ. 1^{ère}, 4 février 1992, Bulletin n° 41 p. 30, D 1992 IR 95, pour une renonciation à demander la réduction d'une libéralité). Il s'agit d'exemples jurisprudentiels isolés : le plus souvent, la jurisprudence écarte le caractère frauduleux d'une renonciation à succession, rappelant que, selon le Code civil, nul n'est tenu d'accepter une succession qui lui est échue (Cass. civ. 1^{ère}, 15 mai 2008, pourvoi 06-19.535, Bull. Civ. n° 140, RTDCiv 2008 p. 523 obs. M. GRIMALDI, RDLC novembre

que des fraudes aux droits des cohéritiers : on imaginerait difficilement une fraude aux droits des créanciers successoraux. Si la fraude aux droits des créanciers personnels des héritiers se conçoit, la renonciation à la succession ne laisse pas les créanciers du défunt sans débiteur : au minimum, le Service des Domaines, curateur à la succession vacante, aura la faculté de régler le passif.

Il est vrai qu'en présence de legs particuliers¹²⁰⁷ absorbant la totalité de l'actif, les héritiers légaux sont fortement tentés de renoncer à la succession, laissant le créancier face au Service des Domaines, qui peut certes régler le passif, mais à concurrence de l'actif, c'est à dire souvent rien... Mais l'éventuelle fraude consistant en la diminution voire la suppression du gage des créanciers ne pourrait être imputée qu'au défunt, seul maître de la qualification des legs.

L'éventualité d'une fraude aux droits des créanciers étant écartée, créer une modalité d'information de ces derniers paraît inutile.

201. Une question ne manquera pas d'être soulevée : *quid* des héritiers introuvables ? Il n'est pas rare en pratique que les recherches généalogiques – en particulier s'agissant des successions en ligne collatérale ordinaire – prennent du temps, beaucoup de temps. Deux solutions sont concevables.

En l'absence d'héritiers connus, l'information pourrait être délivrée à une tierce personne, par exemple à un mandataire spécialement désigné à cet effet. Une telle désignation est certes totalement neutre mais présente un coût non négligeable, qui sera souvent disproportionné par rapport au montant du legs consenti, notamment s'agissant de legs particuliers de valeur modique.

Il nous semble préférable de maintenir les règles de droit positif, en prévoyant que le défaut d'information des héritiers légaux constitue pour eux une cause de

2008 p. 43 obs. J-G. MAHINGA, Defrénois 2008 art. 38818, note Ph. MALAURIE : n'a pas été jugée frauduleuse la renonciation ayant pour effet de rendre réductibles certaines libéralités qui, sans cette renonciation, aurait été préservées). Par le passé, n'a pas été jugée abusive la renonciation permettant à un héritier réservataire de conserver une libéralité rapportable au moins équivalente à sa part héréditaire (CA Pau 9 février 1885, DP 1886.2.241 ; Cass. civ. 1^{ère}, 4 décembre 1990, Bull. Civ. I, n° 278, Defrénois, 1991, art. 35018, obs. G. CHAMPENOIS, RTDCiv. 1992. 157, obs. J. PATARIN).

¹²⁰⁷ Sauf de legs de sommes d'argent, qui ne sont payés qu'à hauteur de l'actif successoral net : art. 785 C. civ.

suspension des prescriptions afférentes aux diverses actions tendant à contester l'acte qui les exhérède.

Afin d'éviter que les actions en contestation ne deviennent imprescriptibles, il pourrait être suggéré l'instauration d'un délai-butoir – à l'instar de ceux prévu par les articles 921 et 2232 du Code civil¹²⁰⁸ – aucune action ne pouvant être engagée plus d'un certain nombre d'années¹²⁰⁹ à compter du décès, que l'information des héritiers ait ou non été accomplie. Ainsi, soit l'information est donnée aux héritiers, et la prescription pourra courir, soit l'héritier est inconnu ou introuvable¹²¹⁰, et le délai-butoir constituera la limite ultime de l'action en contestation.

En cas de renonciation d'un héritier, l'information devra être donnée aux héritiers de rang subséquent. Il est vrai que cette règle pourrait entraîner une multiplication des informations. Toutefois, d'une part, elle est la seule à faciliter la connaissance du véritable titulaire de l'action en nullité, renonciation après renonciation. En outre, rappelons que le légataire dispose toujours de l'action dite « interrogatoire »¹²¹¹, lui permettant de mettre en demeure les héritiers légaux de prendre parti. Cette action permet à toute personne intéressée de sommer l'héritier taisant d'avoir à prendre parti. Si l'héritier ne répond pas dans un délai de deux mois à compter de la sommation, il sera réputé avoir accepté la succession. Cette procédure, issue de la loi du 23 juin 2006, permet au légataire de savoir à qui demander la délivrance du legs, sans attendre une hypothétique acceptation de la succession¹²¹² et, en cas de renonciation, de pouvoir s'adresser sans délai à l'héritier de rang subséquent.

¹²⁰⁸ Alors que le premier de ces textes dispose que le délai de prescription de l'action en réduction ne peut jamais excéder dix ans à compter du décès, le second retient que « le report du point de départ, la suspension ou l'interruption de la prescription ne peut avoir pour effet de porter le délai de la prescription extinctive au-delà de vingt ans à compter du jour de la naissance du droit. ».

¹²⁰⁹ Les 20 ans prévus par l'article 2232 du Code civil semblent à ce titre assez raisonnables.

¹²¹⁰ Voire en cas de négligence du légataire, qui omettrait d'informer les héritiers légaux, bien que ceux-ci soient connus.

¹²¹¹ Art. 771 C. civ.

¹²¹² Rappelons que le délai pour accepter une succession est aujourd'hui décennal (art. 780 C. civ., issu de la loi de 2006). En l'absence de cette procédure, et dans le silence de l'héritier, le légataire devait auparavant soit tenter une action judiciaire en délivrance, soit attendre quelques années (30 ans, avant l'entrée en vigueur de la loi de 2006) pour pouvoir s'adresser à l'héritier de rang subséquent.

Les modalités pratiques de l'information devraient être les plus simples possibles. Dans la mesure où les legs peuvent être de valeur très modeste, imposer le recours à une notification par voie d'huissier paraît excessif.

Il nous semble préférable de laisser le choix de la forme de l'information au gratifié, la preuve de son envoi pesant sur lui. *A minima*, l'envoi d'une lettre recommandée avec accusé de réception devrait être conseillé.

Quant au contenu de l'information, se pose la question de la révélation des legs consentis. Faut-il avertir l'héritier de l'existence du *testament* ou de son *contenu* ? Si la première information s'impose naturellement la seconde soulève davantage de questions au regard du respect de la vie privée des gratifiés. Une communication systématique paraît bien excessive. Il conviendrait de réserver la communication du contenu de l'acte à une demande spéciale et motivée de l'héritier légal exhéredé.

202. Cette rénovation de la délivrance de legs a pour principal avantage la sécurité juridique : le légataire est pleinement propriétaire dès le jour du décès, sous réserve de l'annulation ultérieure du testament, dans les conditions de droit commun.

Naturellement, la suppression de la délivrance de legs entraînerait celle, corrélative, de la faculté de perception des fruits et revenus par l'héritier exhéredé.

Si celui-ci, en attendant la réception du bien légué par son bénéficiaire, prend en main la gestion de la succession, les ressources de droit commun, notamment les règles de l'indivision, la gestion d'affaire ou l'enrichissement sans cause, permettent d'ores et déjà une juste indemnisation du travail fourni. Certes, en cas d'opposition entre héritier et légataire sur cette indemnisation, le recours à l'arbitrage du juge sera nécessaire. Mais il nous paraît préférable de soumettre cette discussion à l'équité judiciaire, plutôt que d'octroyer forfaitairement les fruits et revenus à l'héritier, sans aucun lien avec les actions éventuellement entreprises. Mieux vaut la justice plutôt que le forfait.

Au surplus, l'héritier pourra être amené à remettre la chose au légataire. Comme aujourd'hui, les règles de droit commun de prise en charge des risques, tenant compte de la faute ou du cas fortuit, sont largement suffisantes et ne nécessitent pas de législation spécifique.

Conclusion générale

Emolument-liberté et titre-protection : c'est la rencontre des intérêts divergents du disposant et de son successible que l'exhérédation permet d'appréhender.

La dichotomie entre titre et émolument permet de révéler la véritable relation successorale entre disposant et successible. A l'absolutisme quasi-absolu de la volonté du *de cuius* correspond l'effet quasi-plénipotentiaire du titre d'héritier.

Si le *de cuius* peut presque librement disposer des biens composant ou qui auraient dû composer sa succession, l'héritier, bien que ne disposant d'aucun droit à l'héritage, a la faculté d'en perturber le règlement, sous couvert d'en assurer la police et la gestion.

La libre disposition de l'émolument, encore encadrée par un ordre public successoral bien affaibli, répond à un choix de société. Le groupe familial n'existe pas au plan successoral, seul l'individu compte. Communauté familiale et devoir de l'individu envers sa famille ne sont que des leurres : la faculté de transmettre, ou plus précisément de ne pas transmettre, à cause de mort est un pouvoir quasi-absolu, un des rares droits non contrôlés encore vivace aujourd'hui.

Il est bien sûr toujours possible de restreindre cette liberté de transmettre. Tel est notamment le but, indirect, de la réserve héréditaire. Instaurée dans l'intérêt d'un certain nombre de membres de la famille, jugés suffisamment proches pour que leur existence justifie l'atteinte portée à la liberté de transmettre de leur auteur. Pourtant, la substitution d'une réduction en valeur à une réduction en nature et la drastique limitation de la liste des héritiers réservataires au profit de droits d'ordre public jugés équivalents mais qui ne sont que la réintroduction nuancée du principe *Paterna paternis, materna maternis*, permettent aujourd'hui de limiter l'efficacité de la

protection offerte par la réserve héréditaire. Elle reste néanmoins le dernier rempart contre la libre volonté du disposant. L'utilité économique de la réserve héréditaire n'est plus à démontrer. Bien que nettement distincte de l'obligation alimentaire, elle permet cependant d'assurer la transmission obligatoire d'une fraction de la succession aux héritiers réputés les plus proches du défunt.

De même, la prohibition des pactes sur succession future permet toujours de s'assurer que le défunt n'engage pas définitivement, de son vivant, sa succession. Le pacte successoral suisse n'est, à ce titre, pas encore transposable en droit français, encore attaché à la liberté de révoquer, à la faculté de revenir sur la parole dite. La prohibition des pactes sur succession future reste ce dernier rempart contre le *votum mortis*, l'engagement définitif et irraisonné du *de cuius*.

Faut-il supprimer ces derniers garde-fous, en particulier la réserve héréditaire ? En opportunité cela n'est pas souhaitable. Les orientations récentes de la législation successorale, bien que masquées derrière une apparence de contractualisme, ne sont en réalité que l'aboutissement quasi-absolu de la suprématie de la volonté individuelle. Supprimer la prohibition des pactes sur succession future et libérer totalement la succession du carcan réservataire rendraient la transmission fragile et facilement contestable. A la liberté répondrait alors un impératif de sécurité juridique, incitant les héritiers insatisfaits à contester sur le fondement de l'incapacité du disposant, de l'atteinte à leur droit à l'héritage. Les motifs ayant guidé le disposant seraient sans doute davantage étudiés, critiqués, voire sanctionnés. C'est finalement le but inverse qui serait atteint, avec un certain retour à la rigueur sanctionnant d'éventuels débordements de la liberté testamentaire. De même, la fonction économique de la réserve, imposant la transmission d'une fraction du patrimoine du défunt à ses proches assure la continuité familiale en offrant aux héritiers le maintien de la « fortune » familiale. Supprimer la réserve anéantirait cette cohérence dans la transmission.

Faire marche arrière et imposer au disposant d'agir dans un intérêt autre que le sien reviendrait *in fine* à accorder à l'héritier un droit sur l'héritage et, indirectement, une faculté d'ingérence offerte à l'héritier, ce qui n'est ni souhaitable, ni réalisable. Augmenter les droits d'ordre public opposables au disposant ne pourrait qu'accroître les

facultés proposées à l'héritier, laissant penser que celui-ci détient un véritable droit à l'héritage.

Pourtant, une fois la succession ouverte, le successible, bien qu'exclu en tout ou partie de la succession, reste un acteur déterminant du règlement de la succession, parfois à son détriment. Il lui appartient alors de renoncer à la succession, afin de s'en extraire définitivement. A défaut, l'héritier sera contraint d'y intervenir, à des degrés divers.

En réalité, aucune réelle utilité au titre ne peut être trouvée : il existe et présente l'intérêt de défendre ses propres droits contre cette « agression » que pourrait être l'exhérédation, mais pourrait avantageusement être réduit à l'intérêt à agir de l'héritier. On constate cependant une sur-protection de l'héritier au détriment de l'institué, donataire ou légataire. Alors que la volonté du défunt est prédominante *ante mortem*, une fois la succession ouverte l'inverse se produit. L'héritier gagne alors une place centrale lors du règlement de la succession, sans pour autant qu'une véritable utilité ne se manifeste. C'est l'intérêt égoïste du titre qui est mise en avant, au détriment de l'émolument.

Si l'héritier exhérédé doit tout de même bénéficier d'une certaine protection, ou, tout du moins, avoir la faculté de défendre ses intérêts, sa place doit être redéfinie.

Assurer la police et la gestion de la succession ne sont pas des objectifs essentiels. D'autres techniques permettent d'éviter une fâcheuse vacance de la succession, sans pour autant faire appel à un héritier qui, exhérédé, n'a aucun intérêt au bon déroulement du règlement successoral. S'il est vrai que la loi accorde parfois une certaine compensation, par le biais notamment du droit aux fruits des biens légués, ces contreparties n'ont aucun fondement réellement défendable et aucune pertinence permettant de les justifier. Survivance de l'Ancien droit, l'intervention de l'héritier exclu dans le dénouement de la succession, autrefois symbole de la cohésion familiale et de la transmission successorale quasi-automatique aux héritiers, n'a pas été comprise par les rédacteurs du Code civil. Il serait temps de rénover ces textes inchangés depuis 1804 et dont la pertinence et l'acuité laissent aujourd'hui à désirer. Ne répondant plus aux

objectifs actuels de célérité et de sécurité dans le règlement de la succession, l'intervention de l'héritier privé de l'émolument ne se justifie plus.

Ne disposant pas de droit à l'héritage, on ne voit pas pourquoi il disposerait d'un quelconque droit de perturber le règlement de la succession au-delà de la stricte défense de ses intérêts. Le titre d'héritier, dénué de tout ou partie de l'émolument et distingué de la propriété des biens transmis, doit tout au plus être vu comme un intérêt à agir, non comme un quelconque élément directeur des opérations de liquidation successorale. Le conflit d'intérêts qui ne manquerait pas d'en résulter porterait indéniablement atteinte à l'impératif de sécurité juridique.

Il est donc souhaitable de redonner au titre d'héritier sa véritable fonction, un simple intérêt à agir, en facilitant naturellement ses moyens d'action, mais sans pour autant lui permettre d'interférer dans le règlement de la succession et lui offrir un quelconque droit, aux antipodes de la liberté de disposer du *de cuius*.

Reconnecter titre et émolument, redéfinir et encadrer l'intérêt à agir du successible déçu sont autant d'objectifs aisés à atteindre et pourtant fondamentaux. L'héritier exhéredé pourra certes se sentir floué, sacrifié, mais sa place n'en sera que mieux définie.

La protection de la liberté testamentaire et la pacification du règlement de la succession sont sans doute à ce prix.

Bibliographie

I – Ouvrages généraux, traités et manuels

AYNES (L.), GAUTIER (P.-Y.), MALAURIE (P.), *Droit civil : les contrats spéciaux*, Defrénois, 4^e éd., 2009

AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, tome 6, 4^e éd., 1873

AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, tome 7, 4^e éd., 1875

AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, tome 10, 5^e éd., par BARTIN, 1918

AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, tome 11, 5^e éd., par BARTIN, 1919

BONTE (P.) et IZARD (M.) (dir.), *Dictionnaire de l'ethnologie et de l'anthropologie*, PUF, 1991

BORE (J.), *La cassation en matière civile 2009/2010*, Dalloz action, 2008

CABRILLAC (M.), MOULY (Ch.), CABRILLAC (S.), PETEL (P.), *Droit des sûretés*, Litec, 8^e éd., 2007

CATALA (P.), *La réforme des liquidations successorales*, Defrénois, 3^e éd., 1982

COLIN et CAPITANT, *Cours de droit civil français*, tome III, 10^e éd. par JULLIOT DE LA MORANDIERE, 1950

CORNU (G.), *Les régimes matrimoniaux*, PUF, coll. Thémis, 1997

CORNU (G.) et FOYER (J.), *Procédure civile*, PUF, coll. Thémis, 2^e éd., 1996

DEMOLOMBE, *Traité des successions*, tome XIII, 2^e éd., 1862

FLOUR (J.) et SOULEAU (H.), *Droit civil, Les successions*, Armand Colin, 2^e éd., 1987

- FLOUR (J.) et J-L. AUBERT (J-L.),** *Les obligations – 1. L'acte juridique*, Armand Colin, 8^e éd., 1998
- FLOUR (J.) et CHAMPENOIS (G.),** *Les régimes matrimoniaux*, Armand Colin, 2003
- FLOUR (J.) et SOULEAU (H.),** *Les successions*, Armand Colin, 2e éd., 1987
- FLOUR (J.) et SOULEAU (H.),** *Les libéralités*, Armand Colin, 1982
- GAUDEMET (J.) et CHEVREAU (E.),** *Droit privé romain*, Montchrestien, 3^e éd., 2009
- GHESTIN (J.), GOUBEAUX (G.), FABRE-MAGNAN (M.),** *Traité de droit civil, Introduction générale*, LGDJ, 4^e éd., 1994
- GIRARD (P-F.),** *Manuel élémentaire de droit romain*, rééd. par J-P. LEVY, Dalloz, 2003
- GRIMALDI (M.),** *Droit civil, Successions*, Litec, 6^e éd., 2001
- GRIMALDI (M.),** *Libéralités, Partages d'ascendants*, Litec, 2000
- JOSSERAND (J.),** *Essai de téléologie juridique*, t 1, « De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits », Dalloz, rééd. 2006
- JUBAULT (Ch.),** *Droit civil : les successions, les libéralités*, Montchrestien, 2^e éd., 2010
- DELNOY (P.),** *Les libéralités et les successions, Précis de droit civil*, 3^e éd., Larcier, Bruxelles, 2009
- LAURENT,** *Principes de droit civil français*, tome 14, Durand et Pédone Lauriel, 1875
- LAURENT,** *Principes de droit civil français*, tome 11, Durand et Pédone Lauriel, 1874
- LE NINIVIN (D.),** *La juridiction gracieuse dans le nouveau code de procédure civile*, Litec 1983
- LEVY (J-F.) et CASTALDO (A.),** *Histoire du droit civil*, Précis Dalloz, 1^{ère} éd., 2002
- LOCRE,** *La législation civile, commerciale et criminelle de la France*, tome X, Paris, 1827
- MAZEAUD (H., L. et J.),** *Leçons de droit civil*, tome 4, 2^e volume, « Successions, Libéralités », Montchrestien, 5^e éd., 1999
- MALAURIE (Ph.),** *Droit civil : les successions, les libéralités*, Defrénois, 3^e éd., 2008
- MARCADÉ,** *Explication théorique et pratique du Code civil*, tome 4, Delamotte, 7^e éd., 1873
- MARTY (G.) et RAYNAUD (P.),** *Traité de droit civil, Les successions*, Sirey, 1983

- MASSIP (J.)**, *Tutelle des mineurs et protection juridique des majeurs*, Defrénois, 2009
- MAY (G.)**, *Éléments de droit romain, à l'usage des étudiants des Facultés de droit*, Larose, 7^e éd., 1901
- MERLIN**, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, tome 6, 4^e éd., 1813
- PICARD (M.) et BESSON (A.)**, *Les assurances terrestres*, tome premier, « Le contrat d'assurance », 5^e édition, LGDJ, 1982
- PATAULT (A-M.)**, *Introduction historique au droit des biens*, PUF, 1989
- PLANIOL**, *Traité élémentaire de droit civil*, tome 3, LGDJ, 4^e éd., 1908
- PLANIOL et RIPERT**, *Traité pratique de droit civil français*, tome IV, LGDJ, 1^e éd., 1928, par MAURY et VIALLETON
- PLANIOL et RIPERT**, *Traité pratique de droit civil français*, tome V, LGDJ, 2^e éd., 1957
- de POULPIQUET (J.)**, *Responsabilité des notaires*, Dalloz, 2009
- SCHMIDLIN (B.)**, *Droit privé romain. I, Origines et sources, famille, biens, successions*, Université de Genève, Bruylant, 2008
- SERIAUX (A.)**, *Les successions, les libéralités*, PUF, Droit fondamental, 1993
- SERIAUX (A.)**, *Manuel de droit des successions et des libéralités*, PUF, 2003
- TERRÉ (F.) et LEQUETTE (Y.)**, *Les successions. Les libéralités*, Précis Dalloz, 3^e éd., 1996
- ZENATI-CASTAING (F.) et REVET (T.)**, *Les biens*, PUF, 3^e éd., 2008
- ZENATI-CASTAING (F.) et REVET (T.)**, *Cours de droit civil, les successions*, PUF coll. Droit Fondamental, 2012

II – Thèses et monographies

- ADAM (P.)**, *De l'exhérédation en droit civil français*, thèse Nancy, 1902
- ANTOINE (C-F.)**, *De la Succession légitime et testamentaire en droit international privé, ou du Conflit des lois des différentes nations en matière de succession*, thèse Nancy, 1876

- BANDRAC (M.),** *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, préf. P. RAYNAUD, Economica, 1986
- BARRERE (J.),** *L'exhérédation : le fondement du droit successoral français*, thèse Toulouse, 1949
- BAREÏT (N.),** *Le droit transitoire de la famille*, préf. J-J. LEMOULAND, Defrénois, tome 45, 2010
- BECQUART (J.),** *Les mots à sens multiples dans le Droit Civil Français*, Préf. R. CASSIN, PUF, 1928
- BEAUBRUN (M.),** *L'ordre public successoral*, thèse Paris II, 1979
- BÉNABENT (A.),** *La chance et le droit*, préf. J. CARBONNIER, LGDJ, Bibl. dr. privé, tome 128, 1973
- BERGADAÀ (M.), LE GALL-ELY (M.) et URIEN (B.),** *Don et pratiques caritatives*, préf. O. VALLET, éd. de Boeck, 2011
- BONNAL (E.),** *Le Droit d'hérédité dans la législation, le droit comparé et l'économie politique*, éd. Guillaumin (Paris), 1875
- BONNET (D),** *Cause et condition dans les actes juridiques*, préf. P. de VAREILLES-SOMMIÈRES, LGDJ, Bibl. dr. privé, tome 449, 2005
- BONNIN (A.),** *Étude critique de la notion de saisine*, thèse Paris, 1899
- BRENNER (C.),** *L'acte conservatoire*, LGDJ, Bibl. dr. privé, tome 323, 1999
- CABRILLAC (R.),** *L'acte conjonctif en droit privé*, préf. P. CATALA, LGDJ, Bibl. dr. privé, tome 213, 1990
- CALMES (S.),** *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Dalloz, NBT, 2001
- CAPITANT (H.),** *De la cause des obligations : contrats, engagements unilatéraux, legs*, 3^e édition, Dalloz, 1927
- CARBONNIER (J.),** *Sociologie juridique : sociologie du droit des successions*, 1963-1964, Association Corporative des Étudiants en Droit et en Sciences Économiques de Paris
- CARBONNIER (J.),** *Flexible droit : pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 2001

- CARBONNIER (J.), CATALA (P.), de SAINT-AFFRIQUE (J.) et MORIN (G.),** *Des libéralités. Une offre de loi*, Defrénois, 2003
- CATALA (P.), (dir.),** *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, La documentation française*, 2006
- CHABAS (J.),** *De la Déclaration de volonté en droit civil français*, Sirey, 1931
- CHAMOULAUD-TRAPIERS (A.),** *Les fruits et revenus en droit patrimonial de la famille*, préf. B. VAREILLE, PULIM, 1999
- CHAMPCOMMUNAL (J.),** *Étude sur la succession "ab intestat" en droit international privé*, éd. Rousseau, 1892
- CHAMPEAUX (E.),** *Essai sur la « vestitura » ou saisine et l'introduction des actions possessoires dans l'ancien droit français*, thèse Paris, 1898
- COUPERET (J.),** *Essai sur l'imputation*, thèse Toulouse, 1967
- COUTURIER (G.),** *La confirmation des actes nuls*, préf. J. FLOUR, LGDJ, Bibl. dr. privé, tome 121, 1972
- DANOS (F.),** *Propriété, possession et opposabilité*, préf. L. AYNES, Economica, 2007
- DEBET (A.),** *L'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur le droit civil*, préf. L. LEVENEUR, Dalloz, NBT, 2002
- DEMOGUE,** *Des droits éventuels, hypothèses où ils prennent naissance, nature et effets*, éd. Larose et Tenin, 1906
- DIEUX (X.),** *Le respect dû aux anticipations légitimes d'autrui*, Bruylant, LGDJ, 1995
- DREIFUSS-NETTER (F.),** *Les manifestations de volonté abdicatives*, préf. P. TERCIER, LGDJ, Bibl. dr. privé, tome 185, 1985
- DUARD-BERTON (C.),** *L'ordre public dans la famille*, thèse, Paris II, 2004
- DUPEYROUX (J-J.),** *Contribution à la théorie générale de l'acte à titre gratuit*, Paris, LGDJ, 1955
- DURAND (F.),** *L'apparence en droit fiscal*, préf. T. SCHMITT, LGDJ, Bibl. dr. privé, tome 507, 2009
- DURNERIN (Ph.),** *La notion de passif successoral*, LGDJ, Bibl. dr. privé, tome 217, 1992

- FLOUCAUD-PENARDILLE (E.),** *Exposé théorique et pratique de la loi du 9 mars 1891 sur les droits de l'époux survivant dans la succession de son conjoint (art. 767 et 205 du Code civil)*, éd. Rousseau, 1894
- GAILLARD (E.),** *Le pouvoir en droit privé*, préf. G. CORNU, Economica, 1985
- GAILLARD-SEBILEAU (E.),** *Génération futures et droit privé : vers un droit des générations futures*, préf. M. DELMAS-MARTY, LGDJ, Bibl. dr. privé, tome 527, 2011
- GAIN (M-O.),** *Essai sur l'abus de droit*, thèse Lille 1991
- GELOT (B.),** *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques*, préf. Y. FLOUR, LGDJ, Bibl. dr. privé, tome 403, 2003
- GHEQUIERES (A.),** *De l'usufruit du conjoint survivant*, thèse Paris, 1899
- GHESTIN (J.),** *Cause de l'engagement et validité du contrat*, LGDJ, 2006
- GISSEROT (F.),** « Pour une nouvelle lecture de l'article 918 du Code civil », Defrénois 1979, art. 32126
- GOBERT (M.),** *Essai sur le rôle de l'obligation naturelle*, préf. J. FLOUR, Sirey, 1957
- GODE (P.),** *Volonté et manifestations tacites*, préf. J. PATARIN, PUF, 1977
- GODECHOT (S.),** *L'articulation du trust et du droit des successions*, préf. Y. LEQUETTE, éd. Panthéon Assas, 2004
- GODIN (F-B.),** *La situation successorale nouvelle du conjoint survivant*, Thèse Paris I, 2007
- GODRON (V.),** *La cause, instrument d'unification du régime des libéralités au sein du couple*, thèse Lille 2, 2006
- GORE (M.),** *L'administration des successions en droit international privé français*, préf. Y. LEQUETTE, Paris, Economica, 1994
- GOTMAN (A.),** *L'héritage*, P.U.F. « Que sais-je ? », 2006
- GOUBEAUX (G.),** *La règle de l'accessoire en droit privé*, préf. D. TALLON, LGDJ, Bibl. dr. privé, tome 93, 1969
- GRAMONT (H.),** *Etude analytique et critique de la prohibition des pactes sur succession future*, Bordeaux, 1990

- GRIMALDI (C.),** *Quasi-engagement et engagement en droit privé, recherches sur les sources de l'obligation*, préf. Y. LEQUETTE, Defrénois, 2006
- GRIMALDI (M.),** *La nature juridique de l'institution contractuelle*, thèse Paris II, 1977
- GUERLIN (G.),** *L'attente légitime du contractant*, thèse Université de Picardie Jules Verne, 2008
- HALLOUIN (J-C.),** *L'anticipation (Contribution à l'Étude de la Formation des Situations Juridiques)*, thèse Poitiers, 1979
- HÉRON (J.),** *Le morcellement des successions internationales*, préf. P. MAYER, Economica, 1986
- JAULT (A.),** *La notion de peine privée*, préf. F. CHABAS, LGDJ, Bibl. dr. privé, tome 442, 2005
- JEAN-BAPTISTE (W.),** *L'espérance légitime*, préface de J-P. MARGUENAUD, Collection des thèses (Fondation Varenne), 2011
- JEANTET (F-C.),** *Le droit à la réserve en nature*, préf. H. SOLUS, Dalloz, 1939
- JHERING,** *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, trad. O. de MEULENAERE, t. II, Paris, éd. Marescq, 1877
- KONDILY (I.),** *La protection de la famille par la réserve héréditaire en droits français et grec comparés*, préf. P. CATALA, LGDJ, Bibl. dr. privé, tome 275, 1997
- KUHN (H.),** *L'exhérédation en droit civil français*, thèse Strasbourg, Sirey, 1943
- IZORCHE (M-L.),** *L'avènement de l'engagement unilatéral en droit privé contemporain*, préf. J. Mestre, PUAM, 1995
- LAMIAUX (S.),** « La publicité foncière confrontée à la communauté conjugale : un champ d'interférences », Mémoire DSN Lille, 2012
- LAMBERT (E.),** *De l'exhérédation et des legs faits au profit d'héritiers présomptifs*, thèse Paris, 1895
- LAMBERT (S.),** *L'intention libérale dans les donations*, préf. E. PUTMAN, PUAM, 2006
- LARGUIER (J.),** *Étude sur la notion de titre en droit privé*, thèse Montpellier, 1948
- LASSALLE (F.),** *Théorie systématique des droits acquis : conciliation du droit positif et de la philosophie du droit*, préf. Ch. ANDLER, éd. V. Giard & E. Brière, Paris, 1904

- LEBRUN (A.),** *De l'acceptation et de la répudiation des successeurs testamentaires*, thèse Lille, 1913
- LEGENDRE (P.),** *L'inestimable objet de la transmission - Tome 4, Etude sur le principe généalogique en Occident*, Fayard, 1985
- LENOIR (R.),** *Généalogie de la morale familiale*, Seuil, 2003
- LETELLIER (F.),** *L'exécution testamentaire*, préf. B. BEIGNIER, Defrénois, tome 4, 2004
- LEUCK (A.),** *De la nature juridique de l'avancement d'hoirie*, éd. R. PICHON et R. DURAND-AUZIAS, Paris, 1967
- LINOSSIER (L.),** *Le partage des successions confondues*, préf. R. LE BALLE, LGDJ, Bibl. dr. privé, tome 47, 1963
- LUCET (F.),** *Des rapports entre régime matrimonial et libéralités entre époux*, Thèse Paris-II, 1987
- MARRAUD (C.),** *La notion de dénaturation en droit privé français*, préf. P. LAGARDE, PU Grenoble, 1974
- MARTIN (O.),** *Histoire de la coutume de la prévôté et vicomté de Paris*, tome 2, Cujas, rééd. 1972
- MARTIN DE LA MOUTTE (J.),** *L'acte juridique unilatéral, essai sur sa notion et sa technique en droit civil*, préf. P. RAYNAUD, Sirey, 1951
- MARUANI (C.),** *La clause pénale*, thèse Paris, 1935
- MAS (J.),** *Les diverses conceptions juridiques des droits de l'État en matière successorale depuis le Code civil*, thèse Bordeaux, 1928
- MAUSS (M.),** *Essai sur le don*, PUF, 2007
- MAZEAUD (D.),** *La notion de clause pénale*, préf. F. CHABAS, LGDJ, Bibl. dr. privé, tome 223, 1992
- MOURALIS (J-L.),** *La notion d'aléa et les actes juridiques aléatoires*, thèse Grenoble, 1968
- MURAT-SEMPIETRO (M-P.) et TRAMBOUZE (V.),** « Le divorce après la loi du 26 mai 2004 », Litec, 2006
- NICOLAIDES (N.),** *Le droit à l'héritage ; arbres généalogiques, répartition entre héritiers*, 4e éd., Litec, 2011

- OULD AKLOUCHE (Y.),** *La qualité d'héritier*, thèse Toulouse, 2011
- PÉLISSIER (J.),** *Les obligations alimentaires, Unité ou diversité*, préf. R. NERSON, LGDJ, Bibl. dr. privé, tome 28, 1961
- PELLE (S.),** *La notion d'interdépendance contractuelle*, préf. J. FOYER et M-L. DEMEESTER, Dalloz, NBT, 2007
- PELLEGRIN (A.),** *De la nature juridique du partage d'ascendant*, préf. P. HEBRAUD, LGDJ, Bibl. dr. privé, tome 31, 1961
- PELLETIER (C.),** *La caducité des actes juridiques en droit privé français*, L'Harmattan, 2004
- PERRIN (J.),** *Le trust à l'épreuve du droit successoral en Suisse, en France et au Luxembourg, étude de droit comparé et de droit international privé*, Librairie Droz, Genève, 2006
- PETITJEAN (H.),** *Fondement et mécanisme de la transmission successorale en droit français et en droit anglais*, préf. H. BATTIFOL, LGDJ, Bibl. dr. privé, tome 12, 1959
- PÉTRONI-MAUDIÈRE (N.),** *Le déclin du principe de l'immutabilité des régimes matrimoniaux*, préf. B. VAREILLE, PULIM, 2004
- PICHARD (M.),** *Le droit à : étude de législation française*, préf. M. GOBERT, Economica, 2006
- PINEL (A.-D.),** *Dons et legs aux établissements publics*, thèse Paris, 1860
- PLANCKEEL (F.),** *Indisponibilités et théorie du droit : contribution à la redéfinition du système juridique*, thèse Lille 2, 2004
- RIEUBERNET (C.),** *Les donations entre époux, étude critique*, thèse Toulouse, 1997
- SAYAG (A.),** *Essai sur le besoin créateur de droit*, LGDJ, 1969
- SIESSE (G.),** *Contribution à l'étude de la communauté d'héritiers en droit comparé*, thèse Paris, 1922
- SIMONNET (J.),** *Histoire et théorie de la saisine héréditaire dans les transmissions de biens par décès*, éd. A. Durand (Paris), 1851
- SORTAIS (J-P.),** *Le titre et l'émolument*, préf. R. LE BALLE, LGDJ, Bibl. dr. privé, tome 29, 1961

- SOUM (H.),** *La transmission de la succession testamentaire*, préf. P. HEBRAUD, LGDJ, Bibl. dr. privé, tome 8, 1957
- TALANDIER (A.),** *De l'engagement par volonté unilatérale*, thèse Toulouse, 1911
- TERRE (F.), (dir.),** *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2009
- THULLIER (B.),** *L'autorisation. Étude de droit privé*, préf. A. BENABENT, LGDJ, Bibl. dr. privé, tome 252, 1996
- TITULESCO,** *Essai sur une théorie générale des droits éventuels*, thèse Paris, 1907
- TODOROVA (L.),** *L'engagement en droit: l'individuation et le Code civil au XXIème siècle*, éd. Publibook, 2007
- TRIGEAUD (J-M.),** *La possession des biens immobiliers, nature et fondement*, préf. F. TERRÉ, Economica, 1981
- VALLIER (E.),** *Le fondement du droit successoral en droit français*, thèse Paris, 1902
- VAREILLE (B.),** *Volonté, rapport et réduction*, préf. P. SPITÉRI, PULIM, 1988
- VERDIER (J-M.),** *Les droits éventuels, Contribution à l'étude de la formation successive des droits*, préf. H. MAZEAUD, éd. Rousseau, 1955
- VOUIN (J.F.),** *La prohibition des pactes sur succession future*, Thèse, Paris, 1967
- WALINE (M.),** *L'individualisme et le droit*, préf. de F. Mélin-Soucramanien, Dalloz, rééd. 2007
- WITZ (C.),** *La fiducie en droit privé français*, Economica, 1981
- WORMS (R.),** *De la volonté unilatérale considérée comme source d'obligations en droit romain et en droit français*, thèse Paris, 1891
- ZALEWSKI (V.),** *Familles, devoirs et gratuité*, L'Harmattan, 2004

III – Rapports, réponses ministérielles et documents officiels

Rapp. AN 31 janvier 2000 n° 2114, par A. VIDALIES

Rapp. AN 5 février 2001 n° 2910, par A. VIDALIES

Rapp. AN 13 novembre 2001 n° 3382 et Sénat n° 67, par A. VIDALIES et J-J. HYEST

Rapp. AN 8 février 2006 n° 2850, par S. HUYGHE

Rapp. Sénat 10 mai 2006 n° 343, par H. de RICHEMONT

Rapp. Inf AN, 9 décembre 2009, n° 2148, par. S. HUYGHES

Question A.N. n° 16953, *Noal*, JOAN 16 avril 1975 p. 1704

Question A.N. n° 3747, *Cazalet*, JOAN 2 février 1981 p. 461

Question A.N. n° 5713, *Houteer*, JOAN 28 décembre 1981, p. 3825

Question A.N. n° 48932, *Mauger*, JOAN 24 septembre 1984 p. 4236

Question A.N. n° 49208, *Marcus*, JOAN 06 juillet 1992, p. 3050

Question A.N. n° 19239, *Brunhes*, JOAN 12 décembre 1994, p. 6200

Question A.N. n° 3976, *Hammel*, JOAN 1^{er} décembre 1997 p. 4387

Question Sénat n° 04893, *Souvet*, JO Sénat 26 février 1998, p. 678

Question A.N. n° 5072, *Dolez*, JOAN 30 décembre 2002 p. 5291

Question A.N. n° 44201 *Morano*, JOAN 26 octobre 2004, p. 8459

Question Sénat n° 3090 *Longuet*, JO Sénat 2 décembre 2004, p. 2763

Question A.N. n° 85443, *Poignant*, JOAN 14 février 2006, p. 1469, *erratum* JOAN 13
février 2007

Question A.N. n° 76457, *Bocquet*, JOAN 11 avril 2006, p. 3999

Question A.N. n° 77812, *Marleix*, JOAN 27 juin 2006, p. 6860

Question A.N. n° 60437, *Warsmann*, JOAN 8 décembre 2009 p. 11763

Question A.N. n° 118960, *Estrosi*, JOAN 7 février 2012 p. 1118

Question A.N. n° 98834, *Carayon*, JOAN 17 avril 2012, p. 3000

IV – Ouvrages collectifs, colloques

Association Henri CAPITANT, *Les groupements*, Journées japonaises, Economica, 1994

Association Henri CAPITANT, *Le droit patrimonial de la famille : réformes accomplies et à venir*, Journées nationales, tome IX, Strasbourg, Dalloz, 2006

Association Henri CAPITANT, *Les successions*, Journées internationales, tome LX, Roumanie, 2010

Commission sur la répartition des contentieux, présidée par S. GUINCHARD, *L'ambition raisonnée d'une justice apaisée*, Rapport au Garde des Sceaux, 2008

68^e Congrès des Notaires, *Du règlement des successions ; méthodes et perspectives*, Vittel, Librairies Techniques, 1971

72^e Congrès des Notaires, *La Dévolution successorale*, Deauville, 1975

77^e Congrès des Notaires, *La Vente volontaire d'immeuble : à la recherche d'un équilibre*, Montpellier, 1981

88^e Congrès des Notaires, *Le notaire, le contrat et l'Europe*, Grenoble, 1992

100^e Congrès des Notaires, *Code civil, les défis d'un nouveau siècle*, Paris, 2004

102^e Congrès des Notaires, *Les personnes vulnérables*, Strasbourg, 2006

108^e Congrès des Notaires, *La transmission*, Montpellier, 2012

Le droit des successions en Europe – Actes du colloque de Lausanne du 21 février 2003, Librairie Droz, Genève, 2003

LERADP, *Les enjeux de la transmission entre générations : du don pesant au dû vindicatif*, colloque des 18 et 19 décembre 2003, éd. PU Septentrion, 2005

Travaux de la Commission de réforme du Code civil, années 1953-1954 et 1954-1955, éd. Sirey, 1957

V – Encyclopédies et répertoires

J-Cl. Civil Code, « Art. 3 », fasc. 50, 2007, par B. AUDIT

J-Cl. Civil Code, « Art. 296 à 304 », fasc. unique, 2009, par C. WATINE-DROUIN

J-Cl. Civil Code, « Art. 582 à 599 », fasc. 10, 2000, par P. VEAUX-FOURNERIE et D. VEAUX

J-Cl. Civil Code, « Art. 734 à 755 », fasc. 10, 2007, par J-B. de SAINT-AFFRIQUE

J-Cl. Civil Code, « Art. 757 à 767 », fasc. 10, 20 et 30, 2007, par P. CATALA

J-Cl. Civil Code, « Art. 757 à 767 », fasc. 30, 2008, par S. MAZEAUD-LEVENEUR

J-Cl. Civil Code, « Art. 811 à 814 », fasc. unique, 2003, par Y. LEQUETTE

J-Cl. Civil Code « Art. 843 à 857 », fasc. unique, 2007, par N. PETERKA

J-Cl. Civil Code, « Art. 870 à 877 », fasc. 20, 2005, par C. BRENNER

J-Cl. Civil Code, « Art. 893 à 895 », fasc. unique, 2003, par R. LE GUIDEC

J-Cl. Civil Code, « Art. 900 », fasc. unique, 2010, par A. SERIAUX

J-Cl. Civil Code, « Art. 900-1 », fasc. unique, 2009, par A. SERIAUX

J-Cl. Civil Code, « Art. 900-2 à 900-8 », fasc. unique, 2004, par B. ANCEL

J-Cl. Civil Code, « Art. 901 », fasc. unique, 2010, par J. BERNARD DE SAINT-AFFRIQUE

J-Cl. Civil Code, « Art. 912 à 930-5 », fasc. 10 et 20, 2009, par C. BRENNER

J-Cl. Civil Code, « Art. 929 à 930-5 », fasc. unique, 2008, par C. BRENNER

J-Cl. Civil Code, « Art. 1002 », fasc. 10, 2005, par R. LE GUIDEC

J-Cl. Civil Code, « Art. 1004 à 1006 », fasc. unique, 1999, par L. COUPET

J-Cl. Civil Code, « Art. 1018 à 1024 », fasc. unique, 1990, par F. LUCET

J-Cl. Civil Code, « Art. 1035 à 1038 », fasc. unique, 2007, par F. LUCET, actualisé par
R. LE GUIDEC

J-Cl. Civil Code, « Art. 1039 à 1043 », fasc. unique, 1996, par G. THOMAS-DEBENEST

J-Cl. Civil Code, « Art. 1075 à 1080 », fasc. 30, 2010, par M. GRIMALDI

J-Cl. Civil Code, « Art. 1131 à 1133 », fasc. 10, 2010, par Ph. SIMLER

J-Cl. Civil Code, « Art. 1134 et 1043 », fasc. unique, 2007, par Y. PICOD

J-Cl. Civil Code, « Articles 1338 à 1340 », fasc. 10, 2008, par S. SANA-CHAILLÉ DE NÉRÉ

J-Cl. Civil Code, « Art. 1396 à 1397-1 », fasc. 20, 2009, par M. STORCK

J-Cl. Civil Code, « Art. 1527 », fasc. unique, 2003, par M. STORCK

J-Cl. Civil Code, « App., art. 1964 », 2006, fasc. unique, par B-H. DUMORTIER

J-Cl. Civil Code, « Art. 2278 et 2279 », fasc. unique, 2009, par W. DROSS

J-CI. Civil Code, « Art. 2286 », fasc. 20, 2009, par J-M. MARMAYOU

J-CI. Not. Form., « Attestation notariée », fasc. 10, 1993, par H. MAZERON

J-CI. Not. Form., « Changement de régime matrimonial », fasc. 20, 2010, par M. MATHIEU

J-CI. Not. Form., « Délivrance de legs », fasc. 20, 1998, par M. MATHIEU

J-CI. Not. Form. « Publicité foncière », fasc. 60, 2000, par P. FREMONT et D. MONTOUX

J-CI. Not. Form., « Quotité disponible et réserve », fasc. 80, 1998, par J. PATARIN

J-CI. Not. Form., « Succession », fasc. 240, 2007, par N. LEVILLAIN

J-CI. Not. Form. « Testament », fasc. 140, 1998, par D. MONTOUX

J-CI. Not. Rép., « Gestion de patrimoine », fasc. 120, 1995 par Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE

J-CI. Proc. Civ., « Matière et procédure gracieuses », fasc. 116, 2003, par D. LE NINIVIN, Y. DESDEVISES, J-M. LE MASSON

Rép. Civ. Dalloz, « Acte », 2006, par C. BRENNER

Rép. Civ. Dalloz, « Apparence », 2009, par M. BOUDOT

Rép. Civ. Dalloz, « Association », 2003, par M. BEHAR-TOUCHAIS et C. LEGROS

Rép. Civ. Dalloz, « Cause », 2005, par J. ROCHFELD

Rép. Civ. Dalloz, « Clause pénale », 2010, par S. PIMONT

Rép. Civ. Dalloz, « Conflits de lois dans le temps », 2006, par L. BACH

Rép. Civ. Dalloz, « Donation », 2008, par I. NAJJAR

Rép. Civ. Dalloz, « Envoi en possession », 2008, par J. HERAIL

Rép. Civ. Dalloz, « Legs », 2008, par J. HERAIL

Rép. Civ. Dalloz, « Fruits », 2006, par S. PIEDELIÈVRE

Rép. Civ. Dalloz, « Pacte sur succession future », 2007, par I. NAJJAR

Rép. Civ. Dalloz, « Scellés », 2004, par P. BERCHON

Rép. Civ. Dalloz, « Substitution », 2005, par J. HERAIL

Rép. Civ. Dalloz, « Succession (1° Dévolution) », 2009, par R. LE GUIDEDEC et G. CHABOT

Rép. Proc. Civ. Dalloz, « Arbitrage en droit interne », 2008, par B. MOREAU

Rép. Proc. Civ. Dalloz, « Assignation », 2008, par F-J. PANSIER

Rép. Proc. Civ. Dalloz, « Intervention », avril 2004, par G. WIEDERKEHR et D. D'AMBRA

Rép. internat. Dalloz, « Jugement étranger (matières civile et commerciale) », 2008, par
P. de VAREILLES-SOMMIERES

VI – Articles

ALFANDARI (E.), « Droits alimentaires et droits successoraux », in *Mélanges offerts à R. SAVATIER*, 1965 p. 1

ALIBERT (B.), « Le pacte en droit privé », D 1996 Chron. p. 73

AMRANI-MEKKI (S.), « Indivisibilité et ensembles contractuels: L'anéantissement en cascade des contrats », *Deffrénois* 2002 art. 37505

ATIAS (Ch.), « Des vocations à la propriété », in *Le Droit privé français à la fin du XXe siècle*, in *Études offertes à Pierre Catala*, Litec, 2001, p.597

ATIAS (Ch.), « Le droit de nuire », D 1997 Chr. 385

AUBERT DE VINCELLES (C.), « Réflexions sur les ensembles contractuels : un droit en devenir », *RDC* 2007/3 p. 983

AUBRY (H.), « Un apport du droit communautaire au droit français des contrats : la notion d'attente légitime », *RIDC* 2005 p. 627

AULAGNIER (J.), « L'assurance-vie est-elle un contrat d'assurance ? », *Dr. et patr.* 1996, p. 43

AUMONT (F.), « Réforme des droits du conjoint survivant : une loi attendue ! », *JCP N* 2001 act. 651

AUTEM (D.), « Partage testamentaire de biens indivis, jusqu'où peut-on aller ? », *Deffrénois* 2010 art. 39103

AYNES (A.), « L'administration de la succession par autrui », *JCP N* 2008 p. 1246

AYNES (L.), « Des arrêts politiques », *Dr. et patr.* 2005 p. 11

- BACH (E. L.),** « Contribution à l'étude de la condition juridique du conjoint survivant », RTDCiv 1965 p. 545
- BARANES (W.) et FRISON-ROCHE (M-A.),** « Le souci de l'effectivité du droit », D 1996 p. 301
- BARRIERE (E.),** « La fiducie. Commentaire de la loi n° 2007-211 du 19 février 2007 », Bull. Joly 2007, p. 440 et p. 555 ;
- BAUCHY (J-H.),** « De Tonti aux tontines », JCP N 1994.I.369
- BEAUBRUN (M.),** « Droits du conjoint survivant : une réforme pour le plaisir », Defrénois 2001, art. 37386
- BEAUBRUN (M.),** « Les fondements du droit à l'héritage à l'épreuve de la reconstitution de l'ordre successif par la loi du 3 décembre 2001 », in *Mélanges J. Normand*, 2003, Litec, p. 17
- BEIGNIER (B.),** « Restauration de la légitime : à propos du projet de réforme du droit des libéralités », Dr. Fam. 1998, chron. 12 ;
- BEIGNIER (B.),** « La loi du 3 décembre 2001, le conjoint héritier », Dr. Fam. 2002, chron. 10
- BEIGNIER (B.),** « Qu'est-ce qu'un avantage matrimonial ? », in *Études à la mémoire du Professeur Bruno Oppetit*, Litec, 2009, p. 33
- BEIGNIER (B.), COMBRET (J.) ET FRÉMONT (E.),** « Le changement de régime matrimonial depuis le 1er janvier 2007 – Questions diverses. Éléments de réponse », JCP N, 27 Avril 2007, p. 1163
- BENABENT (A.),** « Le discrétionnaire », in *Études offertes au Professeur Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, p. 11
- BOICHE (A.),** « Cas pratique, Succession internationale », AJ Fam. 2006 p. 414
- BOLARD (G.),** « Qualité ou intérêt pour agir » ?, in *Justices et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel, Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010
- BOSSE-PLATIÈRE (H.),** « Libéralités et logement », D. 2008 p. 375

- BRAC DE LA PERRIERE (D.),** « Les pactes successoraux et la réserve héréditaire », JCP N 22 Septembre 2006, 1302
- BRAC de la PERRIERE (D.),** « Les pactes successoraux et la réserve héréditaire », JCP N 22 Septembre 2006, 1302
- BRENNER (C.),** « La succession », in *1804-2004 Le Code civil un passé un présent un avenir*, Dalloz, 2004, p. 427
- BREMOND (V.),** « Le nouveau régime du passif successoral », D 2006 p. 2561
- BREMOND (V.),** « Les nouveaux tempéraments à l'obligation *ultra vires successionis* », JCP N 2006 p. 1366
- BRENNER (C.),** « Notion et évaluation des avantages matrimoniaux », Actes pratiques et stratégie patrimoniale, avril juin 2008, p. 51
- BROCHARD (R.), HOUIS (A.) et ÉLIARD (F.),** « L'investiture du légataire : envoi en possession ou délivrance de legs ? », JCP N 1996, art. 3594 p. 123
- BUFFELAN-LANORE (Y.),** « L'autonomie de la volonté en matière d'exhérédation », RTDCiv 1965 p. 456
- BUREAU (D.),** « L'influence de la volonté individuelle sur les conflits de lois », in *L'avenir du droit, Mélanges en hommage à François Terré*, Dalloz, 1999
- CABRILLAC (H.),** « Des droits des successibles éventuels devant l'inaction de l'héritier préférable », Rev. crit. 1932 p. 247
- CALAIS-AULOY (J.),** « L'attente légitime : une nouvelle source de droit subjectif ? », in *Aspects actuels du droit des affaires, Mélanges en l'honneur de Yves GUYON*, Dalloz, 2003, p. 171
- CASEY (J.),** « La gestion de l'hérédité : entre liberté et représentation forcée », Dr. et pat. mars 2007, p. 50
- CASEY (J.),** « Maintien d'une institution contractuelle entre époux dans une convention de divorce : prudence ! », JCP N 9 mai 2008, 1199
- CASEY (J.),** « Preuves en droit de la famille : preuve et droit des successions », AJ Famille 2008 p. 10

- CASIER (H.), GEELHAND DE MERXEM (N.), SCHUDERMANS (I.) et VERDICKT (B.),** « Le pacte sur succession future prohibé n'est plus contraire à l'ordre public », Rev. Not. belge, juin 2011
- CATALA (P.),** « La veuve et Buridan », in *Droit civil, civilité des droits : mélanges en l'honneur du Professeur Jean-Louis Mouralis*, PUAM, 2011, p. 81
- CAYLA (O.),** « La qualification ou la vérité du droit », *Droits* 1994 p. 3
- CHABOT (G.),** « Brèves observations sur l'insertion d'une clause d'exhérédation dans une donation entre époux », *Petites Affiches* 8 janvier 2004, p. 3
- CENAC (P.) et PEYROUX (C.),** « La mort de la réserve héréditaire ? », *JCP N 4 Mars* 2011, 1092
- CHAMOULAUD-TRAPIERS (A.),** « Les exécuteurs testamentaires » *D.* 2006, p. 2577 ;
- CHAPPERT (A.),** « Enregistrement : importance de la preuve de l'intention libérale pour la taxation de la renonciation à usufruit », *Defrénois*, 15 septembre 2002, art. 37590
- CHAUVIN (P.),** « Le point sur la saisine pour avis », *Bull. inf. C. Cass.*, 15 décembre 1993, p. 7
- CHAZAL (J-P.) et VICENTE (S.),** « Le transfert de propriété par l'effet des obligations dans le code civil », *RTDCiv* 2000, p. 477
- COIFFARD (D.),** « L'impossible succession contractuelle », *JCP N*, 7 mai 2004 p. 1223
- COLOMER (A.),** « La révocation tacite d'un testament olographe », *Defrénois* 1985 art. 33507
- CORDIER (V.),** « Prévenir les difficultés liées au prédécès d'un enfant dans les libéralités », *JCP N*, 24 décembre 2010, 1386
- CORNU (G.),** « Du sentiment en droit civil », in *De l'art du droit en quête de sagesse*, PUF, 1998, p.71
- CORPART (I.),** « L'amélioration de la protection post mortem des conjoints par la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 », *D.* 2002. Chron. 2952
- COURTIEU (G.),** « De l'utilité de la souscription d'une assurance-vie », *Resp. civ. et assur.* 1997, chron. 25

- COURTIEU (G.),** « Que sont les primes manifestement exagérées ? », Resp. civ. et assur. 2003, chron. 2
- COZIAN (M.),** « La clause tontinière », Dr. et patr., oct. 1994. 22
- CREMIEU (L.),** « De la validité des actes accomplis par l'héritier apparent », RTDCiv. 1910 p. 39
- DAGOT (M.),** « La loi successorale du 3 juillet 1971 », JCP G 1971 I 2434
- DAGOT (M.),** « Le conjoint survivant, héritier réservataire ? », D. 1974, chron. p. 39
- DAURIAC (I.),** « La renonciation anticipée à l'action en réduction », D. 2006 p. 2574
- DAURIAC (I.) et VAN SEGGELEN (M.),** « Prévenir l'insécurité », JCP N, 22 Avril 2011, p. 1138
- DELMAS SAINT-HILAIRE (Ph.),** « L'envoi en possession et le notaire », JCP N 1994 I 265
- DELMAS SAINT-HILAIRE (Ph.),** « Variations sur le pacte tontinier », Dr. et patr., janvier 1998, p. 52
- DELMAS SAINT-HILAIRE (Ph.),** « Réforme des successions. Examen d'une difficulté de droit transitoire : l'action en retranchement », Defrénois 2002, p. 153
- DEMOGUE,** « De la nature et des effets du droit éventuel », RTDCiv 1906 p. 231
- DENIS (D.),** « La clause de style », in *Études offertes à Jacques Flour*, Defrénois, 1979, p. 117
- DEPONDY (A.),** « Le sort des libéralités maintenues après le divorce », Defrénois 1986, art. 33778, p. 907
- DEPONDY (A.),** « Assurance-vie : les incohérences du droit positif », JCP N, 9 Avril 2010, 1167 et JCP N, 16 Avril 2010, 1173
- DROSS (W.),** « La saisine successorale », Defrénois 2004 art. 37913
- DROZ (G. A-L),** « La Conférence de La Haye et le droit international privé notarial: deux récentes Conventions en matière de trusts et de successions », Journ. Not. Av. 1989, p. 507
- DUMORTIER (B-H.),** « Recherche d'un nouveau fondement de la validité de la clause d'accroissement eu égard à la prohibition des pactes sur succession future », RTDCiv 1987, p. 653

- DUPEYROUX (J.),** « La transmissibilité passive des obligations alimentaires », D. 1959, chron. p. 71
- DUPICHOT (Ph.),** « Opération fiducie sur le sol français », JCP G 2007 I 121
- DUTRIEUX (D.),** « Les frais d'obsèques », JCP N 1999, p. 1771
- DUTRIEUX (D.),** « De l'appellation "convention d'obsèques" et de son absence de conséquence ! », Petites affiches, 23 juin 2010 p. 18
- ERGEC (R.),** « La protection de la propriété, à l'aide du concept d'espérance légitime dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *En hommage à Francis DELPÉRÉE, Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruylant / LGDJ, 2007, p. 513
- FABRE-MAGNAN (M.),** « Le mythe de l'obligation de donner », RTDCiv. 1996.85
- FÉNARDON (C.),** « Les fruits et les intérêts dans le rapport et la réduction », JCP N 2008 p. 13
- FENOUILLET (D.),** « Regards sur un projet en quête de nouveaux équilibres : présentation des dispositions du projet de réforme du droit des contrats relatives à la formation et à la validité du contrat », RDC 2009/1 p. 279
- FERID (M.),** « Esquisse d'une solution à proposer pour les transmissions successorales », in *Le rattachement autonome de la transmission successorale en droit international privé*, Recueil des Cours de La Haye, Vol. 142, 1974, p. 176
- FERRÉ-ANDRÉ (S.),** « Des droits supplétifs et impératifs du conjoint survivant dans la loi du 3 décembre 2001 (analyse raisonnée de quelques difficultés) », Defrénois 2002, art. 37572
- FLAUSS (J-F.),** « La notion de "bien" dans la jurisprudence récente de la Cour européenne », RJC 2005 p. 492
- FLOUR (Y.),** « Libéralités et libertés – Libéralités et personnes physiques », Defrénois 1995 art. 36142
- FONGARO (E.),** « La préparation d'une succession internationale - Ou l'art subtil d'éluder la réserve héréditaire », JCP N 13 juin 2008, p. 1221

- FONTAINE (D.),** « Le régime des dons et legs aux collectivités territoriales », Petites Affiches, 29 janvier 1990, p. 5
- FOSSIER (Th.),** « Le majeur qui donne ou qui teste », JCP N 2007 II 1169
- GAUDEMET-TALLON (H.),** « Le droit de prélèvement ne peut s'exercer que dans la succession d'où l'héritier a été exclu (note sous Cass. civ. 1^{ère}, 24 février 1998) », RCDIP 1998 p. 445
- GEMIGNANI (F.) et BONNET (G.),** « Usufruit légal du conjoint survivant : de quelques difficultés liquidatives », Defrénois, 30 mars 2010, art. 39088
- GHESTIN (J.),** « Le futur : exemples étrangers. Le Code civil en France aujourd'hui », RDC 2004/4 p. 1152
- GHESTIN (J.),** « La Cour de cassation s'est prononcée contre la requalification des contrats d'assurance-vie en contrats de capitalisation », JCP G 2005 I 111
- GIRARD (P-A.) et PROHÀSZKA (J-P.),** « La publicité foncière : 20 questions/réponses », Petites affiches, 15 mai 2003 p. 50
- GODBOUT (J-T.),** « De la continuité du don », Revue du MAUSS, 2004/1 n° 23, p. 224
- GODBOUT (J-T.),** « La sympathie comme opérateur du don », Revue du MAUSS, 2008/1 n° 31, p. 201
- GORÉ (M.),** « De la mode dans les successions internationales contre les prétentions de la *professio juris* », in *Mélanges en l'honneur d'Yvon Loussouarn*, Dalloz, 1994, p. 193
- GOTMAN (A.),** « Déshéritage, dilapidation et filiation », revue *Communications*, 1994 p. 149
- GOUBEAUX (G.),** « Réforme des successions : l'inquiétant concours entre collatéraux privilégiés et conjoint survivant », Defrénois 2002, art. 37519, p. 427
- GOUTTENOIRE-CORNUT (A.),** « La richesse des fruits », RRJ 2001-4 p. 1225
- GRIDEL (J-P.),** « La personne morale en droit français », RIDComp. 1990 p. 495
- GRILLON (G.),** « Les nouveaux droits successoraux du conjoint », JCP 2002 I 133
- GRIMALDI (C.),** « Mystérieuse tontine », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois*, Defrénois, 2012, p. 417

- GRIMALDI (M.),** « La fiducie : réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre », Defrénois 1991, art. 35085 et 35094
- GRIMALDI (M.),** « Les dernières volontés », in *Écrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1994, p. 177
- GRIMALDI (M.),** « Réflexions sur l'assurance-vie et le droit patrimonial de la famille », Defrénois 1994, art. 35 841
- GRIMALDI (M.),** « Succession et contrat », in D. FENOUILLET et DE VAREILLES-SOMMIERES (dir.), *La contractualisation de la famille*, Economica, 2001, p. 198
- GRIMALDI (M.),** « L'avantage matrimonial : remarques d'ordre pratique sur la communauté universelle », JCP N 1999, p. 1083
- GRIMALDI (M.),** « Droits du conjoint survivant : brève analyse d'une loi transactionnelle », AJ Famille 2002 p. 48
- GRIMALDI (M.),** « De l'équité du défunt dans ses volontés », in *Les enjeux de la transmission entre générations : du don pesant au dû vindicatif*, colloque du LERADP des 18 et 19 décembre 2003, éd. PU Septentrion, 2005, p. 115
- GRIMALDI (M.),** « Les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles », JCP N 2006. 1387
- GRIMALDI (M.),** « Le sort du logement après le décès », Gaz. Pal. 20 septembre 2007, p. 13
- GRIMALDI (M.),** « Le mandat à effet posthume », Defrénois 2007 p. 3
- GRIMALDI (M.),** « La représentation de l'héritier renonçant », Defrénois, 2008 art. 38698
- GRIMALDI (M.) et DAMMANN (R.),** « La fiducie sur ordonnances », D. 2009 p.670
- GUERRIERO (M-A.),** « L'héritier légataire », in *Mélanges P. Hébraud*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1981, p. 441
- GUEVEL (D.),** « La gratuité intéressée, oxymore d'avenir ? », *Mélanges en l'honneur du Professeur Gilles Goubeaux*, LGDJ, 2009, p. 229
- M. H.,** « Nature du droit de l'État sur les successions en déshérence », JCP N 1993 I 388

- HEBERT (S.),** « Le mandat de prévention : une nouvelle forme juridique ? », D. 2008, p. 307
- HENAFF (M.),** « Métamorphoses du don : continuités et discontinuités réponses à Jacques Godbout », Revue du MAUSS, 2004/2 n° 24, p. 441
- HENRY (M.),** « L'intérêt de la famille réduit à l'intérêt des époux », D 1979 Chr. 79
- HENRY (M.),** « Une pratique critiquable : la clause d'accroissement en fraude du régime matrimonial », JCP 1987 I 3281
- HERAIL (J.),** « Charges et conditions dans les legs », JCP N 23 février 2007, p. 1102
- HOUIS (A.),** « Le legs verbal », JCP N 1996 Prat. 3740
- JUBAULT (C.),** « Libéralités antérieures à la loi du 3 décembre 2001 et droits nouveaux du conjoint survivant », JCP N 9 Septembre 2005 p. 1372
- JULIENNE (F.),** « La gestion des biens pour autrui (Contribution à l'élaboration d'une théorie générale) », RRJ 2008-3 p. 1325
- LAGARDE (P.),** « La nouvelle Convention de La Haye sur la loi applicable aux successions », Rev. crit. DIP 1989, p. 249
- LAGARDE (P.),** « Goré (M.) : *L'administration des successions en droit international privé français* », revue des thèses, Rev. crit. DIP 1995, p. 895
- LAGARDE (X.),** « Réflexions sur le fondement de l'article 931 du Code civil », RTDCiv. 1997 p. 25
- LAITHIER (Y-M.),** « La notion de clause de style a-t-elle une utilité en droit ? », RDC 2009/1 p. 56
- LEDUC (F.) et PIERRE (P.),** « "Assurance-placement" : une qualification déplacée », Resp. civ. et ass., février 2005, étude 3
- LECUYER (H.),** « Assurance vie et droit des successions : dyarchie ou symbiose ? » AJ Famille 2007 p. 414
- LEFEBVRE (Ch.),** « Le droit successoral pendant la révolution », Séances et Travaux de l'Académie des sciences morales et politiques, 1917, p. 593
- LEQUETTE (Y.),** « Ensembles législatifs et droit international privé des successions », Travaux comité fr. DIP 1983-1984, p. 163

- LEVILLAIN (N.),** « Les nouveaux droits *ab intestat* du conjoint survivant », JCP N 2002, p. 353
- LEVILLAIN (N.),** « La renonciation anticipée à l'action en réduction », JCP N 2006, 1349
- LIBCHABER (R.),** « Frédéric DANOS, *Propriété, possession et opposabilité* », revue des thèses, RTDCiv. 2007 p. 207
- LIBCHABER (R.),** « Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 », Defrénois 2007, art. 38631 et 38639
- LIKILLIMBA (G-A.),** « La possession *corpore alieno* », RTDCiv. 2005 p. 1
- LOMBOIS (C.),** « De l'autre côté de la vie », in *Écrits en hommage à Gérard Cornu*, PUF, 1994, p. 293
- LUCAS (A.),** « Le recul de la prohibition des pactes sur succession future en droit positif », RTDCiv. 1976, p. 456
- LUCAS-RAFFALLI (S)** « Le *corpus* virtuel », RRJ 4/2000, p. 1461
- LYN (F.),** « L'unité successorale en droit international privé », D. 2003 p. 2391
- MALAURIE (Ph.),** « Les libéralités graduelles et résiduelles », Defrénois 2006 art. 38493
- MARGUÉNAUD (J.-P.),** « La personnalité juridique des animaux », D 1998 Chr 205
- MARGUÉNAUD (J.-P.),** « La convention européenne des droits de l'homme et le notariat », Defrénois 1999, art. 37066, p. 1231
- MARIA (I.),** « La capacité testamentaire : une aptitude quasi-absolue ? », Dr. Fam. 2010, comm. 31
- MARTEAU-PETIT (M.),** « Incertitudes sur la notion de "droit de mutation" », JCP N 7 Janvier 1994, 100033
- MARTEL (D.),** « Regards sur l'article 721 du Code civil : la légitimité du recours au principe de dévolution volontaire de la succession », RRJ 2005 p. 759
- MARTEL (D.),** « Présent et futur proche des pactes sur succession future : Comment être sans avoir été ? », RLDC, mars 2006, p. 49
- MARTIN (P.),** « La haine, origine de droit », in *Pouvoir et liberté, Etudes offertes à Jacques Mourgeon*, Bruylant, 1998, p. 229
- MARTIN (X.),** « Le droit privé révolutionnaire : essai de synthèse », RTDCiv 2006 p.239

- MATHIAS (M.),** « Le notaire et la communication du testament », Revue « Notaires – Vie professionnelle », septembre/octobre 2004, p. 23
- MATHIEU (M.),** « Le champ d'application de l'article 918 du Code civil », JCP N 1984 I 344
- MATHIEU (M.),** « La vocation légale du conjoint survivant en présence d'enfants ou de descendants », JCP N 2002.1192
- MATHIEU (J-M.),** « Focus sur quelques difficultés et pistes pour une meilleure utilisation des libéralités substitutives », JCP N, 27 Avril 2012, 1201
- MAUGER-VIELPEAU (L.),** « La révocation pour cause de survenance d'enfant », JCP N, 6 avril 2007, 1146
- MAURY (J.),** « Réquisitoire contre la saisine », in *Mélanges C. MOULY*, Litec, tome 1, 1998, p. 335
- MAZEAUD (D.),** « Une nouvelle rhapsodie doctrinale pour une réforme du droit des contrats », D 2009 p. 1364
- MAZEAUD (D.),** Rapport de synthèse du colloque « La réforme du droit français des contrats en droit positif », RDC 2009/1 p. 397
- MAZEAUD (D.),** « Groupes de contrats : liberté contractuelle et réalité économique », D. 2011 p. 566
- MAZERON-GABRIEL (H.),** « Le conjoint successible : un héritier comme les autres ? », JCP N 2003, 1215
- MESA (R.),** « Insanité d'esprit et vices du consentement du gratifiant en matière de libéralités testamentaires », RDLC avril 2011 p. 52
- MILLARD (E.),** « Débats autour de la personnalisation juridique », in *Les implicites de la politique familiale, Approches historiques, juridiques et politiques*, éd. Dunod, 2000, p. 11
- MONSALLIER-SAINTE MLEUX (M-C.),** « Une contractualisation certaine mais contrôlée du droit des incapacités, des successions et des libéralités », JCP N 5 Février 2010 p. 1062
- MORIN (G.),** « Qui de la communauté ou des époux, doit supporter les charges usufruitaires des biens propres ? », in *Mélanges A. Colomer*, Litec, 1993, p. 259

- NAJJAR (I.),** « Pacte successoral et discrimination entre les héritiers... », D. 2006, Tribune, p. 993
- NAJJAR (I.),** « L'éventuel », D. 2012 p. 758
- NAST (M.),** « De l'acquisition conjointe d'un immeuble avec clause d'accroissement au profit du survivant », Defrénois 1928 art. 21759
- NAST (M.),** « Conditions d'application et conséquences pratiques de la présomption établie par l'article 918 du Code civil », Defrénois 1930, art. 22550
- NAST (M.),** « De la règle suivant laquelle la réserve héréditaire doit être fournie en nature à l'héritier », Defrénois 1931, art. 22858
- NAUDIN (E.),** « Du code civil au Code de procédure civile : la procédure de changement de régime matrimonial et les tiers », *in Mélanges en l'honneur du doyen Georges Wiederkehr*, Dalloz, 2009, p. 561
- NICOD (M.),** « L'anticipation de la succession », JCP N 24 Mars 2006, p. 1136
- NICOD (M.),** « Le réveil des libéralités substitutives : les libéralités graduelles et résiduelles du Code civil », Dr. fam. 2006. ét.45
- OMARJEE (I.) et LAPIERRE (J.),** « La libéralisation des libéralités avec charge de transmettre: les libéralités graduelles et résiduelles », LPA 5 février 2007 p. 6
- NOURISSAT (C.),** « Le futur droit des successions internationales de l'Union européenne (à propos de la proposition de règlement du 14 octobre 2009) », Defrénois 2010, art. 39072
- PAINCHAUX (M.),** « La qualification *sui generis* : l'inqualifiable peut-il devenir catégorie ? », RRJ 2004/3, p. 1567
- PAYS (B.),** « Du droit d'usage et d'habitation au droit au logement », AJ Fam. 2002 p. 745
- PELLETIER (C.),** « Bref aperçu des droits du conjoint survivant après la loi du 3 décembre 2001 », D. 2002. Chron. 2280
- PENIGUEL (J-F.),** « Le mandat posthume », JCP N 2006 p. 2134
- PERDRIAU (A.),** « Le juge doit-il se méfier de la simplicité comme de ... l'équité » ?, Gaz. Pal. 9 novembre 1996, p. 2

- PETERKA (N.),** « Les libéralités du majeur protégé dans la loi du 5 mars 2007 », Dr. fam. 2007, étude 20
- PETERKA (N.),** « Les libéralités graduelles et résiduelles, entre rupture et continuité », D. 2006 p. 2580
- PETERKA (N.),** « L'héritier face aux nouvelles techniques de transmission du patrimoine », *Droit et Technique, Etudes à la mémoire du Professeur Xavier Linant de Bellefonds*, Litec, 2007, p. 355
- PICHARD (M.),** « Espérance légitime : les silences de la Cour de cassation (note sous Cass. civ. 1^{ère}, 24 janvier 2006) », Petites affiches 15 juin 2007 p. 13
- PLANIOL,** « Origine romaine de la saisine héréditaire », Rev. Crit. Lég. Jur., 1885 p. 437
- PIEDELIEVRE (S.),** « Le droit au logement du conjoint survivant », *Mélanges en l'honneur du doyen Roger Decottignies*, PU Grenoble, 2003, p. 269
- PIROVANO (A.),** « La fonction sociale des droits : réflexions sur le destin des théories de Josserand », D. 1972. Chr.67
- PLAZY (J-M.),** « Preuves en droit de la famille : Incapacités et preuves », AJ fam. 2007.468
- PONCELA (P.),** « Par la peine, distribuer ou rétribuer », Archives de Philosophie du Droit, tome 26, *L'utile et le juste*, Sirey, 1981, p. 61
- PONSARD (A.),** « Sur quelques difficultés relatives à l'interprétation des testaments : le rôle du juge dans la détermination du légataire ou du bénéficiaire d'une charge », JCP G 1957 I 1385
- PRIGENT (S.),** « Le traitement des primes manifestement exagérées », JCPN 2006, p.1177
- RAFFRAY (J. G.) et SÉNÉCHAL (J-P.),** « Quel avenir pour la réserve ? », JCP N 1986 I 249
- REVILLARD (M.),** « Successions : proposition de règlement communautaire (Première présentation) », Defrénois 2009, art. 39056
- REVOL (R.),** « La réserve du conjoint survivant », Gaz. Pal. 2002, doct. 1409
- RIEUBERNET (C.),** « La fin de la réserve des ascendants ! », Petites affiches, 13 octobre 2006, p. 4

- RIGAUD (L.),** « A propos d'une renaissance du *jus ad rem*, et d'un essai de classification nouvelle des droits patrimoniaux. », RIDC 1963 p. 557
- ROETS (D.),** « Les droits discrétionnaires : une catégorie juridique en voie de disparition ? », D. 1997 Chron. 92
- ROUAST (A.),** « Les droits discrétionnaires et les droits contrôlés », RTDCiv. 1944 p. 1
- ROUSSEAU (E.),** « De l'existence du critère fondamental de l'avantage matrimonial », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gérard Champenois*, Defrénois, 2012, p. 711
- SAGAUT (J-F.),** « Les donations graduelles et résiduelles », JCP N 2006. 1388
- SAUJOT (C.),** « Les avantages matrimoniaux (Notion, Nature juridique) », RTDCiv. 1979 p. 699
- SAUTEL (O.),** « Sur la déchéance en droit privé, (contribution à la théorie de la permanence de la cause) », D. 1999 p. 487
- SAUVAGE (F.),** « De quelques modalités destinées à faciliter les transferts de propriété d'immeubles entre associations », JCP N Juin 1990, p. 1425
- SAUVAGE (F.),** « Le logement de la veuve », Dr. et patr., janvier 2003, p. 32
- SAUVAGE (F.),** « La renonciation anticipée à l'action en réduction », AJ fam. 2006 p. 355
- SAUVAGE (F.),** « Le déclin de la réserve héréditaire précipité par la loi du 23 juin 2006 », JCP N 18 Juillet 2008 p. 1248
- SAUVAGE (F.) et FAUCHER (D.),** « L'assurance-vie est-elle toujours hors succession ? », JCP N 2000 p. 1683
- SAVATIER (R.),** « Une personne morale méconnue : la famille en tant que sujet de droit », DH 1939 Chr 49
- SERIAUX (A.),** « La notion juridique de patrimoine ; Brèves notations civilistes sur le verbe avoir », RTDCiv 1994 p. 801
- SIMLER (Ph.),** « Participation aux acquêts et avantages matrimoniaux », JCP N 1989 I prat. 1
- SIMLER (Ph.),** « Faut-il parler de résurgence de l'usufruit de la communauté sur les biens propres des époux ? » in *Mélanges D. Huet-Weiller*, PUS-LGDJ, 1994, p. 427

- SIMON (D.)**, « La confiance légitime en droit communautaire : vers un principe général de limitation de la volonté de l'auteur de l'acte ? », in *Le rôle de la volonté dans les actes juridiques, Etudes à la mémoire du Professeur Alfred Rieg*, Bruylant, 2000
- SIMON (F-L.)**, « La spécificité du contrat unilatéral », RTDCiv 2006 p. 209
- STORCK (M.)**, « Avantages matrimoniaux et régime de participation aux acquêts », JCP N 1981 I 355
- TALLON (D.)**, « Le surprenant réveil de l'obligation de donner », D. 1992.Chron.68
- TARROUX (T.)**, « La renonciation à usufruit : aspects fiscaux », Droit fiscal, 17 Juillet 2008, 412
- TEILLIAIS (G.)**, « La révocation volontaire des testaments », Petites affiches, 13 août 1997, p. 4
- TISSERAND-MARTIN (A.)**, « Réflexions autour de la notion d'avantage matrimonial », in *Études offertes à Jacques Béguin, Droit et actualité*, Litec, 2005, p. 753
- VALORY (S.)**, « L'obligation alimentaire dans les successions », RJPF juillet-août 2000, p. 6
- VAREILLE (B.)**, « Nouveau rapport, nouvelle réduction », D 2006 p. 2565
- VAREILLE (B.)**, « Variations futiles sur les droits au logement du conjoint survivant », *Mélanges en l'honneur de Michel Prieur*, Dalloz, 2007, p. 1721
- VAREILLE (B.)**, « Le mandat à effet posthume », LPA 28 juin 2007, p. 16
- VAREILLE (B.)**, « Réflexions sur l'imputation en droit des successions », 2009, p. 1
- VASSEUR (M.)**, « De l'inutilité en droit pour le conjoint survivant institué légataire universel et non en présence de réservataires de se faire envoyer en possession de son legs », D. 1965, chron. 31
- VAUVILLÉ (F.)**, « Les droits au logement du conjoint survivant », Defrénois 2002 p. 1277
- VAUVILLÉ (F.)**, « La transmission de la charge de la prestation compensatoire après la réforme du divorce du 26 mai 2004 », Dr. et patr., février 2005, p. 42
- VIALLETON (H.)**, Commentaire de l'ordonnance 58-1307 du 23 décembre 1958, D. 1959 Lég. 406

- VIALLETON (H.)**, « La place de la saisine dans le système dévolutif français actuel », in *Mélanges P. ROUBIER*, tome 2, 1961, p. 283
- VOULET (J.)**, « Le grief de dénaturation devant la Cour de cassation », JCP G 1971 I 2410
- VU VAN MAU (M.)**, « La prohibition de la donation à cause de mort. Contribution à l'étude des successions contractuelles », RTDCiv. 1953. 247
- WEINSTOCK (A.)**, « Du sens et des effets de la clause pénale dans le partage d'ascendants », RTDCiv 1934 p. 759
- ZAKI MAGDI (S.)**, « Le formalisme conventionnel : illustration de la notion de contrat-cadre », RIDC 1986 p. 1043
- ZALEWSKI (V.)**, « La réduction des legs en l'absence d'atteinte à la réserve », RLDC avril 2012 p. 40

VII – Jurisprudence

- Cass. civ., 2 juin 1806, S. 1806, 968
- Cass. civ., 18 février 1818, *Laroque de Mons*, D. jur. gén., V° Succession, n° 1028
- Cass. civ., 27 mars 1822, *S. chronol.*
- Cass. req., 7 juin 1832, S. 1832.1.542, D. 1832.1.278
- Cass. req., 28 avril 1836, DP 1836.1. 361 ; S. 1836.1. 749
- Cass. civ., 14 mars 1837, *Steward*, S. 1837.1.95 ; DP 1837.1.275 ; GADIP n° 3
- Cass. req., 18 novembre 1840, DP 1841.1.17
- Cass. req., 19 avril 1841, S 1841.1.216
- Cass. req., 30 novembre 1841, DP 1841.1.31
- Cass. req., 20 décembre 1841, Jur. gén., V° *Contrat de mariage*, n° 3547
- Cass. civ., 2 mai 1842, S. 1842.1.553
- CA Bordeaux, 23 avril 1844, S. 1844.2.492
- Cass. req. 4 février 1845, DP 1845. 1. 49

Cass. civ., 22 décembre 1845, DP 1846.1.5

Cass. req., 19 août 1847, DP 1848.1.202

CA Bordeaux, 26 août 1850, S 1850.2.598

CA Angers, 3 août 1851, DP 1851.2.155

Cass. civ., 13 août 1851, *Toussaint de Gérard*, D 1851.1.281, GAJC n° 104

Cass. req., 23 avril 1851, DP 1852.1.151

Cass. req., 21 juillet 1851, DP 1851.1.267, S. 1851.1.570

Cass. req., 1^{er} décembre 1851, DP 1852.1.327

Cass. civ. req., 21 mars 1855, DP 1855.1.138

Cass. req., 27 mars 1855, DP 1855.1.257

CA Colmar, 2 mai 1855, DP 1856.2.9

Cass. civ., 13 juin 1855, DP 1855.1.253, S. 1855.1.690

Cass. req., 13 novembre 1855, D.P. 1856.1.185

Cass. civ., 18 janvier 1858, DP 1858.1.24

CA Poitiers, 10 août 1858, D. 1859.2.108

Cass. civ., 18 juillet 1859, S. 1859.1.822

Cass. req., 13 février 1860, DP 1860.1.169

CA Rennes, 27 février 1860, DP 1860.2.160, S 1860.2.324

Cass. req., 21 mai 1860, DP 1860.1.434

CA Caen, 24 mai 1861, S. 1861.2.481

CA Riom, 24 mai 1861, DP 1861.2.133

Cass. req., 26 novembre 1862, DP 1863.1.71

Cass. req., 24 avril 1863, DP 1863.1. 402 ; S. 1863.1.p. 362

Cass. civ., 17 novembre 1863, *Baudain*, DP 1863.1.441, concl. de RAYNAL, note
H. THIERCELIN, S 1864.1.5

CA Poitiers, 16 mars 1864, D 1864.2.118

Trib. Bordeaux, 29 juin 1864, sous CA Bordeaux, 20 février 1865, DP 1865.2.150

CA Bordeaux, 18 août 1864, *Delignac*, S. 1865.2.15
Cass. req., 25 février 1865, S. 1865.1.88
Cass. civ., 3 mai 1865, DP 1865.1.153
Cass., ch. réun., 12 décembre 1865, DP 1865.1.457 ; S. 1866.1.74, concl. DELANGLE
Cass. req., 30 mai 1866, DP 1867.1.264
Cass. civ., 13 août 1866, *Dufeu*, DP 1866, 1, p. 465, note THIERCELIN, S. 1866.1.383 ;
GAJC, n° 137
Cass. civ., 25 juin 1867, DP 1867.1.217
CA Bordeaux, 12 juillet 1867, D 1868.2.167
Cass. req., 25 juillet 1867, DP 1868.1.65
Cass. civ., 7 juillet 1868, DP 1868.1.446
Cass. civ., 18 janvier 1869, DP 1869.1.110
Cass. civ., 10 février 1869, DP 1869.1.175
Cass. civ., 15 février 1870, DP 1870.1.182x
CA Metz, 6 avril 1870, DP 1871.2.106
CA Paris, 14 juillet 1871, S. 1871.2.141
CA Rennes, 20 janvier 1873, D 1876.2.17
T. civ. Seine, 6 mai 1873, DP 1875.3.8
Cass. req., 9 juillet 1873, DP 1874.1.219
Cass. civ., 22 juillet 1874, DP 1875.1. 453
Cass. req., 24 août 1874, DP 1875.1.129
Cass. civ., 10 novembre 1874, DP 1875.1.40
Cass. req., 9 mars 1875, DP 1877.1.220
Cass. civ., 5 mai 1875, *Forgo*, S. 1875.1.409, Clunet 1875.358, DP 1875.1.343
Cass. req., 29 février 1876, DP 1876.1.367, S 1876.1.155
Cass. req., 20 novembre 1876, DP 1878.1.376
Cass. civ., 24 juin 1878, *Forgo*, S. 1878.1. 429, DP 1879.1.56, Clunet 1879, GADIP n° 8

Paris, 27 novembre 1879, S. 1881, 2, 233
Cass. civ., 28 juin 1880, S. 1882.1.448
CA Toulouse, 16 mars 1882, S 1883.2.73 obs. LABBE
Cass. req., 26 juin 1882, DP 1883.1.70
Cass. req., 12 juin 1882, rapp. BARAFORT ; DP 1882.1.299
Cass. req., 28 juin 1882, D 1885.1.27
Cass. civ., 6 juin 1883, DP 1884.1.33
Cass. civ., 9 janvier 1884, DP 1884.1.231
CA Chambéry, 11 mars 1884, DP 1885.2.78 ; S. 1898.1.131
CA Pau 9 février 1885, DP 1886.2.241
CA Nancy, 6 mars 1885, DP 1886.2.38
Cass. req., 15 avril 1885, S. 1886.1.453
Cass. civ., 5 juillet 1886, DP 1886.1.465
CA Dijon, 24 juillet 1885, DP 1886.2.217
CA Rouen, 12 février 1887, DP 1889.2.181 ; S. 1888.2.42
CA Montpellier, 10 août 1887, cité ss Cass. req., 8 avril 1889, DP 1890.1.205
Cass. civ., 5 juillet 1888, DP 1889.1.151
Cass. civ., 25 mars 1889, S. 1889.1.261, DP 1890.1.117
Cass. civ., 25 mars 1889 : DP 1890.1.227 ; S. 1890.1.145, note LABBÉ
CA Paris, 14 février 1890, DP 1891.2.273
Cass. civ., 15 avril 1890, DP 1890.1.437
Cass. req., 29 juillet 1890, S. 1891.1.5, note LABBE ; DP 1891.1.28
Cass. civ., 6 avril 1891, DP 1892.1.279
CA Nancy, 9 décembre 1891, DP 1892.2.270
CA Toulouse, 21 décembre 1891, DP 1892.2.369, obs. P. de LOYNES
CA Douai, 29 novembre 1893, DP 1894.2.599
Cass. req., 22 janvier 1894, DP 1894.1.232

CA Rennes, 5 février 1894, S. 1895.2.76
Cass. civ., 21 mars 1894, DP 1894.1. 345, rapp. MONOD
CA Poitiers, 16 mai 1894, D 1894.2.468
Cass. civ., 28 mai 1894, DP 1894.1.86
Cass. req., 5 février 1895, DP 1895.1.200
Cass. civ., 8 mai 1895, DP 1895.1.425, note M. PLANIOL
Cass. req., 22 juillet 1896, D 1897.1. 580
Cass. civ., 14 avril 1897, DP 1897.1.287
CA Poitiers, 7 juillet 1897, DP 1898.2.409, note M. PLANIOL
Cass. civ., 29 avril 1897, DP 1897.1.409 note L.S.
CA Rouen, 22 décembre 1897, S. 1899.2.97
Cass. civ., 27 décembre 1897, DP 1901.1.40
Cass. civ., 8 février 1898, DP 1899.1. 153, note L. SARRUT
CA Paris, 11 février 1898, S. 1898.2.165
Cass. civ., 9 janvier 1899, DP 1900.1.606
Cass. req., 2 mai 1899, DP 1900.1. 217
Cass. req., 26 juillet 1899, S. 1900.1.177 ; DP 1902.1.433, note WAHL
CA Alger, 9 juin 1900, DP 1901.2.43
Cass. req., 2 juillet 1900, S. 1901.1.311
Cass. civ., 30 juillet 1900, S. 1902.1.225, note WAHL ; DP 1901.1.317
CA Paris, 13 décembre 1901, DP 1902.2.177 note A. COLIN
Cass. req., 7 janvier 1902, DP 1903.1.302
Cass. req., 21 avril 1902, D 1902.1.310
Cass. req., 10 juin 1902, DP 1904.1.425
T. civ. Seine, 21 avril 1903, Gaz. Pal. 1903, 2, p. 438
Cass. ch. réunies, 2 juillet 1903, *Roux-Ménard*, GAJC n° 264, Pand. Fr. 1903.1.497 note
F. GENY, D 1903.1.353 concl. BAUDOUIN, S. 1904, 1, p. 65

Cass. req., 19 octobre 1903, DP 1903.1.600
CA Lyon, 23 mars 1904, DP 1905.2.262
Cass. req., 29 juin 1904, DP 1904.1.486, rapp. MARIGNAN
Cass. req., 10 juillet 1905, DP 1906.1.397
Cass. req., 27 novembre 1905, D.P. 1906.1.310
Cass. req., 17 octobre 1906, DP 1907.1.497, note L. GUENEE
Cass. req., 19 novembre 1906, DP 1907.1.288
Cass. req., 9 mars 1907, DP 1908.1.295
Cass. req., 25 novembre 1907, DP 1909.1.493
Cass. civ., 4 février 1908, S. 1908.1.319
Cass. req., 14 décembre 1908, DP 1909.1.388
CA Lyon, 12 janvier 1909, DP 1909.2.141
Cass. req., 1^{er} mars 1910, *Soulié*, D.P. 1912.1.262
Cass. req., 29 juin 1910, S. 1913.1.33
Cass. req., 7 mars 1911, S. 1913.1.404 ; CA Pau, 3 mars 1953, Gaz. Pal. 1953.2.15
Cass. req., 16 janvier 1912, DP 1912.1.501
Cass. civ., 6 mai 1913, Journ. Not. 1913, art. 3075
Cass. civ. 16 juillet 1913, DP 1914.1.246
Cass. req., 3 août 1915, *Clément-Bayard*, DP 1917.1.79 ; GAJC n° 62
CA Rouen, 22 mars 1918, D 1920.2.70
Cass. civ., 29 avril 1918, DP 1922.1.23
Cass. req., 8 novembre 1921, D 1922.I.183
Cass. civ., 20 février 1922, D 1925.1.163
Cass. req. 20 novembre 1922, DP 1923.1.178
Cass. civ., 27 mars 1923, DP 1923.1.161, note H. CAPITANT
Cass. civ., 29 avril 1918, DP 1922.1.23
Cass. civ., 16 mai 1923, S. 1923.1.337, note HUGUENEY

Cass. civ., 27 juin 1923, DP 1923.1.119

Cass. civ., 4 juin 1924, Defrénois 1924, art. 20760

Cass. civ., 25 janvier 1925, D. 1925.1.185 note R. SAVATIER

CA Aix-en-Provence, 25 novembre 1925, Gaz. Pal. 1926. 1.269

T. civ. Seine, 1^{er} février 1927, DP 1928.2.121

Cass. req., 11 mars 1927, DH 1927, p. 221

Cass. req., 28 février 1928, DP 1929.1.8

Cass. req., 6 janvier 1930, DP 1931.1.43, note LAURENT

Cass. req., 7 mars 1932, D 1932.1.123

Trib. Civ. Le Puy, 3 mai 1932, Gaz. Pal. 1932. 2. 307, RTDCiv. 1932 p.811, obs.
R. SAVATIER

Trib. Civ. Seine, 14 juin 1932, DH 1932.454

Cass. req., 8 novembre 1932, DH 1932.585, S. 1933, 1, 281, note H. VIALLETON

Cass. req., 14 mars 1933, S 1934.1.121 note H. BATTIFOL

Cass. civ., 5 juillet 1933, *Nagalingampoullé*, DP 1934.1.133, note SILZ ; Rev. crit. DIP
1934, p. 166 note NIBOYET-HOEGY

Cass. civ., 17 octobre 1933, DH 1933 p. 553, S 1935.1.121 note H. VIALLETON

Cas. Req. 18 octobre 1933, D. 1933, 1, 187

Cass. req., 11 décembre 1934, S. 1935. 1. 63

Cass. civ., 7 janvier 1936, DP 1936.1.129, note M. FRÉJAVILLE

Cass. civ., 28 décembre 1937, DP 1940.1.41, note HOLLEAUX

Cass. civ., 7 mars 1938, *de Marchi*, Rev. crit. dr. int. 1938 p. 472

Cass. req., 9 mai 1938, DP 1939.1.65, note E. P. ; S. 1939.1.129, note H.ROUSSEAU

CA Paris, 9 juin 1941, JCP G 1942 II 1936, note P. VOIRIN

CA Paris, 27 janvier 1942, JCP 1942 II 1836 note P. VOIRIN

Cass. req., 4 mai 1943, DA 1943, p. 66

Cass. req., 20 juillet 1943, JCP 1943 II 2450 note P. VOIRIN

Cass. civ., 13 décembre 1943, JCP G 1944 II 2626, note P. VOIRIN

Cass. civ., 24 mai 1948, D. 1948, p. 517, note R. LENOAN

Cass. civ., 14 juin 1948, JCP 1949 II 4661, obs. P. ROUBIER ; Defrénois 1949, art. 26671

CA Aix, 28 juin 1948, JCP 1948 II 4617 note P. VOIRIN

CA Orléans, 13 octobre 1948, Gaz. Pal. 1949.1.28

Cass. civ., 10 janvier 1949, Bull. Civ. 1949, I, n° 8, D. 1949 J 118

CA Paris, 16 mars 1949, D 1950 p. 420 note LALOU ; JCP 1949 II 4960 note BECQUE

Cass. civ. 29 mars 1950, D. 1950 Jur. 593 ; Cass. civ. 1^{ère}, 10 mai 1955, JCP 1955 II 8812,
note P. ESMEIN

Cass. civ., 26 décembre 1951, JCP G 1952 II 6923, note R. CAVARROC ; RTDCiv 1952
p. 248 obs. R. SAVATIER

CA Lyon, 6 mai 1952, JCP G 1953 II 7760, note crit. P VOIRIN

Cass. civ., 13 mai 1952, JCP G 1952 II 7173, note BECQUE ; D. 1952, jurispr. p. 505, note
Ph. LALOU

Cass. civ. 1^{ère}, 4 novembre 1952, Bull. Civ. I n° 284, JCP G 1953 II 7554, note PONSARD

CA Pau, 3 mars 1953, Gaz. Pal. 1953.2.15

CA Poitiers, 18 déc. 1953, D. 1954, p. 519 note Ph. MALAURIE

CA Poitiers, 5 mai 1954, JCP 1955 II 8742, note P. VOIRIN

Cass. civ. 1^{ère}, 15 juin 1955, Bull. Civ. I n° 253

Cass. civ. 1^{ère}, 14 février 1956, JCP 1956 II 9343, note P. VOIRIN

CA Lyon, 8 octobre 1956, D. 1956 J 764, Gaz. Pal. 1956, 2, 316, RTDCiv. 1957, p. 153, obs.
R. SAVATIER

Cass. civ. 1^{ère}, 16 octobre 1956, Bull. Civ. 1956 I n° 351

Cass. civ. 1^{ère}, 20 février 1957, Gaz. Pal. 1957.1.423

Cass. civ. 1^{ère}, 12 mai 1958, Bull. Civ. 1958, I, n° 236

Cass. civ. 1^{ère}, 9 juillet 1958, Bull. Civ. 1958, I, n° 370 ; D. 1958 J 583

Cass. civ. 1^{ère}, 3 février 1959, Bull. Civ. I n° 66, D. 1960. 592, note E.S. DE LA MARNIERRE ;
JCP 1960 II 11823 note P. VOIRIN

Cass. civ. 1^{ère}, 25 mai 1959, Bull. Civ. n° 264 ; JCP 1959 II 11188, note R SAVATIER

Cass. civ. 1^{ère}, 6 octobre 1959, D 1960 J 515 note Ph. MALAURIE ; JCP 1959 II 11305,
note ESMEIN

CA Paris, 10 octobre 1959, JCP 1960. II. 11595, note P. VOIRIN, D. 1960, jurispr. p. 268,
note H. VIALLETON

Cass. civ. 1^{ère}, 9 novembre 1959, JCP G 1960 II 11584, note P. VOIRIN ; D. 1959, jurispr. p.
613, note R. SAVATIER

Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} décembre 1959, Bull. Civ. 1959, I, n° 509

Cass. civ. 1^{ère}, 2 décembre 1959, D 1960 p. 682 note G. HOLLEAUX

Cass. civ. 1^{ère}, 22 décembre 1959, Bull. Civ. 1959, I, n° 554

Cass. civ. 1^{ère}, 10 mai 1960, D 1963.38 note J. VIDAL

Cass. civ. 1^{ère}, 16 mai 1960, D 1960 p. 682 note G. HOLLEAUX

Cass. civ. 1^{ère}, 15 juin 1960, Bull. civ. 1960, I, n° 332

Cass. civ. 1^{ère}, 20 juin 1960, Bull. Civ. I n° 335

Cass. civ. 1^{ère}, 12 juillet 1960, Bull. Civ. I, no 391; D. 1960 p. 558

Cass. civ. 1^{ère}, 14 décembre 1960, Bull. Civ. n° 547

Cass. civ. 1^{ère}, 28 avril 1961, D. 1961, jurispr. p. 697, note BESSON ; JCP G 1961 II 12135,
note D. BASTIAN

T. corr. Lille, 28 mars 1962, D. 1962, jurispr. p. 431 note M. Le Roy

CA Aix-en-Provence, 25 juin 1962, D. 1962. 624, JCP 1962. II. 12784, note P. VOIRIN

Cass. civ. 1^{ère}, 3 avril 1963, JCP G 1964 II 13502, note MAZEAUD

Trib. Civ. Laval, ord. 7 juin 1963, JCP G 1963 II 13369 obs. ESMEIN

Cass. civ. 1^{ère}, 26 juin 1963, Bull. civ. 1963, I, n° 347

Cass. civ. 1^{ère}, 27 décembre 1963, JCP G 1964 IV 19, Gaz. Pal. 1964.1.340

Cass. civ. 1^{ère}, 10 février 1964, D 1965 chr. 31, note M. VASSEUR

Cass. civ. 1^{ère}, 18 février 1964, Bull. Civ. I, n° 95

Cass. civ. 1^{ère}, 13 avril 1964, Bull. Civ. n° 185, JCP 1964 II 13721 note P. VOIRIN

Cass. civ. 1^{ère}, 26 mai 1964, Bull. Civ. I, n° 275

CA Nîmes, 8 juin 1964, D. 1964, jurispr. p. 670, note M. DONNIER

Cass. civ. 1^{ère}, 3 mars 1965, JCP 1965 II 14280, note P. SPITERI ; Defrénois 1965, art. 28712

Cass. civ. 1^{ère}, 28 avril 1965, Bull. civ. 1965, I, n° 270

TGI Laval, 25 mai 1965, JCP G 1966 II 14650

CA Montpellier, 15 novembre 1965, D 1966 jurispr. 419, note Ph. MALAURIE, JCP G 1966, II, 14901, note E.S. DE LA MARNIERRE

Cass. civ. 1^{ère}, 21 décembre 1965, JCP G 1966 II 14628, note P. VOIRIN

Cass. civ. 1^{ère}, 19 janvier 1966, Bull. Civ. n° 48

Cass. civ. 1^{ère}, 15 mars 1966, Bull. Civ. I n° 188

Cass. civ. 1^{ère}, 15 février 1967, Bull. civ. 1967, I, n° 66

CA Besançon, 11 octobre 1967, D. 1968 J 572, note E. S. DE LA MARNIERRE, RTDCiv. 1968. 749, obs. R. SAVATIER

Cass. civ. 1^{ère}, 25 octobre 1967, RTDCiv. 1968, p. 349, obs. NERSON ; D. 1967, p. 745, note LINDON

CA Paris, 12 décembre 1967, D. 1968 J 269

CA Paris, 16 décembre 1967, JCP G 1968, II, 15435, note J.A., D. 1968, jurispr. p. 572, note E.S. DE LA MARNIERRE

CA Rouen, 8 janvier 1968, Gaz. Pal. 1968, 1, p. 167 ; RTDCiv. 1968, p. 572, obs. SAVATIER

CA Lyon, 6 février 1968, D. 1968, jurispr. p. 554

Cass. civ. 1^{ère}, 11 mars 1968, Bull. Civ. n° 92, JCP N 1968, II, 15633 ; Defrénois 1968, art. 29159 ; D. 1968, p. 541, note P. VOIRIN

Cass. civ. 1^{ère}, 29 avril 1968, JCP 1968. II. 15667, note M. D.

Cass. civ. 1^{ère}, 28 mai 1968, JCP 1969 II 15174, note M. DAGOT

Cass. civ. 1^{ère}, 25 juin 1968, D. 1968 J 625

Cass. civ. 1^{ère}, 10 juillet 1968, Bull. Civ. I n° 211, D. 1968 J 669 note BRETON ; RTDCiv. 1969 p. 157, obs. SAVATIER

Cass. civ. 1^{ère}, 18 novembre 1968, JCP 1969 II 15973, note M.D.

Cass. civ. 1^{ère}, 17 décembre 1968, D. 1969, jurispr. p. 149, note A. B.

Cass. civ. 1^{ère}, 3 mars 1969, Bull. Civ. I n° 93, D. 1969, Jur. p. 585

Cass. civ. 1^{ère}, 24 novembre 1969, JCP 1970 II 16506, note M. DAGOT ; D. 1969.J.164,
rapp. DEDIEU

Cass. civ. 3^e, 8 janvier 1970, n° 67-14.671, Juris-Data n° 1970-098028 ; Bull. civ. 1970, III,
n° 28

CE, 23 janvier 1970, *Vve Coeffier*, Rec. CE, p. 39

Cass. civ. 1^{ère}, 10 mars 1970, pourvoi 68-13.205, Bull. Civ. I, n° 89 ; D. 1970 J 585 note
A. B.

Cass. ch. mixte, 27 novembre 1970, Bull. Civ. ch. mixte n° 3, D 1971 p. 81 Concl.
R. LINDON ; Defrénois 1971 art. 29786 note G. MORIN ; JCP 1971 II 16823 note
H. BLIN

TGI Toulon, 5 décembre 1970, Defrénois 1971, art. 29934, 2e esp., note Ph. MALAURIE

Cass. civ. 1^{ère}, 22 décembre 1970, Journ. Not. 1971, art. 50097 p. 660, note G. A-L DROZ ;
Rev. crit. DIP 1972, p. 467, note A.P.

Cass. civ. 1^{ère}, 2 février 1971, Defrénois 1971, art. 30009 obs. J-L. AUBERT, D. 1971, 421,
note J. MAURY ; JCP 1972 II 17000, note M.D.

Cass. civ. 1^{ère}, 2 février 1971, pourvoi 69-13.778, D. 1971. 590, note J. GHESTIN, JCP 1971
II 16926, note M. D., RTDCiv. 1971. 681, obs. R. SAVATIER

Cass. civ. 1^{ère}, 3 mars 1971, Rev. crit. DIP 1971, p. 291, note BATTIFOL

Cass. civ. 1^{ère}, 21 avril 1971, pourvoi 70-10.213, JCP 1973. II. 17328, note M. DAGOT

CA Paris, 29 avril 1971, Gaz. Pal. 1971, 2, p. 439, note L.B.

Cass. civ. 1^{ère}, 17 novembre 1971, RTDCiv 1972 p. 625 obs. R. SAVATIER

Cass. civ. 1^{ère}, 14 décembre 1971, D 1972.117

Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} février 1972, Rev. crit. DIP 1973, p. 313, note G. A-L DROZ ; D. 1973,
p. 59, note P. LAGARDE

Cass. civ. 3^e, 25 avril 1972, D. 1972. 660 ; JCP 1972 II 17152, note GUILLOT

Cass. civ. 1^{ère}, 30 mai 1973, pourvoi 72-11.746, Bull. Civ. I n° 188, Defrénois 1974, art.
30499, note A. BRETON

CA Aix-en-Provence, 2 octobre 1973, D. 1974 p. 745, note BIRH

Cass. civ. 1^{ère}, 12 décembre 1973, JCP G 1974 II, 17738 note H. THUILLIER, Gaz. Pal. 1974.1.381 note J.V., RTDCiv. 1974, p. 444 et 648, obs. SAVATIER

CA Paris, 19 juin 1974, Gaz. Pal. 1974.2.636 note J. VIATTE

Cass. civ. 1^{ère}, 11 février 1975, pourvoi 73-14.708, Bull. Civ. I n° 54

Cass. civ. 1^{ère}, 10 juin 1975, Bull. civ. 1975, I, n° 193 ; JCP G 1975 II 18141, note R. SAVATIER ; Defrénois 1975, art. 30986, p. 1185, note G. MORIN

Cass. civ. 1^{ère}, 22 octobre 1975, Bull. Civ. I n° 293

Cass. civ. 3^e, 27 octobre 1975, pourvoi 74-11.656 Bull. civ. III, no 310

Cass. civ. 1^{ère}, 4 novembre 1975, n° 73-14.300 : Juris-Data n° 1975-000311 ; Bull. Civ. 1975, I, n° 311

Cass. civ. 1^{ère}, 15 décembre 1975, RTDCiv. 1976. 384, obs. R. SAVATIER, JCP N 1976. Prat. 6429

Cass. civ. 1^{ère}, 6 janvier 1976, *Alessandri*, GAJC n° 90, Defrénois 1976, art. 31122, p. 787, note A. PONSARD ; JCP 1976 II 18461 note J. PATARIN ; RTDCiv 1976 p. 537 obs. NERSON ; Journ. Not., 1976 p. 118 note J. VIATTE, D 1976 p. 253 note A. PONSARD

Cass. civ. 1^{ère}, 24 février 1976, Bull. Civ. 1976, I, n° 80

Cass. civ. 3^e, 30 juin 1976, pourvoi 74-13.313, JCP N 1977, prat. 206

Cass. civ. 1^{ère}, 11 février 1976, Bull. Civ. I, n° 65, D. 1976 p. 557, note F. BOULANGER, RTDCiv. 1976. 815, obs. R. SAVATIER

Cass. civ. 1^{ère}, 3 novembre 1976, JCP G 1978 II 18871 note M. DAGOT, RTDCiv 1979 p. 415 obs. R. SAVATIER

Cass. civ. 1^{ère}, 24 novembre 1976, D 1977 IR 78

Cass. civ. 1^{ère}, 15 décembre 1976, Juris-Data 1976-700411, JCP 1978 II 18874 note H. THUILLIER

Cass. civ., 22 février 1977 : Bull. civ. 1977, I, n° 100 ; JCP G 1977, IV, 106 ; RTD civ. 1978, p. 173, obs. R. SAVATIER

Cass. civ. 1^{ère}, 11 juillet 1977, Bull. Civ. n° 324

Cass. civ. 1^{ère}, 25 janvier 1978, Bull. Civ. I n°36, Journ. Not. 1979, art. 54824

Cass. civ. 1^{ère}, 21 novembre 1978, pourvoi 77-11.843, Bull. Civ. n° 355

Cass. civ. 1^{ère}, 11 juillet 1979, JCP G 1981, II, 19556, note M. DAGOT

Cass. civ. 1^{ère}, 10 octobre 1979, pourvoi 78-11.444

Cass. civ. 1^{ère}, 29 octobre 1979, JCP N 1981 II 171, note M. DAGOT, Defrénois 1980, art. 32222, p. 326, note PONSARD

Cass. civ. 1^{ère}, 7 novembre 1979, RTDCiv 1980 p. 164 n° 5 note V. PERROT

Cass. civ. 1^{ère}, 11 juin 1980, Bull. Civ. I, n° 184

CA Paris, 12 décembre 1980, D. 1982, IR 20, 1^{ère} esp., obs. D. MARTIN

Cass. civ. 1^{ère}, 14 janvier 1981, n° 79-13.536, Bull. Civ. I n° 18

Cass. civ. 1^{ère}, 20 mars 1981, JCP 1982 II 19795 note Ph. REMY

Cass. civ. 1^{ère}, 25 mars 1981, pourvoi 79-16986 ; JCP G 1982 II 19787, note P. REMY ; RTDCiv. 1982, p. 647, obs. J. PATARIN

Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} avril 1981, pourvoi 80-11.385, Bull. Civ. I, n° 118, JCP 1981 IV 224

CA Paris, 21 mai 1981, Juris-Data : 1981-022709

TGI Paris, 30 avril 1981, Gaz. Pal. 1982, 1, p. 256

Cass. civ. 1^{ère}, 6 octobre 1981, Bull. Civ. I, no 274

Cass. civ. 1^{ère}, 4 novembre 1981, pourvoi 80-13.191

Cass. civ. 1^{ère}, 7 janvier 1982, Bull. civ. 1982, I, n° 4 ; D. 1982, IR. p. 175

Cass. civ. 1^{ère}, 19 janvier 1982, pourvoi 81-10.760, D. 1982, IR 190, JCP 1982. IV. 128, D. 1982, jurispr. p. 589 note J. PREVAULT

CA Aix-en-Provence, 9 mars 1982, Rev. crit. DIP 1983, p. 282, note G. A-L DROZ

Cass. civ. 1^{ère}, 8 juin 1982, D. 1983, p. 19, note M. BEAUBRUN ; JCP G 1983 II 20018, note HENRY ; Defrénois 1982, art. 32944 obs. G. CHAMPENOIS

Cass. civ. 1^{ère}, 13 octobre 1982, inédit

Cass. civ. 1^{ère}, 8 décembre 1982, Gaz. Pal. 1983, 1, pan. jur. p. 65

CE 10 décembre 1982, *Assoc. Les amis de Marc Tugdual*, RD publ. 1984, p. 1082

Cass. civ. 1^{ère}, 5 janvier 1983, pourvoi 81-16.655, Bull. Civ. I n° 10

Cass. civ. 1^{ère}, 23 février 1983, pourvoi 82-10.856, Bull. Civ. I n° 76

Cass. civ. 1^{ère}, 9 mars 1983, Bull. Civ. 1983 I n° 94 ; D. 1984, p. 273, note E. PRIEUR

Cass. civ. 1^{ère}, 14 février 1984, JCP N 1984 II 151 ; Defrénois 1985, art. 33501, 3e esp.

Cass. civ. 1^{ère}, 20 mars 1984, Bull. Civ. I, n° 108, RTDCiv. 1984.423, obs. J. PATARIN,
Defrénois 1984. 1503, note G. CHAMPENOIS

Cass. civ. 1^{ère}, 25 avril 1984, D. 1984.534 note Ph. MALAURIE

CA Paris, 27 avril 1984, Defrénois 1985. 438, note D. TALON

TGI Nanterre, ord. 5 octobre 1984, Gaz. Pal. 1985, 1, doct. 38 obs. D. DE LA MARNIERRE

Cass. civ. 1^{ère}, 17 octobre 1984, Bull. Civ. I, n° 270, RTDCiv. 1987, p. 791, obs. PATARIN

Cass. civ. 1^{ère}, 7 novembre 1984, Bull. civ. 1984, I, n° 298 ; JCP G 1985, IV, 19

Cass. civ. 1^{ère}, 18 décembre 1984 : Bull. Civ. 1984, I, n° 339

Cass. civ. 1^{ère}, 29 janvier 1985, pourvoi 83-16.292, Juris-Data 1985-000636

CA Douai, 18 avril 1985, Juris-Data 1985-041659

Cass. civ. 1^{ère}, 20 mars 1985, *Caron*, Rev. crit. DIP 1986, p. 66, note Y. LEQUETTE ; JCP G
1986, II, 20630, note F. BOULANGER

Cass. civ. 1^{ère}, 21 mai 1985, D 1987.65, note MORIN ; RTDCiv. 1986.394, obs. PATARIN ;
Gaz. Pal. 1986.1 somm. 18

Cass. civ. 1^{ère}, 4 février 1986, pourvoi 84-16.168

Cass. civ. 1^{ère}, 11 février 1986, Bull. Civ. I n° 25, Defrénois 1986 art. 33825 obs.
G. CHAMPENOIS ; RTDCiv. 1987 p. 586 note J. PATARIN ; JCP 1988 II 21027 note
C. DAVID

Cass. civ. 1^{ère}, 27 mai 1986, Bull. Civ. I, n° 140 ; JCP N 1988 II 20763, note M. DAGOT ; D
1987 p. 137 note MORIN ; JCP N 1987 II 166 note RAFFRAY et SENECHAL,
Defrénois 1987 art. 33888 note MORIN

Cass. civ. 1^{ère}, 25 novembre 1986, Bull. civ. I, n° 281, Defrénois 1987 p. 565. obs.
G. CHAMPENOIS

Cass. com., 2 décembre 1986, pourvoi 85-11.823

Cass. civ. 1^{ère}, 27 janvier 1987, D 1987.253, note MORIN ; RTDCiv. 1987 p.578, obs.
PATARIN

Cass. civ. 1^{ère}, 5 mai 1987, Bull. Civ. I, n° 143; R. 1987 p. 146 ; RTDCiv. 1988 p. 560,
obs. PATARIN

Cass. civ. 1^{ère}, 12 mai 1987, JCP N 1987, Prat. 358

Cass. civ. 1^{ère}, 25 mai 1987, Bull. Civ. 1987, I, n° 171

Cass. Civ. 1^{ère}, 23 juin 1987, pourvoi n° 85-17.426, Bull. Civ. 1987, I, n° 206 ; Defrénois
1988, art. 34133, note M. GRIMALDI

CA Paris, 30 septembre 1987, Juris-Data n° 026188

CourEDH, 28 octobre 1987, *Inze c. Autriche*, req. 8695/79

CA Paris, 3 novembre 1987, JDI 1990 p. 109 note J. HERON

Cass. civ. 1^{ère}, 24 novembre 1987, JCP 1989 II 21214 note F-X. TESTU, RTDCiv 1989 p. 803
obs. J. PATARIN

Cass. civ. 1^{ère}, 9 février 1988, D. 1988, inf. rap. p. 64

Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} mars 1988, JCP G 1989 II 21373 note M. BEHAR-TOUCHAIS, RTDCiv.
1988, p. 800, obs. J. PATARIN ; Defrénois 1988, art. 34373, p. 1402, n° 6, obs.
J. HONORAT

Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} mars 1988, Bull. Civ. 1988 I n° 62 p. 41, RTDCiv. 1989, p. 117, obs.
J. PATARIN, D. 1988 J 447, note J. M. ; Defrénois 1988, art. 34255, p. 723, obs.
J. MASSIP

Cass. civ. 1^{ère}, 15 mars 1988, Defrénois 1988 art. 34289 n° 71 obs. G. CHAMPENOIS

CA Riom, 17 mars 1988, Juris-Data 1988-048468, JCP G 1988 IV 365

Cass. civ. 1^{ère}, 26 avril 1988, n° 86-12.481, Bull. civ. 1988, I, n° 121

Cass. civ. 1^{ère}, 10 mai 1988 : Bull. Civ. I, n° 141 ; R. 1988 p. 165 ; JCP N 1988 II p. 229, note
THUILLIER ; RTDCiv. 1988, p. 805, obs. J. PATARIN ; Defrénois 1989, art. 34570,
obs. G. CHAMPENOIS

Cass. civ. 1^{ère}, 25 mai 1988, Bull. Civ. I, n° 157 ; Defrénois 1989, art. 34288, note F. LUCET

Cass. civ. 1^{ère}, 28 juin 1988, JCP 1989 II 21366 obs. D. MARTIN

Cass. civ. 1^{ère}, 11 octobre 1988, Bull. Civ. I, n° 287, D. 1990 p. 1, note A. BRETON , JCP
1989 II 21321, obs. E. S. DE LA MARNIERRE

Cass. civ. 1^{ère}, 8 décembre 1988, pourvoi 87-11.894

Cass. civ. 1^{ère}, 13 décembre 1988, Bull. Civ. I, n° 358

Cass. civ. 1^{ère}, 10 mai 1989, Bull. Civ. I 194, RTDCiv 1990 p. 807 note J. PATARIN

CA Lyon, 15 juin 1989, D. 1989 IR 232

Cass. civ. 1^{ère}, 21 juin 1989, Bull. Civ. I n° 245, Defrénois 1989 art. 34594, 2^e esp., note
G. MORIN ; JCP 1990. II. 21574, note P. SALVAGE ; RTDCiv. 1990 p.130, obs.
J. PATARIN

Cass. civ. 1^{ère}, 9 juillet 1989, no 88-11.323, Bull. Civ. I, n° 300; RTDCiv. 1992 p. 424, obs.
J. PATARIN, Defrénois 1989, art. 34633, obs. G. CHAMPENOIS

TGI Paris, 12 juillet 1989, Ind. Enr. 15197

CA Chambéry, 14 mars 1990, D. 1992, somm. 227, obs. F. LUCET , RTDCiv. 1992.803, obs.
J. PATARIN

Cass. civ. 1^{ère}, 6 juin 1990, pourvoi 88-19.686, Defrénois 1990 art. 34866 obs.
X. SAVATIER

Cass. civ. 1^{ère}, 4 décembre 1990, Bull. Civ. I, n° 278 ; Defrénois, 1991, art. 35018, obs.
G. CHAMPENOIS ; RTDCiv. 1992. 157, obs. J. PATARIN

Cass. civ. 1^{ère}, 4 décembre 1990, pourvoi 87-18256, Bull. Civ. I n° 282

Cass. civ. 1^{ère}, 4 décembre 1990, *Pearsch*, pourvoi 89-11352, Defrénois 1991, art. 35096,
note M. REVILLARD ; Rev. crit. DIP 1992, p. 76, note G. A.-L. DROZ

Cass. civ. 1^{ère}, 19 mars 1991, n° 89-17.094 : Juris-Data n° 1991-000871 ; Bull. civ. 1991, I,
n° 100 ; JCP G 1992 II 21840, note P. SALVAGE ; D. 1992, somm. p. 229, obs.
B. VAREILLE ; Defrénois 1992, art. 35408, n° 168, obs. G. CHAMPENOIS ; RTD civ.
1992, p. 162, obs. J. PATARIN

CA Angers, 26 mars 1991, Juris-Data 1991-045314

Cass. civ. 1^{ère}, 9 juillet 1991, Bull. Civ. I, n° 238, D. 1991 IR 210, Defrénois 1991, art.
35151, n° 123, obs. G. CHAMPENOIS

TGI Paris, 10 juillet 1991, D. 1993, somm. p. 55, obs. VASSEUR

Cass. civ. 1^{ère}, 22 octobre 1991, Bull. Civ. I, n° 279 ; Defrénois 1991, art. 35151, n° 124,
obs. G. CHAMPENOIS

CourEDH 29 novembre 1991, *Pine Valley Developments Ltd et autres c. Irlande*, req. 12742/87

Cass. civ. 1^{ère}, 4 février 1992, Bulletin n° 41 p. 30, D 1992 IR 95

Cass. civ. 1^{ère}, 31 mars 1992 *Authier*, Bull. Civ. 1992, I, n° 96, Defrénois 1992, art. 35348, note G. CHAMPENOIS ; RTDCiv. 1993, p. 401, obs. F. LUCET et B. VAREILLE ; LPA 23 avril 1993, p. 16, note R. LE GUIDEC

Cass. civ. 1^{ère}, 14 mai 1992, Bull. Civ. I, n° 140, p. 95 ; RTD civ 1993, p. 171 note J. PATARIN ; JCP N 1993 II 137 note P. SALVAGE ; Defrénois 1992, art. 35395 n° 121 obs. J. MASSIP

Cass. civ. 1^{ère}, 2 juin 1992, JCP G 1993 I 5715, obs. X. TESTU ; RTD civ. 1993, p. 178, note PATARIN

CE 9 octobre 1992, *Cts Argy*, req. 95568, RDSS 1993. 99, obs. LIGNEAU

Cass. civ. 1^{ère}, 13 octobre 1992, D. 1993 Somm.230, obs. M. GRIMALDI

Cass. civ. 1^{ère}, 2 décembre 1992, D. 1993. 409, note F. BOULANGER

CA Paris, 12 mai 1993, Juris-Data 1993-021333

TGI Bergerac, 9 juin 1993, Ind. Enr. 16059

Cass. civ. 1^{ère}, 16 juin 1993, D. 1994 J. 165, note MASSIP

TGI Bressuire, 7 septembre 1993, Defrénois 1994, art. 35716

Cass. civ. 1^{ère}, 9 novembre 1993, pourvoi 91-16.831

Cass. civ. 1^{ère}, 24 novembre 1993, Bull. Civ. I 342, D. 1994. 342, rapp. THIERRY, RTDCiv. 1995. 674, obs. B. VAREILLE

CourEDH 16 décembre 1992, *Aff. Geouffre de La Pradelle c/ France*, req. 12964/87

Cass. civ. 1^{ère}, 9 février 1994, pourvoi 92-11.111, Bull. Civ. n° 60, D 1994 p. 417 rapp. THIERRY ; D 1995 somm. p. 51 obs. M. GRIMALDI ; RTDCiv. 1995 p. 151 obs. F. ZENATI

Cass. civ. 1^{ère}, 9 mars 1994, pourvoi 91-21.021, Bull. Civ. I n° 88 ; JCP N 1994, 101260, note C. DANGLEHANT ; Defrénois 1994, p. 1437, note J. MASSIP ; RTDCiv. 1995, p. 404, obs. J. PATARIN ; D. 1995, somm. p. 44, obs. M. GRIMALDI, JCP G 1995 I 3876 n° 10 obs. R. LE GUIDEC

Cass. civ. 1^{ère}, 6 avril 1994, D. 1994, Jur. p. 505, note F. BOULANGER, RTDCiv. 1994, p. 649 et 652, note J. PATARIN

Cass. civ. 2^e, 15 juin 1994, Bull. Civ. II, n° 156, p. 90

Cass. civ. 1^{ère}, 17 janvier 1995, pourvoi 92-21.599, D 1995 somm. p. 329 obs. M. GRIMALDI

Cass. civ. 1^{ère}, 31 janvier 1995, Defrénois 1995 art. 36160, obs. M. GRIMALDI ; RTDCiv. 1995, p. 418, obs. J. PATARIN

TGI La Roche-sur-Yon, 2 mai 1995, Juris-Data n° 1995-053286, D 1997 Jur. 13, note H. VRAY

Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 1995, pourvoi 92-17.325, Defrénois 1997 n° 13/14 p. 853 note J BERNARD DE SAINT AFFRIQUE

Cass. civ. 1^{ère}, 10 octobre 1995, pourvoi 93-16.869, D. 1996 p. 486, note B. FILLION-DUFOULEUR ; D. 1996, somm. p. 116, obs. PH. DELEBECQUE ; JCP 1996. II. 22580, note G. PAISANT

Cass. civ. 1^{ère}, 19 décembre 1995, Juris-Data n° 1995-003732 ; Bull. Civ. n° 476

Cass. civ. 1^{ère}, 9 janvier 1996, pourvoi 93-20.460, Bull. Civ. I, n° 15, JCP G 1997 I 4010, obs. H. PERINET-MARQUET

Cass. civ. 1^{ère}, 6 mars 1996, pourvoi 94-12.406

Décis. Cons. const. 96-373 DC du 9 avril 1996, *Polynésie française*, AJDA 1996. 371, obs. SCHRAMEK ; Justices 1997-5. 247, obs. DRAGO et MOLFESSIS

Cass. civ. 3^e, 12 juin 1996, *Hedreul*, pourvoi 94-18.004, JCP N 1997 p. 53 note P. FREMONT

Cass. civ. 1^{ère}, 3 décembre 1996, pourvois 94-13.744, 94-13.848

Cass. civ. 1^{ère}, 14 janvier 1997, pourvoi 95-13.346

Cass. civ. 1^{ère}, 14 janvier 1997, Bull. Civ. I n° 20, Gaz. Pal. 1998.2.794, note E. DU RUSQUEC, D. 1997 J 273, Rapp. X. SAVATIER ; JCP 1997 II 22912, note E. PAILLET ; Defrénois, 1997. 420, note G. CHAMPENOIS ; JCP 1997 I n° 4047, n° 12, obs. G. WIEDERKEHR ; RTDCiv. 1997, p. 985, obs. B. VAREILLE ; Dr. et patrimoine, mars 1997, p. 63, obs. A. BÉNABENT

Cass. civ. 1^{ère}, 28 janvier 1997, pourvoi 95-13.835, Bull. Civ. I n° 37, RTDCiv 1997 p. 724
obs. J. PATARIN

Cass. civ. 1^{ère}, 6 mai 1997, Bull. Civ. I, n° 149; D. 1997. 483, rapp. J. THIERRY ; RTDCiv.
1998. 171, obs. J. PATARIN

Cass. civ. 1^{ère}, 3 juin 1997, pourvoi 95-18.006, D. 1997 IR p. 154

Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} juillet 1997, Defrénois 1997 p. 417 obs. G. CHAMPENOIS

Cass. civ. 1^{ère}, 16 juillet 1997, pourvoi 95-18.978, Bull. Civ. I n° 253

Cass. civ. 3e, 1^{er} octobre 1997, pourvoi: 95-14.892, inédit

CA Poitiers, 13 août 1998, Juris-Data 1998-056145

CA Paris, 29 septembre 1998, Juris-Data n° 1998-022881

Cass. civ. 1^{ère}, 5 janvier 1999, pourvoi 96-22914, D. 1999. 242, note J. THIERRY, RTDCiv.
2000 p. 151 note B. VAREILLE

Cass. civ. 1^{ère}, 2 février 1999, pourvoi 97-11.684, Juris-Data n° 1999-000503

Cass. civ. 1^{ère}, 2 mars 1999, Bull. Civ. I, n° 77, p. 52, Defrénois, 1999.1368, obs.
G. CHAMPENOIS

Cass. civ. 1^{ère}, 16 mars 1999, pourvoi 97-1349, Dr. fam. 1999, comm. 71, note
B. BEIGNIER

CA Nouméa, 1^{er} juillet 1999, Juris-Data 1999-044536

Décis. Cons. const., 99-416 DC du 23 juillet 1999, *Loi portant création d'une couverture
maladie universelle*, Rec. Cons. const. 1999, p. 100

Cass. civ. 1^{ère}, 3 novembre 1999, Bull. Civ. I, n° 291, D. 2000, somm. 429, obs. M. NICOD,
RTDCiv. 2000. 610, obs. J. PATARIN, Defrénois, 2000 p. 670, obs. J. MASSIP

Cass. civ. 2^e, 25 novembre 1999, pourvoi 97-16.488, RTDCiv. 2000. 89, obs. J. HAUSER

CourEDH 1^{er} février 2000, *Mazurek c/ France*, req. 34406/97, GAJC, 12e éd., no 99 ;
RTDCiv. 2000, p. 429, obs. J.-P. MARGUENAUD ; D. 2000 p. 332, note J. THIERRY ;
JCP 2000 II 10286 note A. GOUTTENOIRE-CORNUT et F. SUDRE ; Defrénois 2000
p. 654 obs. J. MASSIP ; Dr. fam. 2000, no 33, note P. de LAMY

CA Paris, 9 avril 2000, Juris-Data : 2010-003822

Cass. civ. 1^{ère}, 18 avril 2000, pourvoi 98-15.789

Cass. civ. 1^{ère}, 6 juillet 2000, pourvoi 98-22654, RJPf 2000-12/13 note J. PANSIER ;
D. 2001, somm., p. 1506, obs. Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE

Cass. civ. 1^{ère}, 18 juillet 2000, *Leroux*, Bull. Civ. I n° 213, D. 2001 somm. 1607, obs.
J. REVEL, JCP 2000 II 10434, Gaz. Pal. 2001.2.1450, note F.-J. PANSIER, Defrénois
2001. 3 note M. GRIMALDI

CA Grenoble, 21 novembre 2000, Juris-Data 2000-147431

CA Nîmes, 7 décembre 2000, Juris-Data 2000-136097

Cass. civ. 1^{ère}, 6 février 2001, pourvoi 99-10.845, D 2001 J 3566 note C. AUBERT DE
VINCELLES, Bull. civ. 2001, I, n° 28 ; JCP G 2001 I 366, n° 4, obs. R. LE GUIDEC ; JCP
N 2001, p. 1070, note N. DUCHANGE ; RTD civ. 2001, p. 637, obs. J. PATARIN,
Dr. fam. 2001, Chron. no 11, obs. J.-R. BINET, RJPf 2001-4/47 note F. SAUVAGE

Cass. civ. 1^{ère}, 6 mars 2001, pourvoi 99-11.308, Bull. Civ. I 53 ; JCP 2001 I 366, obs. R. LE
GUIDEC ; JCP N 2001. 1232, note MAURY ; Dr. fam. 2001 comm. 62, note B.
BEIGNIER ; RTDCiv. 2001. 648, obs. B. VAREILLE

CE 25 avril 2001, *Garofalo*, req. 214252, Lebon 193; RDSS 2001. 620, concl. BOISSARD ;
D. 2001 p. 3315, note DAGORNE-LABBE

CA Paris, 9 mai 2001, D 2002 p. 2160 obs. Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE

Cass. civ. 1^{ère}, 29 mai 2001, pourvoi 99-17.478, Defrénois 2001, art. 37430, p. 1358, obs.
J. MASSIP

Cass. civ. 1^{ère}, 20 novembre 2001, pourvoi 99-17.212, RJPf 2002-1/42 obs. P.D.S.-H., Dr.
fam. janvier 2002 comm. 10 note B. BEIGNIER

Cass. civ. 1^{ère}, 29 janvier 2002, pourvoi 99-21.134, 99-21.135, Bull. Civ. 2002 I n° 32 ; D.
2002, p. 1938, note DEVERS ; Dr. famille 2002, comm. 45, obs. B. BEIGNIER ; RJPf
2002-5/24, note J. CASEY ; RTDCiv. 2002, p. 278, obs. J. HAUSER ; ibid. 347, obs.
B. VAREILLE ; ibid. 865, obs. J.-P. MARGUÉNAUD

Cass. civ. 1^{ère}, 5 mars 2002, pourvoi 00-16.848, Juris-Data n° 2002-013458 ; JCP N 2002,
n° 22, en bref n° 101

Cass. civ. 1^{ère}, 5 mars 2002, pourvoi 99-18.984, Juris-Data 2002-013314, D 2002 p. 2555
obs. R. LIBCHABER, AJ fam. 2002.186 note S. DEIS-BEAUQUESNE

CA Paris, 4 juin 2002, Juris-Data 2002-180956, Dr. fam. janvier 2003 p. 25 note M. NICOD
Cass. civ. 1^{ère}, 25 juin 2002, pourvoi 00-11.574, D. 2003, 1875, obs. NICOD ; AJ Famille
2002 p. 302, note S. D.-B. ; Dr. Fam. 2003, comm. 18, note B. BEIGNIER
Cass. civ. 1^{ère}, 22 octobre 2002, pourvoi 00-16910
CA Grenoble, 22 octobre 2002, Juris-Data 2002-211272
Cass. civ. 1^{ère}, 13 novembre 2002, pourvoi 00-11415
Cass. civ. 1^{ère}, 28 janvier 2003, pourvoi 00-17.712, Defrénois 2003, p. 1093, obs. J.
MASSIP
Cass. civ. 1^{ère}, 11 mars 2003, JCP 2003 I 180 n° 9 obs. R. LE GUIDEC
TPI, 19 mars 2003, *Innova Privat-Akademie GmbH contre Commission des Communautés
européennes*, Aff. T-273/01, Rec., II-01093
Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} juillet 2003, pourvoi 01-00.373, Bull. Civ. 2003, I, n° 156 ; D. 2003, p.
2031, note B. BEIGNIER ; JCP G 2004 II 10161, note J-G. MAHINGA ; Gaz. Pal.
2003, p. 3798, concl. J. SAINTE-ROSE
CA Paris, 1^{er} juillet 2003, RTDCom. 2004 p. 136 note M. CABRILLAC et D. LEGEAIS
CA Poitiers, 2 juillet 2003, Dr. famille février 2004, comm. 23, note B. BEIGNIER
Cass. civ. 1^{ère}, 17 septembre 2003, Dr. Fam., décembre 2003, comm. 150 obs.
B. BEIGNIER
Cass. civ. 1^{ère}, 30 septembre 2003, pourvoi 00-21.831, inédit
CA Douai, 13 novembre 2004, Juris-Data n° 2004-266917
Cass. civ. 1^{ère}, 2 mars 2004, pourvoi 01-16.001 ; Dr. famille 2004, comm. 55 note
B. BEIGNIER ; RDLC 2004 comm. 246, p. 43 note J.-R. BINET
Cass. civ. 1^{ère}, 22 juin 2004, n° 01-14.031, Juris-Data n° 2004-024257, JCP G 2004 II
10165, note A. SÉRIAUX ; AJ fam. 2004, p. 365, obs. F. BICHERON ; D. 2004,
p. 2953, note M. NICOD
Cass. civ. 1^{ère}, 30 juin 2004, Dr. fam. novembre 2004 comm. 212 note T. FOSSIER
CourEDH 28 septembre 2004, *Kopecký c/ Slovaquie*, req. 44912/98, RJ com. 2005. 493
obs. J.-F. FLAUSS

CA Angers, 3 novembre 2004, Juris-Data n° 2004-264387 ; Dr. famille 2005, comm. 118,
obs. B. BEIGNIER

CE, sect., 19 novembre 2004, *Roche*, JCP 2005 N 1207 Ccl Ch. DEVYS, RJPF 3/57 p. 25 obs.
Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE

Cass. civ. 1^{ère}, 30 novembre 2004, pourvoi 02-20.883, JCP G 2005 II 10179 note J-R.
BINET

Cass. civ. 1^{ère}, 14 décembre 2004, pourvoi 02-11.088, Bull. Civ. n° 313 ; AJF 2005, p. 109,
obs. F. CHENEDE ; D. 2005, p. 2122, obs. M. NICOD, et p. 2263, note C.
LE GALLOU ; Dr. Fam. mars 2005, comm. 61 note A-S. BRUN ; Defrénois 2005,
art. 38142, obs. R. LIBCHABER ; RLDC 2005, p. 693, obs. A. BENABENT

CourEDH, 22 décembre 2004, aff. *Merger et Cros c/ France*, req. 68864/01, JCP G 2005,
p. 83, n° 16, chron. F. SUDRE ; RTDCiv. 2005, p. 335, obs. J.-P. MARGUENAUD ; Dr.
famille 2005, étude 17, par S. LE CHUITON

Cass. civ. 1^{ère}, 4 janvier 2005, JCP G 2005 II 10159 note M. MEKKI

Cass. civ. 1^{ère}, 11 janvier 2005, D. 2005 J 1207 note A-L. THOMAT-RAYNAUD

Cass. civ. 3^e, 2 février 2005, n° 03-15.409 03-15.482, Bull. Civ. 2005 III N° 24 p. 21

Cass. civ. 1^{ère}, 5 avril 2005, pourvois 01-12.810 et 01-15.367, RTDCiv. 2005 p. 441 note
M. GRIMALDI

Cass. civ. 1^{ère}, 18 mai 2005, pourvoi 02-15.425, Rev. crit. DIP 2006, p. 639, note B. ANCEL

Cass. civ. 1^{ère}, 4 octobre 2005, Dr. Fam. 2005, comm. 252, note B. BEIGNIER ; RDC 2006
p. 441 note C. GRARE-DIDIER

Cass. civ. 1^{ère}, 4 octobre 2005, pourvoi 02-11.494, Juris-Data 2005-030371

Cass. civ. 1^{ère}, 7 décembre 2005, pourvois 02-15.418 et 03-10.316, R. p. 408 ; Defrénois
2006, p. 562, note M. REVILLARD ; Dr. fam. 2006, comm. 117 note M. FARGE

Cass. civ. 1^{ère}, 28 février 2006, pourvoi 03-19.853

Cass. civ. 1^{ère}, 28 février 2006, pourvoi 04-15.770

Cass. civ. 1^{ère}, 28 février 2006, pourvoi 04-17.695, RJPF 2006-5/32 obs. T. GARE

Cass. civ. 1^{ère}, 28 mars 2006, Bull. Civ. I n° 186 ; D. 2006 IR 1132 ; Defrénois 2006 p. 1586
note FARGE, RDLC août 2008, p. 58 note C. LAREE

Cass. civ. 1^{ère}, 7 juin 2006, pourvoi 03-14.884, Bull. Civ. 2006 I n° 295 ; JCP G 2007 I 142 n° 25, obs. A. TISSERAND-MARTIN ; Dr. famille 2007 comm. 44, P. MURAT ; Defrénois 2006, p. 1578, note B. VAREILLE et p. 1614, obs. G. CHAMPENOIS ; RTDCiv. 2006, p. 749, obs. J. HAUSER

Cass. civ. 1^{ère}, 20 juin 2006, RJPf 2006-9.32, obs. J. CASEY

Cass. civ. 1^{ère}, 21 novembre 2006, pourvoi 05-15.674, Bull. Civ. I, no 498, JCP G 2007, I, 115, n° 3 obs. Ph. STOFFEL-MUNCK

Cass. civ. 1^{ère}, 20 septembre 2006, pourvoi 04-18. 501, RTDCiv. 2007. 92, obs. J. HAUSER, D 2008 p. 313, obs. J-J. LEMOULAND

Cass., avis, 25 septembre 2006, n° 0060009, Bull. Civ. 2006, n° 8 ; R. p. 508 ; BICC 1er décembre 2006, rapp. CHAUVIN, concl. SARCELET ; Juris-Data n° 2006-035114 ; D. 2006, inf. rap. p. 2419 ; Dr. famille 2007, comm. 18 note B. BEIGNIER ; RJPf 2006-12/43, obs. Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE ; BPAT 2006, p. 161

Cass. civ. 1^{ère}, 14 novembre 2006, pourvoi 04-16561

Cass. civ. 1^{ère}, 6 décembre 2006, pourvoi 03-10.211, Bull. Civ. I n° 483

Cass. civ. 1^{ère}, 9 janvier 2007, pourvoi 06-12.872, Bull. Civ. I n° 14 p. 12 ; D. 2007 AJ 379 ; AJ fam. 2007.88, obs. BICHERON ; Dr. fam. 2007 comm. 45 note B. BEIGNIER

Cass. civ. 1^{ère}, 20 février 2007, pourvoi n° 04-16.461, Dr. fam. avril 2007, comm. 90 par B. BEIGNIER ; JCP N 2007 p. 1254 note J-G. MAHINGA ; AJ Famille 2007 p. 185 note F. BICHERON, RTDCiv. 2008 p. 134 note M. GRIMALDI

Cass. civ. 1^{ère}, 22 février 2007, pourvoi 06-14.737, RDLC avril 2007 p. 54 obs. F. LEANDRI

CourEDH 27 mars 2007, *Aff. Apostolidi et autres c/ Turquie*, req. 45628/99

Cass. civ. 1^{ère}, 10 mai 2007, n° 05-21.011, Bull. Civ. I n° 173 ; D. 2007, p. 1510, obs. Delaporte-Carré ; D. 2007, p. 2134, obs. M. NICOD ; JCP N 2007, p. 1215, note GARCON ; AJF 2007, p. 316, obs. F. BICHERON

Cass. civ. 1^{ère}, 4 juin 2007, pourvoi 05-20.213, Bull. Civ. I, no 217 ; JCP 2007. I, 185, no 2, obs. Ph. STOFFEL-MUNCK

Cass. civ. 2^e, 4 juillet 2007, pourvoi 06.14.048, Dr. Fam. septembre 2007 comm. 176 note V. NICOLAS

TGI Amiens, 5 juillet 2007, n° 04/00486

Cass. civ. 1^{ère}, 26 septembre 2007, pourvoi 06-15.191, JCP N 2009 p.1094 n° 2, obs.
LE GUIDEC ; Dr. famille 2007, comm. 225, note B. BEIGNIER

CA Aix-en-Provence, 13 novembre 2007, n° 07/05202

CA Bordeaux, 22 novembre 2007, Juris-Data n° 2007-347912

Cass. civ. 1^{ère}, 12 décembre 2007, Juris-Data 2007-041976 ; Bull. Civ. 2008, I, n° 391,
RTD civ. 2008, p. 135, obs. M. GRIMALDI ; JCP G 2009, I, 109, n° 4, obs.
R. LE GUIDEC

Cass. civ. 1^{ère}, 6 février 2008, Dr. fam. mars 2008, comm. 41 par Virginie LARRIBAU-
TERNEYRE

CourEDH 14 février 2008, Aff. *Glaser c/ République Tchèque*, req. 55179/00

Cass. civ. 3^e, 27 février 2008, pourvoi 07-10.222, Bull. Civ. III, n° 35, D. 2008. AJ 783

Cass. civ. 1^{ère}, 19 mars 2008, pourvoi 06-19.103

CA Paris, 9 avril 2008, Juris-Data n° 2008-359906

Cass. civ. 1^{ère}, 15 mai 2008, pourvoi 06-19.535, Bull. Civ. n° 140, RTDCiv 2008 p. 523 obs.
M. GRIMALDI, RDLC novembre 2008 p. 43 obs. J-G. MAHINGA, Defrénois 2008
art. 38818, note Ph. MALAURIE

Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2008, pourvoi 07-12.197

CourEDH 2 juin 2008, Aff. *Nacaryan et Deryan c/ Turquie*, req. 19558/02 et 27904/02

Cass. civ. 1^{ère}, 25 juin 2008, pourvoi 07-13.438, Dr. fam. septembre 2009 comm.126, obs.
B. BEIGNIER, RDLC septembre 2008 p. 48 obs. C. JEANNE

Cass. civ. 2^e, 10 juillet 2008, pourvoi 07-14.098, RGDA 2009 p. 1227 obs. L. MAYAUX,
RJPF 2008-11/31 obs. F-J. PANSIER

Cass. civ 1^{ère}, 24 septembre 2008, Bull. civ. 2008, I, n° 214

Cass. civ. 1^{ère}, 23 octobre 2008, pourvoi 07-19.550, D. 2008 p. 1314 note F. DOUET

CA Metz, 11 décembre 2008, n° 03/00563, Juris-Data n° 2008-007998

Cass. civ. 1^{ère}, 11 février 2009, n° 07-21.421 ; Dr. famille 2009, comm. 44, note J.-
D. BASCUGNANA

Cass. civ. 1^{ère}, 11 février 2009, pourvoi 07-10.276

Cass. civ. 1^{ère}, 18 février 2009, pourvoi 08-12.306, Juris-Data n° 2009-047128

Cass. civ. 1^{ère}, 25 mars 2009, pourvoi 08-13.667, D. 2009 p. 2508, n° 13 par M. NICOD ;
Petites affiches, 15 décembre 2010, p. 3, par N. PÉTRONI-MAUDIÈRE ; RJPF 2009-
06/47 note Ph. DELMAS SAINT-HILAIRE

CA Amiens 2 avril 2009, décision 07/03536

Cass. civ. 1^{ère}, 20 mai 2009, pourvoi 08-11.355, Defrénois 2009 art. 38979, note
CHEVALIER ; JCP N 2009, 1256, note S HOVASSE

Cass. civ. 1^{ère}, 4 juin 2009, pourvoi 08-15.093, Bull. Civ. I n° 123, Dr. fam. septembre 2009
p. 32 obs. B. BEIGNIER, Resp. civ. et assur. 2009 ét. 12 note Ph. PIERRE

Cass. civ. 1^{ère}, 4 juin 2009, pourvoi 08-15.050, RGDA 2009 p. 1227 note L. MAYAUX

Cass. civ. 1^{ère}, 4 juin 2009, pourvoi 08-15.799, Bull. Civ. I n° 122 ; Dr. Fam. septembre
2009, comm. 111 par B. BEIGNIER ; RTDCiv 2010 p. 141 note M. GRIMALDI ; JCP
N, 12 février 2010, p. 1072 note D. Gilles ; JCP G, 15 février 2010, p. 203 n° 1 par
R. LE GUIDEDEC

Cass. civ. 1^{ère}, 17 juin 2009, pourvoi 07-21.728 ; JCP N 2009 p. 1310, note E. FONGARO ;
Defrénois 2010, art. 39068, p. 328, note M. REVILLARD

Cass. civ. 2^{ème}, 17 juin 2009, pourvoi 08-17.040, RGDA 2009 p. 1227 obs. L. MAYAUX

Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} juillet 2009, pourvoi 08-15.130

Cass. civ. 2^{ème}, 17 septembre 2009, pourvoi 08-17.040, RGDA 2009 p. 1227 obs.
L. MAYAUX

Cass. civ. 1^{ère}, 30 Septembre 2009, pourvoi 08-16.601

Cass. civ. 2^e, 30 Septembre 2009, pourvoi 08-17.919, AJ Fam. 2009 p. 460 obs.
F. BICHERON, Dr. fam., novembre 2009, comm. 144 obs. B. BEIGNIER ; Defrénois
2010 art. 39053, note R. LIBCHABER ; RLDC juin 2010, art. 3858, note R. MESA

Cass. civ. 1^{ère}, 12 novembre 2009, pourvoi 08-17.791, 08-18.898 ; JCP N 2010, p. 1166,
note J.-G. MAHINGA ; JCP G 2009 J 584, J.-R. BINET ; Dr. famille 2009, comm. 153,
note B. BEIGNIER ; D. 2010, p. 688, note Y. DAGORNE-LABBE

Cass. civ. 1^{ère}, 9 décembre 2009, pourvoi 08-18.677, D. 2010 p. 91 note C. LE DOUARON ;
Dr. famille 2010, comm. 27 note B. BEIGNIER ; AJ Fam. 2010, p. 91, note F.
BICHERON

CA Paris, 27 janvier 2010, Juris-Data 2010-000392

Cass. civ. 1^{ère}, 3 février 2010, pourvoi 08-18.196 ; RTDCiv 2010 p. 607 note M. GRIMALDI

Cass. civ. 1^{ère}, 3 février 2010, pourvoi 08-21.054, Bull. n° 32, JCP N 2010 com. 1194 note
L. MAUGER

Cass. civ. 1^{ère}, 3 février 2010, pourvoi 08-18.196 ; Bull. Civ. I 35 ; RTDCiv. 2010. 607, obs.
M. GRIMALDI ; Defrénois 2011. 716, obs. A. CHAMOULAUD–TRAPIERS ; Dr. fam.
2010, no 48, note B. BEIGNIER ; RJPF 2010-4/33, note F. SAUVAGE ; RLDC 201/70,
n° 3791, obs. POULIQUEN ; Gaz. Pal. 11 novembre 2010, p. 47 note J. CASEY

Cass. civ. 1^{ère}, 3 février 2010, pourvoi 09-10.857, Gaz. Pal. 11 novembre 2010, p. 47 note
J. CASEY

Cass. civ. 1^{ère}, 17 février 2010, pourvoi 08-14.441, Juris-Data 2010-051608, JCP N 11 juin
2010 p. 1220 note J. VASSAUX-BAREGE, RDC 2010/3 p. 941 note C. GOLDIE-
GENICON ; RJPF juillet-août 2010, p. 16 note F. VAUVILLE

Cass. civ. 1^{ère}, 17 Mars 2010, pourvoi 09-10.168

Cass. civ. 1^{ère}, 17 mars 2010, pourvoi 09-65.126, Defrénois 15 avril 2011 art. 39225 n° 7
obs. B. VAREILLE

Cass. civ. 1^{ère}, 12 mai 2010, n° 09-10.556, Dr. fam. juin 2010, comm. 104 par B. BEIGNIER

CA Rouen, 26 mai 2010, Juris-Data 2010-012079

Cass. civ. 1^{ère}, 23 juin 2010, pourvoi 08-11.357

Cass. civ. 1^{ère}, 8 juillet 2010, pourvoi 09-12.491, Juris-Data n° 2010-011144, JCP N, 3
décembre 2010, 1371, comm. S. HOVASSE, Dr. banc. et fin., novembre 2010,
comm. 221 par F. SAUVAGE ; Dr. et pat. 2011, p. 90, note Ph. DELMAS SAINT-
HILAIRE ; RTDCiv 2011, p. 167 note M. GRIMALDI

Cass. com., 21 septembre 2010, pourvoi 09-68.994

Cass. civ. 1^{ère}, 20 octobre 2010, pourvoi 08-17.033

Cass. com., 26 octobre 2010, pourvoi 09-70.927, RJF 2/11 n° 245

Cass. civ. 1^{ère}, 4 novembre 2010, pourvoi 09-68.276

Cass. civ. 1^{ère}, 17 novembre 2010, pourvoi 09-68.630

Cass. soc., 24 novembre 2010, pourvois 08-44181 08-44182 08-44184 08-44185 08-44186

Cass. civ. 1^{ère}, 15 décembre 2010, pourvoi 09-68.076, D. 2011 p. 578 note C. PERES ; AJ Famille 2011 p 114 obs. F. BICHERON ; JCP G 2011 p. 265 note F. SAUVAGE ; RJPF 2011-3/35 note V. ZALEWSKI

Cass. civ. 1^{ère}, 26 janvier 2011, pourvoi 09-68.368, Dr. Fam. 2011, comm. 38, note B. BEIGNIER

Cass. civ. 1^{ère}, 26 janvier 2011, pourvoi 09-71.840, RDLC avril 2011 p. 52 obs. J. GALLOIS ; RJPF 2011-4/37 obs. S. VALORY

CourEDH 26 avril 2011, *Di Marco c. Italie*, req. 32521/05

CE 27 avril 2011, décision 309664, inédit

Cass. civ. 1^{ère}, 4 mai 2011, pourvoi 09-68.983, RDLC juin 2011 p. 47 note J. GALLOIS ; D. 2011 p. 2387 note G. RAOUL-CORMEIL ; RTDCiv 2011 p. 515 note J. HAUSER

CourEDH 3 mai 2011, *Aff. Negrepontis-Giannisis c/ Grèce*, req. 56759/08

Cass. com. 17 mai 2011, pourvoi 09-72862

Cass. civ. 1^{ère}, 18 mai 2011, pourvoi 10-18.137, 498, Dr. Fam. 2011, comm. 115 par B. BEIGNIER

Cass. civ. 1^{ère}, 1^{er} juin 2011, décision n° 11-40.008

Cass. com., 21 juin 2011, pourvoi 10-20.461, RFN, Janvier 2012, comm. 5

Cass. civ. 1^{ère}, 29 juin 2011, pourvoi 10-13.807, LPA 7 septembre 2011, p. 14 note crit. V. ZALEWSKI

Décision n° 2011-159 QPC, 05 août 2011, Mme Elke B. et autres, D. 2012 p. 1228 obs. H. GAUDEMET-TALLON et F. JAULT-SESEKE, AJ Famille 2011 p. 440 note B. HAFTEL, Dr fam, novembre 2011, comm. 173 par D. BOULANGER

Cass. civ. 1^{ère}, 26 octobre 2011, pourvoi 10-24.682

Cass. civ. 1^{ère}, 26 octobre 2011, pourvoi 10-20.217, Dr. Fam. 2011, comm. 181 par
B. BEIGNIER ; JCP N, 24 février 2012, 1114 note F. SAUVAGE, RTDCiv. 2011, p.
793, obs. M. GRIMALDI

Cass. civ. 1^{ère}, 3 novembre 2011, pourvoi 10.21-760

Cass. civ. 1^{ère}, 9 novembre 2011, pourvoi 10-21.710

CA Poitiers, 23 novembre 2011, n° 10/03265

Cass. civ. 1^{ère}, 23 novembre 2011, pourvoi 10-26.802, Defrénois, 15 avril 2012, p. 358
note Y. OULD AKLOUCHE

CE, 29 juin 2011, décision n° 339147

Cass. civ. 1^{ère}, 29 février 2012, pourvoi 10-27.332

Cass. civ. 1^{ère}, 28 Mars 2012, pourvoi 10-30.713, 389

Cass. civ. 1^{ère}, 23 mai 2012, pourvoi 10-21.510

Cass. civ. 1^{ère}, 4 juillet 2012, pourvoi 11-10.594

Cass. civ. 1^{ère}, 4 juillet 2012, pourvoi 11-14.962

Index

Les numéros renvoient aux paragraphes

- Abus de droit :
- Accroissement : 14
- Acte unilatéral : 88 à 90
- Acte conservatoire : 69, 164
- Acte neutre : 22, 23
- Action *ab irato* :
- Action en retranchement :
- Aléa : 24, 27, 28, 31, 33
- Apport à association : 35
- Assurance-vie : 30 à 33, 40, 54, 138
- Avancement de part successorale : 12, 90
- Avantage matrimonial : 36
- Bail à nourriture : 26
- Biens existants : 7, 12
- Caducité : 15, 16
- Charge : 17
- Clause d'accroissement: 25, 40
- Clause pénale : 47
- Testament : 50
- Donation-partage : 51
- Conjoint survivant : 12
- Fraude : 37, 103 à 106
- Conservation des biens : 2, 4
- Délivrance de legs : 112 à 118, 164
- Dispositions transitoires : 42, 61
- Divorce : 13, 64, 71, 94
- Droit à : 57,
- Droit de communication: 69, 135 à 138
- Droit de prélèvement : 81, 84
- Droit de retour :
- Conventionnel : 11
- « des frères et sœurs » : 11
- « des père et mère » : 37, 77
- Droit discrétionnaire : 103 à 106, 116
- Droit éventuel : 21, 69, 73
- Droit international privé : 56, 82, 124
- Enfant adultérin : 2, 37, 64, 73
- Envoi en possession : 119 à 131, 145
- Espérance légitime : 72
- Exécuteur testamentaire : 54, 196
- État : 56
- Famille : 1, 2
- Fiducie :
- Fruits et revenus : 115, 176 à 185

Haine : 4, 97, 99
 Imputation : 38 à 46, 128
 Inaliénabilité : 17
 Incapacité : 69, 146, 147
 Indignité : 7
 Institution contractuelle : 13
 Intention libérale : 17, 31, 101
 Intérêt à agir : 70, 139, 143 à 151
 Legs : 27, 54, 55, 68, 90, 113, 126
 Bien indivis : 17, 91
 Verbal : 141
 Libéralité graduelles et résiduelles : 18, 19
 Liberté testamentaire : 2
 Logement du conjoint survivant : 59, 66
 Mandat à effet posthume : 194
 Obsèques : 31, 54
 Option successorale : 41, 108
 Pacte de famille : 4, 29
 Pacte sur succession future : 4, 18, 26, 53, 94
 Passif : 17, 64, 166 à 170, 186 à 189
 Propriété : 2, 69, 160
 Recel : 7, 12, 133, 134
 Réclamation des familles : 67
 Régime matrimonial : 35, 37
 Renonciation : 34, 94 à 96, 108
 À succession : 7, 34
 À usufruit : 34
 Requalification *in articulo mortis* : 28,
 Réserve héréditaire : 2, 10, 19, 37, 69, 74 à 80, 86, 87, 132, 180
 Rétroactivité : 26, 40
 Révocation : 7, 54, 104
 Survenance d'enfant : 13
 Saisine : 109, 122, 153, 154, 157
 Substitution fidéicommissaire : 18
 Substitution vulgaire : 16
 Survenance d'enfant : *v. Révocation*
 Testament-partage : 41, 53
 Titre d'héritier : 5, 15, 69, 107 à 109, 110, 156, 198
 Tontine : *v. Clause d'accroissement*
 Usufruit : 12, 28, 46, 61
 Valeur (réduction) : 37, 78 à 80, 86, 87
 Viager : 28

Table des Matières

INTRODUCTION	1
PREMIERE PARTIE : LA PRIVATION DE L'EMOLUMENT PAR L'EXHEREDATION	24
Titre 1 – La privation de l'émolument, expression multiforme de la volonté du défunt	26
Chapitre 1 – L'exhérédation par l'institution d'un tiers.....	28
Section 1 – L'exhérédation par privation	28
I – Les actes à titre gratuit, source évidente d'exhérédation	29
A – Une exhérédation parfaite : la privation des droits successoraux	30
1 – La privation immédiate de l'émolument par l'institution d'un tiers.....	30
2 – La privation de la vocation successorale par l'institution d'un tiers.....	42
B – Une exhérédation imparfaite : la privation des prérogatives successorales.....	46
II – Les actes neutres, source exceptionnelle d'exhérédation	55
A – L'exclusion par l'aléa	57
1 – L'utilisation de la tontine	58
2 – La limitation dans le temps des biens existants.....	64
3 – Le recours à l'assurance-vie	67
B – L'exclusion par la mutation	73
1 – La renonciation	73
2 – L'apport à association	74
3 – Le choix du régime matrimonial	76
Section 2 – L'exhérédation par allotissement.....	86
I – L'imputation des libéralités consenties à un réservataire	87
A – Le principe de l'imputation	87
B – Le rôle de la volonté	89
II – L'imputation des libéralités consenties au conjoint survivant	93
A – Le principe de l'imputation	93
B – Les modalités de l'imputation	95
Chapitre 2 – L'exhérédation par l'exclusion de l'héritier.....	101
Section 1 – La privation à titre de sanction.....	101
I – Une validité de principe nuancée.....	101
II – Un domaine d'application limité par l'ordre public	111
Section 2 – La privation directe de l'émolument successoral.....	115
I – La faculté d'exhérer à titre principal	115
II – La volonté doit-elle être formellement exprimée ?	121
Titre 2 – La privation de l'émolument, expression de la libre volonté du <i>de cujus</i>.....	137
Chapitre 1 – L'absence de droit à l'héritage	139
Section 1 – L'héritage, une simple espérance.....	140
I – L'indifférence des besoins de l'héritier	140
A – Aliments et succession, deux institutions distinctes	141
B – L'atténuation de la réclamation des familles	148
II – La prohibition des revendications anticipées.....	151
A – L'innocuité de la qualité d'héritier	151
B – L'héritage n'est pas une espérance légitime	158

Section 2 – L’héritage réservataire, une créance à l’avenir incertain	163
I – La réserve héréditaire : un droit réadapté	163
A – Les héritiers réservataires : une dévolution redessinée.....	164
B – L’action en réduction : d’une indivision à une créance	169
II – Une réserve héréditaire toujours en mutation	174
A – Une faille : le contournement de la réserve par l’éviction de la loi française	175
B – Une perspective : la suppression de la réserve héréditaire ?.....	184
Chapitre 2 – Une prérogative exorbitante du <i>de cuius</i>	191
Section 1 – Autonomie et suprématie de la volonté du <i>de cuius</i>	191
I – L’autonomie de la volonté du disposant	192
A – Une expression de volonté unilatérale.....	192
B – Un acte juridique indépendant.....	196
II – Les pactes de famille, une ingérence subordonnée à l’autorité du <i>de cuius</i>	199
A – L’impossible règlement anticipé de la succession	200
B – Une possible contractualisation de l’exhérédation ?	204
Section 2 – Efficacité de la volonté du <i>de cuius</i>	207
I – L’indifférence de la cause ayant présidé à l’exhérédation	208
II – Une exhérédation discrétionnaire ?.....	217

SECONDE PARTIE : LE MAINTIEN DU TITRE D’HERITIER MALGRE L’EXHEREDATION.....227

Titre 1 – Le titre d’héritier, garant de la police successorale	233
Chapitre 1 – L’investiture du légataire : une mission	235
Section 1 – Un contrôle à double détente	235
I - La délivrance de legs, formalité principale.....	236
A – L’intervention nécessaire des héritiers	237
B – Une formalité incontournable mais inutile	239
II – L’envoi en possession, mesure résiduelle	247
A – Une procédure gracieuse	249
B – Une procédure indépendante de la saisine.....	251
Section 2 – Un contrôle limité.....	255
I – La question du cumul des titres.....	256
II – Une dispense majoritaire d’investiture	257
A – Un héritier-légataire toujours dispensé de délivrance de legs.....	257
B – Un héritier-légataire parfois soumis à l’envoi en possession	260
Chapitre 2 – L’investiture du légataire : une formalité stérile.....	265
Section 1 – Un intérêt limité : la connaissance du testament.....	265
I – La révélation par le gratifié de la libéralité consentie	265
A – La réduction des libéralités, incitation à la révélation.....	266
B – Le recel successoral, sanction de la dissimulation.....	267
II – La communication à la demande des héritiers évincés.....	271
A – La communication des actes entre vifs	271
B – La communication des actes à cause de mort.....	272
Section 2 – Un contrôle lacunaire : la contestation du testament.....	277
I – La faculté d’exécuter les volontés du défunt	277
II – La possible contestation par l’héritier exhérédé	282
A – La charge de la preuve du vice frappant le testament	283
B – La nécessité de revendiquer un intérêt à agir	290
Titre 2 – Le titre d’héritier, instrument de transmission successorale	295
Chapitre 1 – Une faculté : administrer la succession.....	297
Section 1 – La gestion intermédiaire de la succession par l’héritier exhérédé.....	300
I – Une faculté théorique : se comporter comme le défunt.....	300
II – Une faculté limitée : les pouvoirs préférables du légataire.....	308

Section 2 – La prise en charge définitive du passif successoral	313
I – La détermination des débiteurs de l’obligation au passif	313
II – L’étendue de la prise en charge du passif	317
Chapitre 2 – Une obligation : transférer la chose léguée	321
Section 1 – Le contenu de l’obligation : la remise de la chose	321
I – L’obligation : le « paiement » du légataire	322
A – La remise matérielle de la chose	322
B – La remise de la chose léguée	323
II – La garantie de l’obligation : l’hypothèque légale et le transfert des risques	325
Section 2 – Une contrepartie : la « jouissance » de l’héritier exhéredé sur les biens légués	329
I – Le droit aux fruits de l’héritier : une justification embarrassante	329
A – Le domaine d’application	330
B – La recherche d’une justification	333
C – Un fondement proposé : la rémunération de l’héritier	341
II – La prise en charge des dettes afférentes aux biens légués	343
Titre 3 – Proposition : rénover le titre d’héritier	347
Section 1 – L’intervention limitée de la volonté du défunt	348
I – La vacance de la succession, gestion étatique	348
II – Le mandat à effet posthume, protection ponctuelle	351
III – L’exécution testamentaire, surveillance encadrée	355
Section 2 – La refonte du titre d’héritier	357
CONCLUSION GENERALE.....	363
BIBLIOGRAPHIE	367
I – Ouvrages généraux, traités et manuels	367
II – Thèses et monographies	369
III – Rapports, réponses ministérielles et documents officiels	376
IV – Ouvrages collectifs, colloques	377
V – Encyclopédies et répertoires	378
VI – Articles	381
VII – Jurisprudence	396
INDEX	425

L'exhérédation

Malgré le tabou de l'argent, la transmission des biens d'une personne répond à une indéniable nécessité familiale, économique et sociologique. La liberté testamentaire grandissante, à peine restreinte par la nécessité de protéger le noyau dur familial, rend surprenante une démarche pourtant bien présente en pratique : l'exhérédation. Celle-ci est la privation, directe ou indirecte et quelle qu'en soit la forme, de l'émolument successoral par la seule volonté du de cujus, sans pouvoir porter atteinte au titre d'héritier. La dichotomie entre titre et émolument permet de révéler la véritable relation successorale entre disposant et successible. A l'absolutisme quasi-absolu de la volonté du de cujus correspond l'effet quasi-plénipotentiaire du titre d'héritier. Si le de cujus peut presque librement disposer des biens composant ou qui auraient dû composer sa succession, l'héritier, bien que ne disposant d'aucun droit à l'héritage, a la faculté d'en perturber le règlement, sous couvert d'en assurer la police et la gestion. Le titre d'héritier, dénué de tout ou partie de l'émolument et distingué de la propriété des biens transmis, doit cependant tout au plus être vu comme un intérêt à agir, non comme un quelconque élément directeur des opérations de liquidation successorale.

Mots clefs français : succession – héritier – titre – émolument – héritage – volonté

Disinheritance

Despite the taboo of money, the descent of a person's estate falls in line with an undeniable necessity in family, economic and sociological terms. The growing freedom relating to wills, which is hardly contained by the requirement to protect the family unit, makes disinheritance surprising, though such an approach does exist in practice. Disinheritance means direct or indirect deprivation – in whatever form - from a portion of inheritance, as decided by the testator only, without affecting the title as heir. The dichotomy between title and portion of inheritance reveals the actual inheritance-related link between the settler and the person entitled to inherit. The all but plenipotentary effect of the title as heir is to be compared with the fundamentally absolutist desire of the testator. Though the testator can freely dispose of the property of which his/her estate is or should have been made up to all intents and purposes, the heir, though he/she may have no right to the heritage, can disturb the settlement of such estate, under the pretext of enforcing law and order and of administering such estate. The title as heir, deprived of any entitlement to all or any part of the portion of inheritance, which is to be differentiated from ownership of property conveyed, should however be perceived as an advantage to act, at the very most, not as a key aspect of operations relating to the settlement of a succession.

Keywords : disinheritance – heir – title – inheritance

Unité de recherche/Research unit : [...intitulé, adresse, email et Url...]

Ecole doctorale/Doctoral school : *Ecole doctorale des sciences juridiques, politiques et de gestion, n° 74, 1 place Déliot, 59000 Lille, ecodoc.univ-lille2.fr, <http://edoctore74.univ-lille2.fr>*

Université/University : *Université Lille 2, Droit et Santé, 42 rue Paul Duez, 59000 Lille, <http://www.univ-lille2.fr>*