



HAL
open science

La réserve héréditaire, aspects fonctionnels

Anne-Laure Nachbaum-Schneider

► **To cite this version:**

Anne-Laure Nachbaum-Schneider. La réserve héréditaire, aspects fonctionnels. Droit. Université de Strasbourg, 2015. Français. NNT : 2015STRAA031 . tel-01409709

HAL Id: tel-01409709

<https://theses.hal.science/tel-01409709>

Submitted on 6 Dec 2016

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.

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT, SCIENCE POLITIQUE ET HISTOIRE

Centre de Droit Privé Fondamental

THÈSE présentée par :

Anne-Laure NACHBAUM-SCHNEIDER

soutenue le : 27 novembre 2015

pour obtenir le grade de : **Docteur de l'université de Strasbourg**

Discipline/ Spécialité : Droit privé et Sciences criminelles

LA RÉSERVE HÉRÉDITAIRE
Aspects fonctionnels

THÈSE dirigée par :

Madame Estelle NAUDIN

Madame Alice TISSERAND

Professeur à l'Université de Strasbourg

Professeur à l'Université de Strasbourg

RAPPORTEURS :

Monsieur Raymond LE GUIDE

Madame Joëlle VASSAUX

Professeur à l'Université de Nantes

Professeur à l'Université d'Artois

AUTRES MEMBRES DU JURY :

Monsieur Richard DESGORCES

Madame Jeanne-Marie TUFFERY-ANDRIEU

Professeur à l'Université de Rennes 1

Professeur à l'Université de Strasbourg

L'Université de Strasbourg n'entend donner aucune approbation ou improbation aux propos tenus dans la présente thèse. Ceux-ci sont propres à leur auteur

À Daniel,

À Pauline et Amélie.

Remerciements

Je souhaite tout d'abord exprimer ma gratitude à mes directrices de thèse, Madame Alice Tisserand et Madame Estelle Naudin. Madame Alice Tisserand m'a initiée aux mystères des calculs de récompenses et de liquidation successorale au Centre de Formation Professionnel Notarial de Strasbourg et m'en a montré la richesse, ouvrant la voie à mon intérêt pour la matière. Madame Estelle Naudin avait accepté de suivre mon mémoire de Master II et m'a transmis son enthousiasme pour la recherche. Grâce à leurs conseils avisés et leur disponibilité, j'ai pu mener à bien cette thèse.

Je souhaite également remercier Madame Jeanne-Marie Tuffery-Andrieu pour ses précieux conseils de recherche quant à la partie historique de cette thèse.

Mes amis m'ont toujours été d'un grand soutien durant cette période : merci Morane, Anna, Johanne, Céline, Christel, Aurélie, Etienne, Gaëlle Florie, Clotilde et Lionel.

Je n'oublie pas ma famille. Je souhaite remercier mes parents pour leur soutien et surtout ma mère pour ses relectures et corrections.

Enfin, merci à mon mari, Daniel, de m'avoir accompagnée sur ce chemin et à mes filles, Pauline et Amélie, d'avoir empli de légèreté et de bonheur ces années de thèse.

Index des principales abréviations

AJ Fam.	Actualité Juridique Famille
al.	Alinéa
art.	Article
AN	Assemblée Nationale
AP	Archives parlementaires de 1787 à 1860, recueil complet des débats législatifs et politiques des chambres françaises, 1 ^{re} série.
BdR	Charles-Antoine BOURDOT DE RICHEBOURG, Nouveau coutumier général ou corps des coutumes générales et particulières de France, et des provinces connues sous le nom des Gaules, Paris, chez Théodore le Gras, 1724.
Bull. Civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
C.	Code de Justinien
CA	Arrêt de cour d'appel
Cass.	Arrêt de la Cour de cassation
Cass. Ass. plén.	Arrêt de la Cour de cassation (Assemblée plénière)
Cass. ch. mixte	Arrêt de la Cour de cassation (chambre mixte)
Cass. ch. réun.	Arrêt de la Cour de cassation (chambres réunies)
Cass. civ.	Arrêt de la Cour de cassation (chambre civile)
Cass. crim.	Arrêt de la Cour de cassation (chambre criminelle)
Cass. req.	Arrêt de la Cour de cassation (chambre des requêtes)
<i>Cf.</i>	<i>Confer</i>
CJCE	Arrêt de la Cour de justice des communautés européennes
Cons. const.	Décision du Conseil constitutionnel
CEDH	Cour Européenne des droits de l'homme
comm.	Commentaire
concl.	Conclusions
<i>contra</i>	En sens contraire
D.	Recueil Dalloz
D	Digeste

Defrénois	Répertoire général du notariat Defrénois
DP	Recueil périodique et critique de jurisprudence Dalloz
Dr. et Pat.	Droit et patrimoine
Dr. Fam.	Droit de la famille
éd.	Edition
ex	Exemple
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
JCP G	La Semaine juridique (édition générale)
JCP N	La Semaine juridique (édition notariale)
JO	Journal officiel de la République française
JOAN	Journal officiel de l'Assemblée Nationale
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les petites affiches
obs.	Observations
<i>op. cit.</i>	Ouvrage précité
p.	Page
P.U.F.	Presses universitaires de France
P.U.S.	Presses universitaires de Strasbourg
RAAR	Renonciation anticipée à l'action en réduction
Rép. Civ.	Répertoire civile Dalloz
RDC	Revue des contrats
RJPF	Revue juridique personnes et familles
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
S.	Recueil de jurisprudence Sirey
suiv.	Suivants
t.	Tome
TGI	Tribunal de grande instance
V°	<i>Verbo</i>

Sommaire

INDEX DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	7
SOMMAIRE.....	9
INTRODUCTION.....	11
PREMIÈRE PARTIE – LA RÉSERVE ET LA SOCIÉTÉ : LA FONCTION POLITIQUE DE LA RÉSERVE.....	28
TITRE PREMIER – LA RÉSERVE, UN MOYEN DE REGROUPER LES BIENS POUR FAVORISER LA CONCENTRATION DES POUVOIRS	29
<i>Chapitre I – La protection des patrimoines grâce à la conservation des biens au sein des familles en droit coutumier</i>	<i>31</i>
<i>Chapitre II – Le rôle résiduel de la conservation des biens dans la famille dans le droit contemporain : les droits de retour.....</i>	<i>59</i>
TITRE II – LA RÉSERVE, UN MOYEN DE DISPERSER LES BIENS POUR ASSURER L'ÉGALITÉ DES INDIVIDUS	89
<i>Chapitre I – L'avènement des principes égalitaires au service de l'individu dans le Code civil.....</i>	<i>91</i>
<i>Chapitre II – Le déclin des principes égalitaires au service de la volonté individuelle en droit contemporain.....</i>	<i>132</i>
SECONDE PARTIE – LA RÉSERVE ET LA FAMILLE : LA FONCTION SOCIALE DE LA RÉSERVE.....	239
TITRE I – LA RÉSERVE, UN MOYEN DE PROMOUVOIR UN MODÈLE FAMILIAL.....	241
<i>Chapitre I – La réserve, gardienne d'un modèle familial unique</i>	<i>243</i>
<i>Chapitre II – La réserve adaptée aux modèles familiaux contemporains</i>	<i>278</i>
TITRE II – LA RÉSERVE, UN MOYEN D'ASSURER LA SUBSISTANCE DES PROCHES DU DÉFUNT.....	317
<i>Chapitre I – La fonction alimentaire, fonction historique de la réserve</i>	<i>318</i>
<i>Chapitre II – La fonction alimentaire, fonction contemporaine de la réserve</i>	<i>354</i>
CONCLUSION GÉNÉRALE.....	437
BIBLIOGRAPHIE	441
BIBLIOGRAPHIE HISTORIQUE.....	490
INDEX ALPHABÉTIQUE	503
TABLE DES MATIÈRES	ERREUR ! SIGNET NON DÉFINI.

Introduction

« (...) *Entre le fort et le faible, entre le riche et le pauvre, entre le maître et le serviteur, c'est la liberté qui opprime, et la loi qui affranchit*¹ »

1. De la technicité du droit des successions - Le droit successoral est un droit technique qui peut paraître aride. Ainsi que l'évoque Michel Grimaldi, son étude est l'une des plus craintes des étudiants, son contentieux, l'un des plus redoutés des magistrats, sa pratique, le pré-carré de quelques notaires aguerris et son élaboration l'une des plus embarrassantes pour le

¹ 52ème conférence de Notre-Dame - in Oeuvres du Révérend Père H.-D. LACORDAIRE, Poussielgue frères, Paris, 1872, 9 vol., t. IV, p. 494.

législateur². Pourtant, l'étude et la pratique du droit des successions le rendent attachant parce qu'il recouvre toutes sortes de réalités humaines. Au carrefour du droit des biens et du droit de la famille, il mêle propriété et rapports familiaux. Sa technicité ne l'empêche toutefois pas d'être l'expression privilégiée d'idéaux philosophiques et de conceptions économiques³ car sa « (...) *technique juridique y est peut-être plus qu'ailleurs au service d'options politiques, sociales et morales de première importance pour l'individu, la famille et la société*⁴. »

2. La réserve héréditaire - La réserve héréditaire est le mécanisme majeur du droit des successions, « *le noyau central autour duquel toute la réglementation de la transmission patrimoniale s'ordonne*⁵ » Elle forme, avec la prohibition des pactes sur succession future, l'ordre public successoral. En effet, le droit des héritiers dépend tout entier de l'existence de biens dans la succession. Ce droit est, par conséquent, très fragile puisqu'il risque de disparaître devant les aliénations du *de cuius* de son vivant ou par les legs contenus dans son testament. Parmi ces actes de disposition, les plus redoutables sont les actes de disposition à titre gratuit puisqu'ils ne font entrer aucune contrepartie dans le patrimoine du *de cuius*. C'est la raison pour laquelle le législateur a voulu protéger certains héritiers en leur réservant une part de la succession⁶.

La réserve héréditaire est définie à l'article 912 du Code civil comme « (...) *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*

² GRIMALDI M., Rapport de synthèse des Travaux de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, *Les successions, Journées Roumaines*, Tome LX, éd. Bruylant et LB2V, 2010, p. 20.

³ GRIMALDI M., *Droit civil – Successions*, 6^{ème} édition, éd. Litec, 2001, p. 16, n° 20.

⁴ LABRUSSE-RIOU C., « Propos introductifs au cours de droit patrimonial de la famille », *Etudes dédiées à Alex Weill*, éd. Dalloz, 1983, p. 346.

⁵ BEAUBRUN M., *L'ordre public successoral*, thèse Paris, 1979, p. 16.

l'acceptent ». Jusqu'à la loi du 23 juin 2006, le Code civil était muet quant à la définition de la réserve héréditaire. Il se bornait à indiquer, dans ses articles 913 et suivants, que les libéralités ne pouvaient excéder, en présence de certains héritiers, telle quotité des biens du disposant appelée « portion de bien disponible ». Cette lacune a donné lieu à de nombreuses polémiques quant à la nature de la réserve héréditaire, au cours du XIX^{ème} siècle, jusqu'à la conclusion de la jurisprudence qui a déterminé, *a contrario*, « que la réserve n'est autre chose que la succession elle-même, diminuée de cette portion, s'il en a disposé⁷. » Ainsi, l'on peut imaginer la réserve et la quotité disponible comme « deux surfaces complémentaires dont les contours extérieurs se confondent avec ceux de la succession⁸. »

La réserve pose une limite à la liberté de disposer d'une personne et, par-là même, à la plénitude de son droit de propriété⁹. Elle est impérative dans la mesure où la transmission s'opère par la loi, même contre la volonté exprimée du *de cuius* qui ne peut la modifier¹⁰ ni de son vivant, ni à cause de mort. Toutefois, même si elle s'impose au *de cuius*, il n'en est pas de même pour l'héritier qui doit la recevoir. Celui-ci peut y renoncer une fois son droit à réserve acquis et depuis peu, de son vivant¹¹.

3. Une institution ancienne et controversée - La réserve a toujours été une institution controversée. A l'aube des temps modernes, Montaigne écrivait que la plus grande sagesse est d'abandonner la distribution de ses biens aux usages de son pays. Selon lui, il valait mieux laisser la loi prendre

⁶ MAZEAUD H., J. et L. par L. et S. LEVENEUR, *Leçons de droit civil*, t. IV, IIe volume, 5 éd. Montchrestien, 1999.

⁷ Arrêt Lavalie : Cass., 27 novembre 1863 : D. 1864.1.5, note BRÉSILLION ; S.1863.1.513.

⁸ VIALLETON, « Les legs faits aux réservataires et l'attribution de la réserve », *RTD Civ.* 1940-1941, p. 5.

⁹ GRIMALDI M., *op. cit.*, p. 275, n° 279.

¹⁰ KONDYLI I., *La protection de la famille par la réserve héréditaire en droit français et grec comparé*, thèse Paris, 1993.

¹¹ Il s'agit de la renonciation anticipée à l'action en réduction qui sera étudiée *supra*.

le risque de se tromper dans ses choix que de courir nous-mêmes celui de nous tromper dans les nôtres¹². Chaque loi sur les successions, que ce soit lors de l'élaboration du Code civil ou lors des débats précédant la loi du 23 juin 2006, ravive les tensions entre les défenseurs de la réserve et ceux qui préconisent sa suppression. Pourtant, la réserve, comme part de succession réservée à certains enfants, existe depuis des temps immémoriaux. L'illustration la plus ancienne que l'on en connaisse se trouve dans l'Ancien Testament lorsqu'Esau vendit son droit d'aînesse à Jacob, son frère puîné¹³.

4. Des pressions internes - L'argument principal des détracteurs de la réserve est d'ordre économique : la réserve entraverait la libre circulation des biens en empêchant le *de cuius* de disposer librement de sa succession. En outre, la transformation de la société rendrait inutile la réserve. En effet, alors qu'au XVIII^e siècle, on héritait à 14 ans en moyenne, aujourd'hui, l'âge moyen auquel on reçoit la succession de son auteur se situe à 50 ans¹⁴. Jadis, la succession permettait de s'établir alors que de nos jours, elle n'a plus cette utilité puisque l'on hérite à l'orée de sa retraite, à un âge où l'on est, en règle générale, marié, propriétaire de sa résidence principale et auquel les enfants ont terminé leurs études. La réserve a-t-elle encore une utilité alors que la distribution des biens du défunt n'aura que peu de conséquences pour le réservataire ?

¹² MONTAIGNE, *Essais*, Livre II, chapitre VIII cité par GRIMALDI M., Rapport de synthèse des Travaux de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, *Les successions, Journées Roumaines*, Tome LX, éd. Bruylant et LB2V, 2010, p. 20.

¹³ Bible, Genèse 25, verset 29 à 34 : « Or, comme Jacob cuisait du potage, Ésaü vint des champs, et il était las. Et Ésaü dit à Jacob : Donne-moi donc à manger de ce roux, de ce roux-là; car je suis très fatigué. C'est pour cela qu'on l'appela Édom. Mais Jacob dit : Vends-moi d'abord ton droit d'aînesse. Et Ésaü dit : Voici, je m'en vais mourir; à quoi me sert le droit d'aînesse? Et Jacob dit : Jure-moi d'abord. Et il lui jura; ainsi il vendit son droit d'aînesse à Jacob. Et Jacob donna à Ésaü du pain et du potage de lentilles; et il mangea, et but; puis il se leva et s'en alla. Ainsi Ésaü méprisa le droit d'aînesse. »

¹⁴ INSEE, *Successions et donations en 1994*
http://www.insee.fr/fr/themes/document.asp?ref_id=ip521

Selon ses défenseurs, la réserve héréditaire poursuit pourtant un triple objectif : garantir la solidarité familiale, protéger les enfants contre un risque d'abus d'autorité de leur parent et enfin maintenir certains biens dans la famille.

Tout d'abord, la réserve garantit la solidarité familiale en prolongeant dans la succession, l'obligation alimentaire. Cette obligation se caractériserait par des aliments du vivant de la personne et un droit sur sa succession à son décès. Cette solidarité imposée par la réserve soulagerait ainsi la solidarité nationale. Toutefois, contrairement à l'obligation alimentaire du vivant, la réserve n'est en rien subordonnée à l'état de besoin du réservataire ce qui la distingue de l'obligation alimentaire.

Ensuite, la réserve protège les enfants contre un risque d'abus d'autorité de leurs ascendants. La liberté de déshériter peut constituer une menace, un instrument de tyrannie domestique. Mais on pourrait opposer à cet argument que cela encouragerait l'ingratitude du réservataire¹⁵. La réserve oblige également à conserver une égalité minimale entre les héritiers réservataires puisque seule l'attribution de la quotité disponible permet d'avantager l'un d'eux. Or, la fraternité est toujours mêlée de rivalité et il paraît préférable de priver le *de cuius* de la liberté d'avantager un de ses enfants plutôt qu'un autre¹⁶.

Enfin, la réserve peut permettre de garantir le maintien de certains biens dans la famille puisqu'elle est une part des biens successoraux.

¹⁵ GRIMALDI M., *op. cit.*, p. 281, n° 285.

¹⁶ GRIMALDI M., *op. cit.*, p. 282, n° 286.

La loi du 23 juin 2006 a pourtant sensiblement modifié la réserve, « *restreignant son domaine, diminuant sa force et altérant sa nature*¹⁷ ». Cette loi avait vocation à apaiser les familles, rajeunir l'économie et simplifier les règles successorales¹⁸ en accordant la liberté au *de cuius* d'anticiper sa succession. Pour cela, elle a renforcé le pouvoir de disposer du *de cuius*. Les apports majeurs de la loi du 23 juin 2006 portant sur la réserve sont les suivants : elle modifie tout d'abord les bénéficiaires de la réserve puisque les ascendants ne sont plus héritiers réservataires tandis que le conjoint survivant devient réservataire en l'absence de descendants du défunt. La loi du 23 juin 2006 généralise également la réduction en valeur faisant ainsi disparaître la vocation au maintien des biens dans la famille de la réserve. Elle crée un nouveau pacte sur succession future autorisant un héritier réservataire à renoncer, avant le décès du *de cuius*, à exercer son action en réduction. Enfin, elle permet désormais de priver ses réservataires de la gestion de la réserve après son décès. Ces nouveaux mécanismes ont vocation à faciliter la transmission du patrimoine du défunt par anticipation, notamment des entreprises ou dans les familles recomposées. Dans cette réforme, la succession est envisagée comme un prolongement du droit de propriété. C'est pourquoi la volonté du propriétaire y est prédominante¹⁹.

Cette loi a donné lieu à d'abondantes critiques doctrinales, certains auteurs évoquant un recul certain de la réserve²⁰.

¹⁷ CATALA P., « prospectives et perspectives en droit successoral », *JCP N* 2007, 1206 ; CÉNAC P., PEYROUX C., « La mort de la réserve héréditaire ? », *JCP N* 2011, 1092 ; BRENNER C., « Le nouveau visage de la réserve héréditaire », *RRJ* 2008, 33 ; MALAURIE P., BRENNER C., *Les successions, les libéralités*, 6^{ème} éd. LGDJ, 2014, p. 384, § 717 ; TERRÉ F., LEQUETTE Y., GAUDEMET S., *Les successions, les libéralités*, 4^{ème} éd. Dalloz, 2013, p. 623, § 704.

¹⁸ FORGEARD M.-C., CRONE R. et GELOT B., *Le nouveau droit des successions et des libéralités : loi du 23 juin 2006*, éd. Defrénois, 2007, p. IX.

¹⁹ LEROYER A.-M., *Droit des successions*, 3^{ème} éd. Dalloz, 2014, p. 16.

²⁰ MALAURIE P., BRENNER C., *Les successions – Les libéralités*, 6^{ème} éd. LGDJ, 2014, p. 21, § 22 ; LEROYER A.-M., *op. cit.*, p. 383, n° 472 ; WICKER G., « Le nouveau droit des libéralités : entre évolution, révolution et contre-révolution », *Dr. et Pat.* 2007, p. 74 ; CATALA P., « Prospectives et perspectives en droit successoral », *JCP N* 2007, 1206 et « La loi du 23 juin 2006 et les colonnes du temple », *Dr. Fam.* 2006, 43 ; CÉNAC P., PEYROUX C., « La mort de la réserve héréditaire ? », *JCP N* 2011, 1092

5. **Des pressions externes** – La réserve connaît également des pressions externes. L'existence même de la réserve constitue un point d'opposition entre les pays du *common law* qui l'ignorent et les pays civilistes qui la connaissent. Si la liberté testamentaire est prônée dans notre pays, c'est comme conséquence du libéralisme économique apporté par la culture anglo-saxonne²¹. Or, le contenu de notre ordre public successoral est issu d'une tradition juridique très ancienne venant du droit romain alors que les pays de *common law* n'ont aucun mécanisme similaire. En Grande-Bretagne et dans les provinces anglaises du Canada, la liberté de tester est absolue. Toutefois, même si la loi ne comporte aucune limite à la liberté de tester, la famille du testateur peut demander au juge de lui octroyer une créance alimentaire dans les provinces anglaises du Canada²². La Grande-Bretagne prévoit, elle aussi, la continuation du devoir d'entretien familial du défunt envers certaines personnes²³. Toutefois, celle-ci est également soumise à une décision judiciaire.

L'antagonisme portant sur la réserve existant entre les pays de *common law* et les pays civilistes est particulièrement problématique lorsque leurs citoyens choisissent de s'installer ou d'acquérir des biens dans un autre pays. Un anglais ayant

²¹ CARBONNIER J., CATALA P., DE SAINT AFFRIQUE J., MORIN G., *Des libéralités, une offre de loi*, éd. Deffrénois, 2003, p. 8.

²² Toutefois, cette liberté de tester absolue est limitée par la créance alimentaire de la famille du testateur conformément aux lois suivantes : Alberta, *Dependents' Relief Act* (RSA 2000, c. D-10.5). – Colombie britannique, *Wills Variation Act* (RSCB 1996, c. 490). – Île du Prince-Édouard, *Dependants of a Deceased Person Relief Act* (RSPEI 1988, C. D-7). – Manitoba, *Loi sur l'aide aux personnes à charge* (LM 1989-90, c. 42, LRM, c. D-37). – Nouveau-Brunswick, *Loi sur la provision pour personnes à charges* (LRNB 1973, c. P.22-3). – Nouvelle-Écosse, *Testators' Family Maintenance Act*, RSNS 1989, c. 465. – Ontario, *Loi portant réforme du droit des successions* (LRO 1991, c. S-26). – Saskatchewan, *The Dependants Relief Act* (, 1996 (SS 1996, c. D-25.01). – Terre-Neuve, *The Family Relief Act* (RSN 1990, c. F-3). – Territoires du Nord-Ouest, *Loi sur l'aide aux personnes à charge* (LRTNO 1988, c. D-4). – Territoire du Yukon, *Loi sur l'aide aux personnes à charge* (LRY 2002, c. 56).

Cités par GROFFIER E., *Juris-classeur notarial répertoire - droit comparé, V° Canada Provinces anglophones* – *Filiation. Adoption. Tutelle. Successions*, 2008, § 104 et 105.

acheté une maison en France peut trouver particulièrement malvenu de ne pouvoir léguer sa maison à la personne de son choix alors que la loi de son pays l'y autorise. Cet antagonisme et la volonté de simplifier les règlements successoraux internationaux a entraîné un affaiblissement de la réserve héréditaire en droit international privé.

Tout d'abord, le droit de prélèvement, institué par la loi du 14 juillet 1819²⁴, qui excluait la règle de conflit française en créant un privilège de nationalité au profit des cohéritiers français, a été déclaré contraire à la constitution²⁵. Le droit de prélèvement permettait d'indemniser les cohéritiers français des exclusions résultant de dispositions testamentaires ou des donations entre vifs valables à l'étranger mais excédant la réserve héréditaire française²⁶. L'héritier français pouvait ainsi, grâce au prélèvement, restaurer sa réserve héréditaire en prélevant des biens situés en France. Le Conseil constitutionnel a considéré que le droit de prélèvement consacrait une discrimination fondée sur la seule nationalité française et qu'il ne respectait pas les principes d'égalité des ressortissants européens et les exigences de la Convention européenne des droits de l'homme.

Ensuite, le nouveau Règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen dit

²³ Elle est uniquement tempérée au profit des proches du testateur se trouvant dans une situation de dépendance conformément à la loi pour *l'Inheritance (provisions for Family and dependants)* de 1975. BROWN, WESTON, *Juris-Classeur Notarial Répertoire - droit comparé, V° Grande-Bretagne.- Droit anglais – Donations, successions, trusts, droit international privé*, 2008, § 35.

²⁴ Cet article dispose : « dans le cas de partage d'une même succession entre cohéritiers étrangers et français, ceux-ci prélèvent sur les biens situés en France une portion égale à la valeur des biens situés en pays étrangers dont ils seraient exclus à quelque titre que ce soit en vertu des lois et coutumes locales. » Cette loi, qui fait suite à la règle issue de la révolution selon laquelle un étranger n'est admis à succéder en France que si un français peut succéder dans son pays, avait pour but de rétablir l'égalité rompue par une loi étrangère discriminatoire : AUDIT B., *Droit international privé*, 5^{ème} éd. Economica, 2008, p. 756, n° 899.

²⁵ Conseil constitutionnel, 5 août 2011, n° 2011-159, QPC, *Deffrénois* 2011, 40097, note REVILLARD M. ; *JDI* 2012, 7, note GODECHOT-PATRIS S.

« Règlement Successions²⁷ » qui vient d’entrer en vigueur dans vingt-cinq pays de l’union européenne porte un nouveau coup à la réserve héréditaire²⁸. Son but est d’unifier les règles de conflits entre les États-membres²⁹ afin d’éviter les conflits de lois en donnant la possibilité de choisir la loi applicable à sa succession et de favoriser les pactes successoraux. Ce règlement, en permettant de choisir la loi applicable à sa succession pourrait-il permettre d’écarter la loi française et la réserve héréditaire ? L’élaboration du règlement a fait l’objet d’intenses débats quant à la possibilité pour le juge d’écarter une loi méconnaissant la réserve héréditaire. Toutefois, cette disposition n’a pas été introduite dans le règlement, à l’inverse de l’exception à l’ordre public du for³⁰. Les auteurs se divisent désormais sur la question de savoir si la réserve fait toujours partie de l’ordre public international³¹ et si le juge pourrait alors écarter la loi étrangère qui méconnaît la réserve³². En outre, certains auteurs évoquent l’idée que le « Règlement Successions » tendrait vers

²⁶ Cass. Civ., 29 décembre 1856 : DP 1856, 1, p. 475.

²⁷ Règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012.

²⁸ Son but est de « faciliter le bon fonctionnement du marché intérieur en supprimant les entraves à la libre circulation des personnes confrontées aujourd’hui à des difficultés pour faire valoir leurs droits dans le contexte d’une succession ayant des incidences transfrontalières. Dans l’espace européen de justice, les citoyens doivent être en mesure d’organiser à l’avance leur succession. »

²⁹ A l’exception du Royaume-Uni, Danemark et Irlande.

³⁰ Article 35 du Règlement Successions.

³¹ L’ordre public international est défini comme les « principes de justice universelle considérés dans l’opinion française comme doués de valeur internationale absolue. » : Cass. Civ., 25 mai 1948, Lautour, *Rev. crit. DIP* 1949, p. 89, note BATIFFOL ; D. 1948, p. 357, note LEREBOURS-PIGEONNIÈRE.

³² Auteurs estimant que la réserve héréditaire ne relève pas de l’ordre public international : REVILLARD M., *Droit international privé et communautaire : pratique notariale*, éd. Defrénois, 7^e éd., 2010, p. 393, n° 716 ; BUREAU D. et MUIR WATT H., *Droit international privé*, t. 1, éd. PUF, 2014, n° 843 ; LAGARDE P., « Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions », *Rev. crit. DIP* 2012, p. 691.

Auteurs estimant que la réserve héréditaire fait partie de l’ordre public international : AUDIT B., D’AVOUT L., *Droit international privé*, 7^e éd. Economica, 2013, p. 904, n°1014 ; GRIMALDI M., « Brèves réflexions sur l’ordre public et la réserve héréditaire », *Defrénois*, 2012, p. 15-16 ; GODECHOT-PATRIS S., *Successions internationales en France*, Travaux de l’Association Henri Capitant, t. LX/2010, p. 673 et s.

l'unification du droit successoral européen et la disparition de la réserve héréditaire³³.

6. L'opportunité et les fonctions de la réserve - Ces pressions internes et externes conduisent à s'interroger sur l'opportunité de la réserve. Dans cette période de libéralisation économique et de contractualisation du droit, doit-on limiter la liberté de disposer à titre gratuit alors que rien ne limite la liberté de disposer à titre onéreux ? Comment peut-on expliquer cet attachement à la réserve ? Afin d'éclairer cette question, il est nécessaire de se demander si la réserve a toujours une utilité ou si, comme certains le pensent, elle n'est qu'un frein à la liberté de disposer. Or, le seul moyen de comprendre son utilité est de s'interroger sur ses fonctions et de répondre à la question de sa raison d'être, en étudiant pourquoi le peuple de France a ressenti le besoin de limiter la liberté de disposer de ses biens à titre gratuit. Mais « *Si les juristes sont volontiers disert sur des points techniques, ils le sont beaucoup moins lorsqu'il s'agit d'expliquer les fondements de notre institution* »³⁴. Or, les études sur les fonctions du droit successoral et encore plus de la réserve sont rares³⁵. Ainsi, notre étude doit s'élever au dessus de la technique successorale pour tenter de déterminer les raisons permettant d'expliquer la longévité de la réserve par ses fonctions. En outre, leur détermination permet ensuite de les confronter avec le droit contemporain pour mettre au jour les imperfections du droit au regard de ces fonctions.

³³ Michel FARGE l'évoque en prenant pour exemple la convention de la Haye et l'immutabilité des régimes matrimoniaux. Toutefois, à notre avis, on peut difficilement comparer l'immutabilité des régimes matrimoniaux et la réserve. Cf. FARGE, « Règlement successions : les nouveaux réflexes à acquérir », *JCP N* 2015, 1143.

³⁴ PEGUERA-POCH M., *Aux origines de la réserve héréditaire du Code civil : la légitime en pays de coutumes (XVI^e – XVIII^e siècles)*, éd. P. U. A. M, 2009, p. 17.

³⁵ Nous n'avons relevé que deux thèses depuis la seconde Guerre Mondiale: la thèse de Ioanna KONDYLI sur *La protection de la famille par la réserve héréditaire en droits français et grec comparé* (éd. L. G. D. J, 1997) ou encore la thèse de Danielle PERNEY sur *la nature juridique de la réserve héréditaire* (thèse Nice, 1976).

7. **La définition de fonction** – « *Un phénomène juridique sans fonction n'a aucune raison d'être*³⁶ » Le terme fonction vient du latin *functio* qui signifie « *accomplissement, exécution* » et *functum* qui signifie « *s'acquitter, s'accomplir* »³⁷. Originellement, il désigne l'exercice d'une charge puis il s'étend aux choses pour signifier « *rôle actif caractéristique dans un ensemble.* »

La notion de fonction en droit prend toutefois une acception différente. Sa fonction est dite sociale et elle permet de démontrer que le droit en cause poursuit un but d'intérêt général³⁸ et est au « *service d'un but supérieur et commun*³⁹. »

Les premiers auteurs à avoir théorisé la fonction d'un droit se sont intéressés au droit de propriété. Issue des travaux d'Auguste Comte, l'idée de fonction sociale de la propriété a été reprise par Léon Duguit : « *La propriété n'est pas un droit ; elle est une fonction sociale ; tant qu'il remplit cette mission, ses actes de propriétaires sont protégés. S'il ne la remplit pas, ou la remplit mal, ... l'intervention des gouvernants est légitime pour le contraindre à remplir ses fonctions sociales de propriétaires qui consistent à assurer l'emploi des richesses qu'il détient conformément à leur destination*⁴⁰. » Cette thèse a fortement inspiré les juristes leur permettant de développer la théorie de l'abus de droit. Jossérand définit ainsi la fonction sociale comme « *tout droit a une fonction dont son titulaire ne peut s'évader qu'en commettant un délit qui a un nom : l'abus de droit*⁴¹ ». La fonction sociale d'un droit

³⁶ LAMÈTHE, « Réflexions sur la signature », *Gaz. Pal.* 1976, I, doct. p. 74 citée par AUDIC, *Les fonctions du document en droit privé*, éd. LGDJ, 2004, p. 31, § 21.

³⁷ REY, *Dictionnaire historique de la langue française*, éd. Le Robert, 2010.

³⁸ BASIRE Y., *Les fonctions de la marque : essais sur la cohérence du régime juridique d'un signe distinctif*, éd. LexisNexis, 2014, p. 13, § 20.

³⁹ CORNU G. (dir.), Association H. CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, 10^{ème} éd. P.U.F. coll. *Quadrige*, 2014, V° *Fonction*.

⁴⁰ DUGUIT, *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, 2^{ème} éd. 1920 cité par BERGEL J.-L., BRUSCHI M., CIMAMONTI S., *Les Biens*, 2^{ème} éd. LGDJ, 2010, p. 86, § 77.

⁴¹ JOSSERAND L., *De l'esprit des droits et de leur relativité – Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 2006, n° 237.

justifierait l'existence de celui-ci dès lors que le droit satisferait à un but d'intérêt général, mais servirait également à le limiter lorsqu'il serait exercé au delà de cette fonction.

La Cour de justice des communautés européennes semble également s'inspirer de cette thèse puisqu'elle précise que « *les droits fondamentaux, notamment le droit de propriété, n'apparaissent pas comme des prérogatives absolues mais doivent être pris en considération par rapport à leur fonction dans la société. Il s'ensuit que des restrictions répondent à des objectifs d'intérêt général et ne constituent pas, au regard du but poursuivi, une intervention démesurée intolérable qui porterait atteinte à la substance même du droit garanti*⁴². »

L'idée de fonction sociale se rapproche également de celle de notion fonctionnelle. En droit administratif, le doyen Vedel a opposé les notions conceptuelles des notions fonctionnelles. Les notions conceptuelles seraient celles dont le contenu est précisément déterminé et qui se caractérisent par leur relative stabilité. Alors qu'à l'inverse, les notions fonctionnelles « *procéderaient directement d'une fonction qui leur confère seule une véritable unité.* » Ainsi, les notions fonctionnelles sont évolutives et s'enrichissent de « *l'imprévu du futur*⁴³. »

En droit de la famille, cette théorie fonctionnaliste trouve aussi écho depuis peu. Dans la relation familiale, l'usage des prérogatives individuelles doit être conforme à l'intérêt du groupe ou des individus composant ce groupe. Des éléments de fonctionnalisation sont ainsi apparus dans la notion « d'intérêt de la famille » ou encore « d'intérêt de l'enfant ». Cette théorie transparaît également dans les obligations alimentaires : bien que disposant d'un pouvoir absolu de propriété sur ses

⁴² CJCE, 22 octobre 1991, Georg Von Detzen C/ Hauptzollamt Oldenbourg, aff. C 44/89, Bull. CJCE n° 18-1, p. 2.

⁴³ VEDEL G., « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », JCP 1050, I, 851.

biens, on ne peut se soustraire à l'obligation de subvenir aux besoins de ses proches⁴⁴.

8. Intérêt de l'étude historique de la réserve – Pour procéder à l'étude des fonctions de la réserve, on pourrait être tenté de n'étudier que le droit successoral contemporain et ses récentes réformes. Toutefois, cette étude ne serait pas satisfaisante. On constate à la lecture des travaux préparatoires des lois du 3 décembre 2001 et 23 juin 2006 qu'il est très difficile de trouver des principes directeurs dans ces travaux, autres que des principes purement opportunistes⁴⁵. Une législation nouvelle ne se crée pas de toute pièce⁴⁶. Il est nécessaire de tenir compte des traditions du peuple pour lequel on légifère car « *Il a toujours été difficile de découper l'histoire en périodes... En fait souvent les périodes s'emboîtent les unes dans les autres, et le futur traînera longtemps des paillettes du passé. C'est vrai en général, mais davantage encore quand le droit est en cause.*⁴⁷ » L'histoire nous l'a déjà démontré puisque la législation révolutionnaire, dont les idéaux étaient très éloignés des traditions du peuple⁴⁸, a été remplacée à peine promulguée⁴⁹. En matière d'institution juridique, il vaut mieux continuer que recommencer⁵⁰. Il est nécessaire de rapprocher le présent de la réserve de son passé afin d'en

⁴⁴ DEBORDEAUX D. et STROBEL P., *Les solidarités familiales en question – Entraide et transmission*, éd. LGDJ, 2002, p. 227.

⁴⁵ VALLIER E., *Le fondement du droit successoral en droit français*, thèse Paris, 1902, p. 2, § 1.

⁴⁶ Rapport de CAMBACÉRÈS, FENET, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, t. I, éd. Au dépôt, 1827, t. I, p. 10.

⁴⁷ CARBONNIER J., *introduction à Droit et passion du droit sous la Ve République*, Paris, 1996, p. 7.

⁴⁸ « *Les Français avaient eu alors le tort de vouloir couper pour ainsi dire en deux leur destinée et séparer par un abîme ce qu'ils avaient été jusque-là de ce qu'ils voulaient être désormais.* » TOCQUEVILLE, *L'ancien régime et la Révolution*, Avant-propos, cité par VALLIER E., *op. cit.*, p. 2, note (2).

⁴⁹ VALLIER E., *op. cit.*, p. 2, § 2.

⁵⁰ FENET, *op. cit.*, t. I, p. 481 « *Il est utile de conserver tout ce qu'il n'est pas nécessaire de détruire ; les lois doivent ménager les habitudes quand ces habitudes ne sont pas des vices. On raisonne trop souvent comme si le genre humain finissait et commençait à chaque instant sans aucune sorte de communication entre une génération et celle qui la remplace. Les générations en se succédant se mêlent, s'entrelacent et se confondent. Un législateur isolerait ses institutions de tout ce qui peut les naturaliser sur la terre s'il n'observait avec soin les rapports naturels qui lient plus ou moins le présent au passé et l'avenir au présent.* »

accroître la compréhension et de mesurer son importance dans notre droit.
« D'en restaurer la plénitude du sens pour mieux prévenir toutes remises en cause infondées et en assurer toutes adaptations fidèles qui seraient indispensables⁵¹. »

Toutefois, l'histoire de la réserve héréditaire ne sera envisagée dans cette thèse que pour permettre de dégager les fonctions primitives et contemporaines de la réserve héréditaire.

9. Intérêt d'étudier d'autres mécanismes protégeant la réserve - Une seconde difficulté se profile. L'étude des fonctions de la réserve ne pourrait être complète si on ne se bornait qu'à étudier la réserve héréditaire. En effet, l'étude historique nous démontre que la réserve n'a pas toujours eu la forme qu'on lui connaît. D'autres institutions ont pu poursuivre le même but, soit restreindre la liberté de disposer de son patrimoine à titre gratuit. On peut citer, pour exemple, le droit d'aînesse présent dans le droit coutumier ou encore la prohibition des pactes sur succession future du droit romain et du Code civil. Ainsi, le postulat que nous retiendrons est celui de prendre en compte les mécanismes limitant la liberté de disposer et permettant de protéger la réserve héréditaire.

10. Plan - De tout temps, la réserve héréditaire a eu deux fonctions principales : une fonction politique et une fonction alimentaire. Ces deux fonctions s'expliquent par le fait que le droit successoral est à la croisée des chemins entre la propriété et la famille, la réserve héréditaire doit par conséquent s'attacher à ces deux matières. La première fonction dégagée est une fonction politique. On entend par politique, la fonction qui a pour but d'instaurer un « ordre politique » « *politeuma* ». La loi a alors pour but

⁵¹ *La transmission*, 108^e congrès des notaires, Montpellier 2012, éd. Association congrès des Notaires de France, p. XIII.

d'instaurer la paix sociale et d'affermir le régime de la cité⁵². La réserve est, en ce cas, un instrument permettant d'atteindre des objectifs politiques et économiques⁵³ et d'assurer la continuité de la société, de son système de valeurs, la continuité de l'image qu'elle se fait d'elle-même⁵⁴. Cette fonction politique n'a pas toujours poursuivi le même but. Primitivement, elle a eu une fonction de conservation dans les familles permettant de concentrer les biens dans certaines mains dans le droit coutumier puis une fonction de maintien de l'égalité et de dispersion des biens entre les réservataires lors de la promulgation du Code civil. Dans le droit contemporain, cette fonction d'égalité tend à s'effacer au profit de la liberté individuelle du *de cuius* (Première Partie).

La seconde fonction de la réserve est une fonction sociale de protection de la famille. Cette fonction a eu deux visages. Tout d'abord, la réserve permettait de promouvoir un modèle familial. Ce modèle est à l'origine un modèle patriarcal en droit romain et dans le Code civil. La transformation de la société holiste en une société individualiste tend à adapter la réserve à la famille contemporaine nucléaire composée d'un couple marié et de ses enfants.

La seconde fonction sociale remplie par la réserve, de tout temps, est une fonction alimentaire. En effet, la liberté testamentaire doit être soumise à certaines règles morales l'engageant à veiller à l'existence et au bien-être de la génération suivante⁵⁵. La loi doit alors faire respecter ce qui paraît conforme à l'ordre social en évitant « *les défaillances de l'intelligence et du cœur* »⁵⁶. Découverte en droit romain par la légitime, elle est basée sur le devoir de piété ou devoir d'assurer une subsistance à

⁵² GAUDEMET J., *Les naissances du droit, le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, 3^{ème} éd. Montchrestien, 2001, p. 76.

⁵³ KONDYLIS., *op. cit.*, p. 25.

⁵⁴ CARBONNIER J., *Sociologie du droit des successions*, 1963-1964, p. 114

⁵⁵ BROCHER C., *Etude historique et philosophique sur la légitime et les réserves en matière de succession héréditaire*, éd. Ernest Thorin, 1868, p. 332.

⁵⁶ BROCHER C., *op. cit.*, p. 339.

son héritier après sa mort. Présente en droit coutumier, cette fonction a également fondé la réserve du Code civil. Cette fonction tend à prendre de l'importance dans la réserve en droit contemporain (Seconde Partie).

Première Partie : La réserve et la société : la fonction politique de la réserve.

Seconde Partie : La réserve et la famille : la fonction sociale de la réserve.

Première partie – la réserve et la société : la fonction politique de la réserve

11. Plan - La première fonction que l'on assigne à la réserve est une fonction politique au sens grec du terme : la réserve joue un rôle dans l'organisation de la cité en permettant d'affermir le pouvoir. Ce rôle politique a de tout temps existé mais sa finalité n'a pas toujours été la même. La réserve a dû évoluer en poursuivant des objectifs différents.

Dans les premiers temps, la réserve a été utilisée comme un moyen de regrouper les biens afin de concentrer les pouvoirs (Titre premier). Dans un second temps, à l'inverse, la réserve est devenue un moyen de disperser les biens pour assurer l'égalité entre les individus (Titre second).

Titre I – La réserve, un moyen de regrouper les biens pour favoriser la concentration des pouvoirs

12. Plan - Historiquement, le premier rôle politique assigné à la réserve était de conserver les biens familiaux dans l'optique de concentrer les pouvoirs.

La concentration des biens dans la famille existait déjà en droit romain primitif et en droit barbare sous la forme d'une copropriété familiale⁵⁷. Elle a, toutefois, réellement pris son essor dans le droit coutumier français puisque la conservation des biens dans la famille permettait de concentrer les pouvoirs dans les mains de l'aîné mâle en gardant des familles aristocrates et paysannes au patrimoine important. Plus tard, au XVI^e siècle, la richesse des familles devint le meilleur soutien à la monarchie absolue et le fondement se modifia au profit de la conservation des biens dans la famille afin de lui assurer stabilité et éclat⁵⁸. (Chapitre I).

La Révolution a choisi de balayer la législation successorale coutumière⁵⁹ en raison des inégalités engendrées par la concentration des biens dans les mains de l'aîné au détriment des puînés et des filles. Pourtant, l'idée de conservation des biens dans la famille n'a pas totalement disparu dans le droit contemporain. En effet, la conservation des biens dans la famille ne joue plus qu'un rôle résiduel dans le droit des successions puisqu'elle n'est présente que dans les droits de retour de l'adopté simple, des collatéraux privilégiés et des père et mère. (Chapitre II).

⁵⁷ Cf. *supra* n° 239 et suiv.

⁵⁸ LAPLANCHE J., *La réserve coutumière dans l'ancien droit français*, thèse Paris, 1925, p. 273 ; BROCHER C., *Etude historique et philosophique sur la légitime et les réserves en matière de succession héréditaire*, éd. Ernest Thorin, 1868, p. 222.

⁵⁹ Cf. *supra* n° 73 et suiv.

Chapitre I – La protection des patrimoines grâce à la conservation des biens au sein des familles en droit coutumier

13. Plan - La conservation des biens dans la famille prend sa source dans la copropriété familiale de droit germanique dans laquelle le chef n'est que détenteur des biens tandis que la famille en est la propriétaire. Par la suite, pendant la période féodale, les pouvoirs politiques sont divisés entre le roi, dont les pouvoirs sont retraits et les seigneurs dont ils deviennent la propriété privée. Cela a pour effet de rendre les fiefs héréditaires. L'importance de la terre à laquelle sont attachés les pouvoirs a contribué à créer les successions d'acquêts, de propres et de biens nobles du droit coutumier (Section I). Le droit successoral coutumier s'est construit en fonction des biens à protéger : tout d'abord, il a favorisé la conservation des biens propres dans la famille grâce à la réserve coutumière, puis, la concentration des biens nobles dans les mains du fils aîné grâce aux droits d'aînesse et de masculinité (Section II). Les acquêts, en revanche, n'ont pas vocation à être protégés.

La succession contractuelle joue également un rôle fondamental dans la conservation des biens dans la famille puisque les pactes sur succession future sont fréquemment usités pour assurer la transmission des biens au fils aîné et concentrer ainsi les biens familiaux (Section III). Cette section sera consacrée à l'étude du droit français à compter du Moyen-Âge et jusqu'à la Révolution. Nous ne nous intéresserons qu'au droit coutumier puisque le droit écrit est issu du droit romain et par conséquent, utilise le testament et ne connaît pas la distinction entre les biens propres et acquêts du droit coutumier.

Section I - L'origine de la conservation des biens dans la famille

14. Plan - La conservation des biens dans la famille est un des piliers du droit coutumier. Le droit coutumier s'est bâti sur les ruines de la copropriété familiale des germains puis de la féodalité.

15. Présentation de la succession germanique - Les germains qui envahissent la Gaule romaine au V^e siècle ont un niveau de civilisation assez primitif⁶⁰. Leur droit est formé de coutumes.

Le groupe familial germanique est conçu comme une sorte de confédération militaire reposant sur la distinction entre deux groupes de personnes : ceux capables de porter des armes et ceux qui ne le sont pas. Les premiers sont chargés de la direction du groupement car eux seuls sont capables de protéger et de défendre l'ensemble de la famille. Le chef est avant tout un conducteur d'hommes liés à lui par une libre adhésion et fidélité. Tous les hommes d'armes de la famille sont munis de droits effectifs⁶¹. Il existe une solidarité très forte entre membres de la même famille barbare entraînant des obligations de protection et de vengeance mutuelle. La solidarité entraîne aussi des droits sur la succession. C'est le lien de sang qui constitue le lien de parenté et les parents maternels sont liés de la même façon que les parents paternels⁶². La dévolution successorale est nécessairement *ab intestat*. Les biens sont détenus par copropriété familiale entre les parents et celle-ci s'oppose à toute aliénation ou disposition émanant du seul chef de famille, puisqu'il n'est que détenteur des biens de la famille et non leur propriétaire exclusif⁶³. Le caprice d'un chef ne peut s'exercer sur le patrimoine collectif pour en disposer autrement que ce

⁶⁰ Leur niveau de civilisation est analogue à celui des romains à l'époque de la loi des Douze tables : LEPOINTE G., *Droit romain et ancien droit français – Régimes matrimoniaux, libéralités, successions*, éd. Montchrétien, 1958, p. 133, n° 258 et suiv.

⁶¹ LEPOINTE G., *ibidem*, 1958, p. 133, n° 258 et suiv.

⁶² Alors que dans le système agnatique de droit romain, la dévolution repose sur les mâles.

que prévoit la coutume. En outre, on observe dans les mœurs des germains un sentiment très marqué de devoir envers les proches détournant toute pensée de les priver des biens, en mourant. Seul le lien de famille, le lien de sang peut faire un héritier⁶⁴. Le fondement de la succession barbare est par conséquent le lien de sang dans les deux lignes paternelle et maternelle. En revanche, il n'y a pas une succession mais plusieurs puisqu'en droit germanique, il n'y a pas d'unité du patrimoine, contrairement au droit romain, ni même de continuation du *de cuius* par son héritier⁶⁵. La succession germanique distingue la succession aux acquêts qui sont les successions de droit commun et la succession à la terre venant de la famille⁶⁶ dont les femmes sont exclues⁶⁷.

Nous savons également, grâce au témoignage de Tacite, que les germains du II^e siècle ne connaissent pas le testament⁶⁸ jusque dans la *lex Emendata* au temps de Charlemagne⁶⁹. Seules les transmissions entre vifs sont possibles sous des formes qui n'ont pas traversé les âges. Ainsi, l'affatomie⁷⁰ dans les lois salique et ripuaire

⁶³ LEPOINTE G., *Droit romain et ancien droit français – Régimes matrimoniaux, libéralités, successions*, éd. Montchrétien, 1958, p. 133, n° 258 et suiv.

Contra cette idée de copropriété familiale, voir LEFÈBVRE C., *Cours de doctorat sur l'histoire du droit civil français, L'ancien droit des successions*, première partie, Recueil Sirey, 1912, p. 17-18. Selon le professeur Lefèbvre, on n'observe pas de coutume germanique empêchant la vente des biens. Seul un sentiment marqué de devoir envers ses proches empêche la libre disposition des biens. Cela ne serait pas suffisant à fonder une véritable copropriété familiale.

⁶⁴ LEFÈBVRE C., *ibidem*, p. 20.

⁶⁵ LEPOINTE G., *op. cit.* p. 168 et suiv. § 316 et suiv.

⁶⁶ On appelle la terre : Alode, *terra aviatica* ou *terra salica*.

⁶⁷ Pour une étude des différentes coutumes successorales barbares, voir LEPOINTE G., *op. cit.* p. 170 et suiv. § 320 et suiv.

⁶⁸ « *Heredes tamen successorisque sui cuique liberi et nullum testamentum.* » TACITE, *de Moribus Germanorum*, n° 20 traduit par « *cependant, ce sont les enfants qui héritent, et jamais on ne fait de testament* » cité par AUBENAS R., *Cours d'histoire du droit privé – Anciens pays de droit écrit, t.III – Testaments et successions dans les anciens pays de droit écrit au Moyen-Âge et sous l'ancien régime*, éd. la pensée universitaire, 1954, p. 9.

⁶⁹ LEFÈBVRE C., *op. cit.*, p. 19.

⁷⁰ L'affatomie est un mode de disposition solennel qui fait intervenir un tiers, le *salmann*, entre le disposant et le bénéficiaire. Tout d'abord, le disposant se rend au *mallum* (tribunal, assemblée) et il fait passer au pouvoir du *salmann* les biens dont il veut disposer en jetant la *festuca* (fêtu de paille ou de bois) et en déclarant en même temps les noms des bénéficiaires. Ensuite, le *salmann* s'installe chez le disposant, y reçoit trois hôtes en les hébergeant afin de marquer son droit. Enfin dans le délai d'un an, le tiers remet au bénéficiaire ce qu'il a reçu, au *mallum* en jetant la *festuca* comme dans la première étape. Chaque étape est surveillée par des témoins prêts à certifier leur existence. Cf. LEPOINTE G., *op. cit.*, p. 176.

permet de transmettre son patrimoine entre vifs de manière irrévocable. Néanmoins, elle n'est permise qu'en l'absence d'enfant⁷¹. Le partage entre vifs est également possible ainsi que l'institution contractuelle.

Toutefois, les barbares, en envahissant la Gaule romaine, n'ont pas cherché à imposer leurs lois mais ont introduit la personnalité des lois. Ainsi, les droits romain et germain coexistent : les gallo-romains sont régis par la loi romaine, peuvent tester et sont soumis à la légitime⁷² tandis que les barbares sont soumis à la loi de leur peuple. Puis les germains adoptent la propriété romaine et au VIII^e siècle, la copropriété familiale disparaît.

16. La féodalité – A l'époque féodale, le pouvoir royal n'a pas encore établi sa suprématie. Le fief est « *une terre concédée par une personne appelée suzerain ou seigneur à une autre personne appelée vassal à charge de certains services personnels et nobles*⁷³. » En échange de la terre concédée, le vassal a des obligations militaires, de conseil et exceptionnellement financières. En échange, son seigneur lui assure une jouissance paisible de son fief et une protection militaire et judiciaire⁷⁴. Le seigneur exerce des droits, aujourd'hui dévolus au chef de l'État : lever des troupes et faire la guerre, promulguer des édits, rendre justice en leur nom et lever des taxes. Il existait entre les seigneurs et leurs territoires un lien de vasselage extrêmement hiérarchisé⁷⁵ : chaque seigneur avait des vassaux et était vassal d'un plus puissant et chacun devait suivre son seigneur à la guerre ; chaque terre levait

⁷¹ Selon LEFÈVRE C., *op. cit.*, p. 156, l'affatome était permise seulement lorsque le disposant n'avait pas d'enfant mâle.

⁷² La loi romaine applicable a été codifiée dans plusieurs *leges romanorum*. On peut notamment citer la *Lex Romana Burgundionum* ou Papien promulgué entre 500 et 534 et le Bréviaire d'Alaric en 506. Il est composé des Codes et Nouvelles qui précédaient la législation de Justinien ainsi que des commentaires de Gaius, des sentences de Paul et des réponses de Papinien. Toutefois, dans le Bréviaire, ces documents ont été abrégés voire altérés : Cf. BROCHER C., *Etude historique et philosophique sur la légitime et les réserves en matière de succession héréditaire*, éd. Ernest Thorin, 1868, p. 169.

⁷³ CHIANÉA G., *Histoire des institutions publiques de la France, t. I – Du démembrement à la reconstitution de l'État (476-1492)*, coll. Droit en plus, éd. PUG, 1996, p. 52.

⁷⁴ CHIANÉA G., *op. cit.*, p. 56 et 57.

et devait des impôts et taxes. En échange, le seigneur devait protection ses vassaux. Toutefois, les vassaux n'étaient soumis qu'à leur seigneur et pas au roi. Ainsi, chaque seigneurie ressemblait à un petit état. Primitivement, l'existence des liens personnels entre le vassal et son seigneur ne permettait pas au contrat de fief de survivre au décès des parties. Au décès du vassal, le fief revenait au seigneur. Toutefois, la transmission héréditaire des fiefs s'est généralisée au XII^{ème} siècle afin d'éviter les guerres de revendication à la mort du seigneur⁷⁶ et que cesse la protection du seigneur sur ses vassaux⁷⁷.

17. Présentation de la succession coutumière - L'idée fondamentale qui a inspiré le droit successoral et de manière plus générale l'ancien droit coutumier français, est celle des devoirs envers la famille primant la volonté libre du *de cuius* et dominant le système de succession tant pour régler que pour protéger la dévolution *ab intestat*⁷⁸. L'individu ne compte pas et l'on doit se méfier de sa volonté. Seule la famille est permanente. L'individu n'a qu'un pouvoir transitoire sur son patrimoine et les droits de la famille font que les biens doivent retourner à leur origine au décès de leur détenteur. La terre est d'une importance fondamentale puisque la famille porte son nom. C'est elle qui apporte l'essentiel des ressources. Cette terre doit rester unie et en aucun cas être partagée. Au XII^e siècle, toutes les coutumes sont imprégnées de ces idées à des degrés divers.

Néanmoins, tous les biens n'ont pas vocation à être protégés et la restriction à la libre disposition du *de cuius* varie selon la nature du bien. L'ancien droit coutumier français distingue, en effet, les fiefs et alleux nobles, les biens propres et les acquêts.

Suivant leur origine dans le patrimoine du *de cuius*, les immeubles héréditaires se divisent en propres et acquêts. Cette distinction provient directement du droit franc. Sont « propres » ou « héritages », au point de vue successoral, tous les immeubles

⁷⁵ D'ESPINAY G., *La féodalité et le droit civil français*, imprimerie P. Godet, 1862, p. 2.

⁷⁶ FUSTEL DE COULANGES, *Histoire des institutions politiques de l'ancienne France, Transformation de la royauté pendant l'époque carolingienne*, 2^{ème} éd. par Camille JULLIAN, Librairie Hachette, 1937, p. 659.

⁷⁷ VALLIER E., *Le fondement du droit successoral en droit français*, thèse Paris, 1902, p. 13.

⁷⁸ LEFÈBVRE C., *op. cit.* p. 16.

que le défunt a acquis par succession légitime d'un parent quelconque ou par donation faite par un de ses ascendants⁷⁹. Sont « acquêts », au point de vue successoral, tous les immeubles acquis autrement, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit⁸⁰. La qualité d'acquêt est instable puisque tout acquêt transmis une fois par succession se transforme en propre.

La succession aux propres obéit à des règles spéciales tandis que les acquêts sont en principe joints aux meubles⁸¹ pour donner la succession aux meubles et acquêts. Enfin, suivant leur qualité, les immeubles héréditaires se divisent en biens nobles, comprenant les fiefs et à partir du XIV^e siècle, les alleux nobles, et en biens roturiers, comprenant les villenages ou censives, les tenures non féodales, et à partir du XIV^e siècle, les alleux roturiers⁸².

De cette division tripartite des biens héréditaires, il résulte trois sortes de successions. Tout d'abord, la succession aux meubles et acquêts, qui est la succession de droit commun, c'est-à-dire la succession obéissant à certaines règles générales qu'on applique aussi aux autres successions et qui ne nous retiendra pas. En revanche, la succession aux propres et la succession aux biens nobles admettent, toutes deux, certaines règles spéciales qu'il faut combiner avec les règles générales⁸³. Ces règles de dévolution spéciales ont pour but de conserver les biens dans la famille.

⁷⁹ « Le propre héritage, est l'immeuble venu au de cujus par prochaineté de lignage, c'est-à-dire par succession. » ABLEIGES, *Le grand coutumier de France*, nouvelle édition par LABOULAYE et DARESTE, Chez Augute Durand et Pedone-Lauriel, 1868, p. 208.

⁸⁰ C'est le cas des immeubles acquis par donation d'un parent autre qu'un ascendant.

⁸¹ Les acquêts sont joints aux meubles quand ils sont roturiers.

⁸² CHÉNON E., *Histoire générale du droit français public et privé des origines à 1815*, Tome 2, éd. Recueil Sirey, 1929, p. 230-231.

⁸³ CHÉNON E., *op. cit.*, t. 2, p. 230 et suiv., § 387.

Section II – La protection des biens nobles et des biens propres par le droit coutumier

18. Plan – Le droit successoral coutumier distingue les biens nobles et les biens propres. Le patrimoine noble est protégé, dans la succession, par les privilèges de masculinité et primogéniture. Ces privilèges permettent de transmettre la majeure partie du patrimoine noble au fils premier né, évitant ainsi sa division et l'affaiblissement de la famille (§ I). Les biens propres, quant à eux, se doivent de rester dans le lignage et la réserve coutumière restreint la capacité de disposer par legs de ses biens propres (§ II).

§ I – La protection des biens nobles par les privilèges de primogéniture et de masculinité

19. Origine et fondement - Le privilège de primogéniture, ou droit d'aînesse, est inconnu chez les romains et les germains.

A l'époque féodale, la propriété d'un fief⁸⁴ entraîne des devoirs envers le seigneur, notamment le devoir d'ost⁸⁵. Le fief doit par conséquent permettre de subvenir à l'entretien d'un homme en armes. A défaut, le service d'ost n'est plus dû. En outre, la propriété du fief entraîne des devoirs envers ses vassaux : celui de les protéger. Ainsi, il est nécessaire que le fief ne soit pas divisé ce qui aboutit à l'insertion d'une clause de style dans les chartes d'inféodation stipulant que le fief doit être passé en

⁸⁴ « Le nom de fief se donne à la concession, qui est faite à quelqu'un d'un héritage ou d'un droit immobilier, pour être tenu et possédé à la charge de la foi et hommage. Ce nom se donne aussi à la manière dont un héritage est ainsi tenu. Il se donne et à l'héritage, qui est tenu à cette charge, et au droit de seigneurie retenu par celui qui l'a donné à cette charge. » Définition de POTHIER, *CŒuvres complètes de Pothier, Traité des fiefs*, tome XIX, Chez Thomine et Fortic, 1821, p. 2.

⁸⁵ Il s'agit d'un devoir de service militaire.

entier à un seul héritier⁸⁶. La succession aux biens nobles ne concerne en premier lieu que les fiefs⁸⁷, puis à partir du XIV^e siècle, également les alleux⁸⁸ nobles.

Le droit d'aînesse se double presque toujours du droit de masculinité puisque les femmes ne peuvent porter les armes. S'il n'y a pas de mâle dans la fratrie, le partage égal reprend ses droits.

Cette coutume se répand dès la fin du XI^e siècle, d'abord dans les provinces de l'ouest⁸⁹. Au XIII^e siècle, le droit d'aînesse est devenu le droit commun et il a même pénétré les pays de droit écrit dans lesquels, pourtant, le testament permet de faire un aîné⁹⁰.

A la fin du Moyen-Âge, le droit d'aînesse subsiste. Mais son fondement s'est modifié. Il sert désormais à conserver le lustre ainsi que la situation des familles. Il est dans l'intérêt de la royauté de conserver à son service des familles puissantes⁹¹. En effet, la monarchie s'appuie sur les grandes familles nobles, puissantes et respectées. Sans cela, son isolement face au peuple aurait conduit à sa chute⁹².

Le droit de primogéniture présente de nombreuses variétés, régionales en règle générale.

⁸⁶ CHÉNON E., *op. cit.*, tome 2, p. 248 § 390.

⁸⁷ CHÉNON E., *op. cit.*, tome 2, p.147, § 369. : « *Le fief est une concession de terre (ou de tout autre immeuble), faite à charge de fidélité et de certains services (variables suivant les lieux et les temps) par une personne qui prend le titre de « seigneur féodal » ou « seigneur de fief », à une autre personne appelée « vassal », qui acquiert sur la terre concédée un droit réel sui generis. »*

⁸⁸ L'alleux est une propriété libre comme la propriété romaine ou notre propriété, par opposition au fief et à la tenure. Cf. CHÉNON E., *Etude sur l'histoire des alleux en France*, L. Larose et Forcel, 1888, p. VIII.

⁸⁹ On en trouve trace en Anjou en 1070, à Chartres en 1076. Il fut établi en Normandie par une ordonnance d'Henri I^{er}. En Bretagne, il fut réglé par la célèbre Assise du Comte Geoffroy, datée de 1185. Enfin la Champagne déclara l'aînesse par une assise de 1224. Cf. CHÉNON E., *op. cit.*, p. 248-249.

⁹⁰ Il tombera néanmoins rapidement en désuétude dans les pays de droit écrit. Au XVI^e siècle, on n'en trouve plus trace.

⁹¹ LEPOINTE G., *op. cit.*, p. 444, § 838 et suiv.

⁹² VALLIER E., *op. cit.*, p. 21.

20. Bénéficiaires du droit d'aînesse - Les bénéficiaires du droit d'aînesse varient selon les régions de coutumes. Certaines coutumes ont conservé le système primitif et appliquent les règles féodales aux successions qui portent sur des héritages nobles et dont les héritiers sont nobles également. Ces coutumes se rencontrent dans le centre de la France⁹³ et sont dites restrictives.

Dans d'autres coutumes, la succession aux biens nobles s'applique en raison de la terre figurant dans le patrimoine sans qu'on tienne compte de la qualité sociale des héritiers. Ce système, devenu celui de droit commun, est celui de la région parisienne et des régions avoisinantes comme la Champagne et le Vermandois.

Enfin, d'autres coutumes, dites extensives, appliquent les règles de l'aînesse à tous les héritiers sans distinction⁹⁴, ou du moins à tous les biens successoraux⁹⁵ lorsque les héritiers sont nobles⁹⁶.

Le droit d'aînesse n'est accordé qu'au fils aîné en ligne descendante⁹⁷. Lorsque le défunt ne laisse que des filles, le fief est partagé également⁹⁸. De la même manière, le droit d'aînesse n'existe pas en ligne collatérale⁹⁹.

⁹³ Ces coutumes se rencontrent en Angoumois, Haute Marche, Berry, Nivernais, Bourbonnais et Auvergne.

⁹⁴ Ces coutumes se rencontrent en Boulenois et Ponthieu.

⁹⁵ Ces coutumes se rencontrent en Grand Perche.

⁹⁶ LEPOINTE G., *op. cit.*, p. 285 et suiv. § 543 et suiv.

⁹⁷ Néanmoins, quelques coutumes de l'ouest admettent le droit d'aînesse en ligne collatérale. On peut citer notamment les coutumes du pays et duché de Bretagne : « *DXLIII : En successions collatérales, soient de fils ou de filles entre les nobles, l'aîné ou celui qui le représente, soit fils ou fille, recueillera seul l'héritage, fiefs et autre choses qui auront procédé du tige et tronc commun (...)* », BDR, tome IV, p. 396.

⁹⁸ Il existe néanmoins quelques exceptions. L'aînesse entre filles est pratiquée dans quelques coutumes du nord et de l'ouest. Par exemple, la coutume de Clermont consacre le droit d'aînesse entre filles : Art. LXIII : « *En succession de fief, le masle forclost la femelle en pareil degré.* »

Art. LXIV : « *Si un trépassé ne délaisse que filles, l'aînée a pareil droit és fiefs comme auroit l'aîné fils.* », BDR, tome I, p. 247.

21. Une mise en œuvre diverse selon les coutumes - Le droit d'aînesse s'applique diversement selon les coutumes. On distingue trois grands systèmes d'application du droit d'aînesse, même si de nombreuses variantes régionales coexistent.

Certaines coutumes déclarent l'indivisibilité du fief. Il est attribué pour la totalité à l'aîné qui doit alors pourvoir à la subsistance et l'établissement de ses frères et sœurs puînés¹⁰⁰. Il s'agit du système primitif conservé notamment des coutumes de Normandie et Bretagne¹⁰¹.

Dans le second système, présent dans la plupart des coutumes, l'aînesse n'est que relative¹⁰² et les puînés prennent part à la succession aux fiefs et biens nobles¹⁰³. En règle générale, l'aîné recueille le fief principal comprenant un château et l'enclos l'entourant¹⁰⁴ à titre de préciput ainsi qu'une part avantageuse dans le reste des biens

⁹⁹ Il existe bien évidemment des exceptions comme en Normandie ou dans certaines coutumes de l'ouest ainsi que dans la coutumes d'Orléans et de Paris : Cf. *Ceuvres posthumes de M. Pothier, dédiées à Monseigneur le Garde des Sceaux de France, tome Quatrième contenant le traité des successions*, éd. à Orléans Chez Jul. Jean Massot, à Paris Chez Pierre-Théophile Barrots le jeune, 1777, p. 119 et suiv.

¹⁰⁰ Ainsi, en Bretagne, l'Assise du Comte Geoffroy de 1185 fonde ce privilège dans son article premier de la tres-ancienne coutume de Bretagne : « *Quod in baroniis et feodis militum ulterius non fierent divisiones, sed major natu integre dominatum obtineret – et junioribus suis majores providerent honorifice necessaria juxta posse suum* » in LEFÈVRE, *op. cit.*, p. 128-129 traduit par « *Qu'à l'avenir, il ne sera fait aucun partage des Baronnie & Chevaleries ou fiefs de Chevalier, mais l'aisné aura la Seigneurie en entier, & les aisnez feront provision à leurs puisnez, & leur fourniront honorablement à leur pouvoir, ce qui leur est nécessaire.* » : BDR, tome IV, p. 289.

¹⁰¹ La tres-ancienne coutume de Bretagne, art. CCIX : BDR, tome IV, p. 248.

¹⁰² A l'exception de la Couronne et des hautes seigneuries titrées pour lesquelles l'indivisibilité absolue est la règle.

¹⁰³ Il s'agit du système décrit par BEAUMANOIR dans les *coutumes du Beauvaisis*, par AM. Salmon, tome premier, éd. Alphonse Picard et fils, 1899, p. 223-224, n° 465 : « *Se heritages decent a enfans ou il ait oir masle, l'oirs masle ainsnés en porte le chief manoir hors part et après les deux pars de chascun fief; et li tiers qui demeure doit estre departis entre les maisnés egaument autant a l'un comme a l'autre, soient freres soient sereurs, et de leur parties il vienent en l'homage de leur frere ainsné.* »

¹⁰⁴ On l'appelle aussi vol du chapon.

nobles¹⁰⁵. Les puînés bénéficient d'une part dans la succession aux biens nobles¹⁰⁶ et ils doivent faire hommage de leur part au fils aîné qui porte l'hommage du tout à son suzerain. Lorsque la succession ne comporte qu'un fief, l'aîné peut dans la plupart des coutumes prendre le manoir principal mais doit alors remplir ses puînés de leur légitime en terre ou argent¹⁰⁷.

Enfin, le dernier système, présent notamment dans l'Orléanais, l'Anjou, l'Ile de France et l'Artois combine les précédents. Certains fiefs tels que les baronnies sont impartageables et sont attribués entièrement à l'aîné tandis que les autres fiefs sont partagés en donnant une part avantageuse à l'aîné¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Par exemple, Coutume de la ville de Calais et des pays reconquis de 1583 :

« Chapitre II. Des Fiefs et censives.

XIII : *Au fils aîné appartient par préciput le château ou manoir principal et basse-court attenant et contigüe au manoir et destiné à iceluy encore que le fossé du château ou quelque chemin fût entre-deux : & outre luy appartient un arpent de terre de l'enclos ou jardin joignant ledit manoir, si tant y en a ; & si ledit enclos contient davantage, l'aîné peut retenir le tout en baillant récompense aux puînés de ce qui est outre ledit arpent, en terre de même fief, si tant y en a, sinon en autres terres ou héritage de ladite succession (...)*.

Art. XIV : *Quand pere & mere ayans fiefs & héritages tenus noblement, vont de vie à trépas, delaissez seulement deux enfans venans à leur succession, au fils aîné, pour son droit d'aînesse, appartient par préciput en chacune desdites successions tant de pere que de mere, un hôtel tenu en fief tel qu'il veut choisir pour manoir principal avec l'enclos & basse-court, comme dessus est dit, & les deux tiers des susdits fiefs et héritages tenus noblement : & à l'autre desdits enfans compete et appartient l'auter tiers et residu desdits fiefs & heritages noblement tenus étant desdites successions.*

Art. XV : *S'il y a plusieurs enfans excédant le nombre de deux, venant à leur succession, au fils aîné par préciput pour son droit d'aînesse, appartient en chacune desdites successions tant de pere que de mere, un hôtel tenu en fief, tel qu'il veut choisir pour principal manoir, avec l'enclos & basse court, ainsi que dit est, & la moitié de tous les autres héritages tenus en fief : & à tous les autres enfans ensemble, l'autre moitié & residu desdits fiefs et héritages tenus noblement.*

Art. XVII : *Quand il n'y a que filles seules venant à succession directe ou collatérale, droit d'aînesse n'a lieu et partissent également. »*

: Voir BDR, tome I, p. 2 et 3.

¹⁰⁶ Deux tiers de la succession aux biens nobles s'il n'y a qu'un puîné ou la moitié s'il y en a plusieurs à Paris (BDR, tome III, p. 51) et les quatre cinquièmes en Boulannois (BDR, tome I, p. 29) par exemple.

¹⁰⁷ Coutume de la prévoté et vicomté de Paris de 1580, article XVII : « *Si esdites successions de père et mère, ayeul ou ayeulle, y a un seul fief consistant seulement en un manoir, basse court et enclos d'un arpent, sans autre appartenace ny autres biens, audit fils aîné seul appartient ledit manoir, basse court et enclos comme dessus, sauf toutes fois aux autres enfans leur droit de légitime (...) à prendre sur ledit fief. Et où il y auroit autres biens qui ne fussent suffisans pour fournir lesdits droicts aux enfans, le supplément de la dite légitime (...) se prendra sur ledit fief. Et toutes fois audit cas le fils aîné peut bailler aux puisnés récompense en argent, au dire de preud'homme, de la portion qu'ils pourroient prétendre sur ledit fief. » : BDR, tome III, p. 51.*

¹⁰⁸ Il nous faut citer, pour mémoire, le privilège du juveigneur (ou de maineté) en vigueur en Basse-Bretagne. Contrairement au droit d'aînesse, le plus jeune mâle de la fratrie était prioritaire pour choisir son attribution. En effet, c'était celui qui avait le moins de chance d'être établi au décès de ses parents. Pour plus de précisions, voir CHÉNON E., *op. cit.*, tome II p. 258 et suiv.

Dans toutes les coutumes, l'aîné recueille également les armoiries pleines de la famille¹⁰⁹ ainsi que les tableaux des ancêtres et les reliques.

Lorsque se trouvent dans la succession plusieurs fiefs situés dans des territoires de coutumes différentes, l'aîné peut prendre son préciput dans chaque coutume.

22. Un droit de préciput - L'aîné ne peut prendre son droit qu'à titre d'héritier. Il ne s'agit pas d'une part héréditaire plus grande mais d'un préciput légal hors part. Il est héritier pour la même portion que ses frères et sœurs. Pour cette raison, il n'est tenu des dettes que dans la proportion de sa part héréditaire soit autant que ses frères et sœurs.

Le droit d'aînesse accordé à l'aîné¹¹⁰ ne peut être contourné par les père et mère, voire les aïeux¹¹¹.

Le droit d'aînesse permet de conserver l'éclat de la famille en attribuant la majorité des biens nobles à l'aîné mâle. Les biens familiaux, autres que les biens nobles, sont, quant à eux, protégés par la réserve coutumière.

§ II - La protection des biens propres par la réserve coutumière

¹⁰⁹ Les puînés ne peuvent porter que les armoiries de la famille brisées à l'aide d'un signe particulier tel qu'un lambel, une bande, une étoile, etc...

¹¹⁰ Selon POTHIER, l'exhérédation et la renonciation ne transmettent pas le droit d'aînesse au second fils. Seule la mort civile permet au second fils de prétendre à la légitime féodale selon les articles 310 de la coutume de Paris et 359 de la coutume d'Orléans. Cf. POTHIER, *Œuvres complètes de Pothier, Traité des successions*, tome XXI, Chez Thomine et Fortic, 1821, p. 88-89. Coutume de la presvoté et vicomté de Paris de 1580, Titre Premier. De fiefs : « Si une donation est faite à l'aîné & par le moyen dicelle il renonce à la succession, entre les puisnez n'y a droit d'aînesse. » in BDR, tome III, p. 32.

¹¹¹ POTHIER, *Œuvres complètes de Pothier, Traité des successions*, tome XXI, Chez Thomine et Fortic, 1821, p. 136-137 : « Le droit d'aînesse est, dans tout ce qu'il contient, une légitime que la coutume accorde à l'aîné dans les biens nobles de la succession, à laquelle les père ou mère, ou autres ascendants ne peuvent donner aucune atteinte. La légitime de droit de l'aîné dans les autres biens est, comme celle des puînés, la moitié de ce que l'aîné aurait eu, si le défunt n'eut fait aucune donation ou legs ; mais la légitime féodale est le total de ce que la coutume lui accorde. »

23. Présentation historique - Les germains étaient une race guerrière et la violence remplaçait souvent le droit. Lorsque un parent aliénait un bien propre ou acquêt, à titre gratuit ou onéreux, il n'était pas rare que les autres membres de sa famille, considérant qu'il était leur, en vertu de la copropriété familiale, le ramènent dans la famille par la force. L'usage s'est donc répandu de faire consentir les membres de la famille aux aliénations entre vifs à titre onéreux mais également aux donations. C'est ce que l'on a appelé la *laudatio parentum*¹¹². A défaut, l'acte n'était pas opposable aux lignagers¹¹³. Cet usage s'est perpétué dans l'ancien droit français jusqu'au XIII^e siècle, époque à laquelle la *laudatio parentum* est finalement remplacée par l'offre au proïsme¹¹⁴. A défaut de *laudatio parentum* et d'offre au proïsme, le lignager pouvait racheter le bien à l'acquéreur d'un bien propre de la famille en lui remboursant le prix de vente et les loyaux coûts au moyen du retrait lignager pour les aliénations à titre onéreux¹¹⁵. En revanche, il n'existe plus de protection pour les biens propres alors que le testament réapparaît et que l'Eglise exige que tout mourant fasse un legs pieux. Il fallut transiger entre les droits des lignagers sur les biens propres et la nécessité de racheter ses péchés avant son décès. Cette transaction fut la réserve coutumière qui apparut au XIII^e siècle¹¹⁶. Le régime de la réserve coutumière a évolué jusqu'à la rédaction officielle des coutumes.

¹¹² CHÉNON E., *op. cit.*, tome I, p. 457 ; FALLETTI L., *Le retrait lignager en droit coutumier français*, thèse Paris, 1923, p. 16 et 17.

¹¹³ Certains auteurs avancent que les lignagers se faisaient rémunérer pour ce concours. Voir CHÉNON E., *op. cit.*, tome II, p. 272 et suiv., § 394.

¹¹⁴ Lors de l'aliénation entre vifs à titre onéreux d'un bien propre, il devait être proposé en priorité au plus proche lignager.

¹¹⁵ Titre VII. : « De retrait lignager : Si une personne ayant comme héritage propre une chose immeuble ou censée pour immeuble advenue par succession ou hoirie le vend, aliène ou transporte par contrat de vente ou équivalent à un personne étrangère au lignage, une personne issue de ce lignage peut faire assigner dans l'année et le jour l'acheteur pour que lesdites choses lui soient adjugées par retrait. La personne devra rembourser le prix et les loyaux coûts. » PENON J., *Costumes du baillage de Sens et anciens ressorts d'iceluy*, éd. Chez Calude A. Prussurot et Laurent Raveneau, Imprimeurs de Monseigneur l'Archevêque et de la ville, au nom de Jésus, 1751.

¹¹⁶ Plus précisément entre 1175 et 1250 environ. Cf. LAPLANCHE J., *La réserve coutumière dans l'ancien droit français*, thèse Paris, 1925, p. 152.

24. Fondements de la réserve coutumière - On peut entrevoir plusieurs fondements à la réserve coutumière. Tout d'abord, la réserve serait née dans la tradition germanique du devoir successoral envers la famille¹¹⁷. On la rattache également à la communauté familiale et aux pratiques relatives aux partages des indivisions¹¹⁸. Selon Beaumanoir¹¹⁹, on peut également fonder la réserve coutumière sur la dette dont l'individu est redevable envers son lignage pour l'accroissement de personnalité, sa situation honorable et l'éclat de son lignage¹²⁰ et pour son assistance.

25. Bénéficiaires de la réserve coutumière – Les bénéficiaires de la réserve coutumière sont les héritiers aux propres. Dans la succession aux propres, les premiers héritiers appelés sont les descendants en ligne directe le plus proche en degré. S'il y a plusieurs descendants d'égal degré, ils viennent en concours et partagent par tête. Toutefois, la représentation joue à l'infini en ligne directe descendante. A défaut de descendant, on applique les règles « *Paterna paternis, materna maternis* » et « *Propres ne remontent pas* » dans la plupart des coutumes. Par conséquent, sont appelés ensuite les collatéraux les plus proches en degré de parenté de la ligne de laquelle vient le propre jusqu'au quatrième degré en Beauvaisis, septième en Normandie et neuvième en Bretagne¹²¹. A égalité de degré, le partage se fait par tête.

La réserve appartient uniquement aux lignagers héritiers, ce qui exclut tous ceux qui sont incapables de succéder comme les bâtards¹²², les serfs ou encore l'aubain non

¹¹⁷ LEFÈBVRE C., *op. cit.* p. 241 § 124.

¹¹⁸ THIREAU J.-L., « Faculté de disposer et protection de la famille dans le très ancien droit coutumier français (X-XIII siècles) », *revue historique de droit français et étranger* 87 (3) juill.-sept. 2009, p. 367.

¹¹⁹ BEAUMANOIR, *Coutumes de beauvaisis*, par AM. Salmon, éd. Alphonse Picard et fils, 1900, t. II, n° 1025.

¹²⁰ L'individu est redevable de sa situation honorable, de l'éclat de son lignage. LAPLANCHE J., *op. cit.* p. 255, note (1).

¹²¹ LEPOINTE G., *op. cit.* p. 281 et suiv. § 535 et suiv.

¹²² Toutefois, le bâtard pouvait succéder aux meubles et acquêts laissés par ses enfants en légitime mariage et par conséquent prétendre à la réserve sur ces biens dans les coutumes la prévoyant. Cf. LAPLANCHE J., *op. cit.*, p. 431.

naturalisé¹²³, les exhérédés, indignes ou renonçants, les femmes dans les successions nobles en ligne collatérale et dans certaines coutumes, les filles dotées. Au XVI^e siècle, on précise que pour bénéficier de la réserve, il faut se porter héritier. En effet, historiquement, la réserve est la succession moins la quotité disponible et il est nécessaire d'être héritier pour recueillir la succession. Cette solution jusqu'alors implicite est nettement formulée pour renforcer la règle coutumière qui interdit d'être à la fois légataire et héritier. Ainsi, l'héritier acceptant un legs renonce implicitement à la qualité d'héritier et ne peut plus réclamer son legs au-delà de la quotité disponible¹²⁴. L'héritier lignager acceptant simplement la succession prime l'héritier lignager acceptant sous bénéfice d'inventaire même s'il est d'un degré subséquent¹²⁵.

La réserve protège le lignage dans son ensemble sans se préoccuper de la répartition des biens dans la fratrie¹²⁶.

26. Objet de la réserve coutumière - La réserve coutumière est destinée à conserver les biens dans la famille, elle ne porte que sur les biens propres immeubles et pas sur ceux acquis par le travail du *de cuius* ni sur les meubles. On désigne ces biens par le nom d' « *éritages* » au XIII^e siècle et de « *propres héritages* » au XIV^e siècle¹²⁷. Quelques coutumes dérogent à cette règle en soumettant les immeubles acquêts à la réserve¹²⁸ voire tous les meubles et immeubles propres ou acquêts¹²⁹.

¹²³ L'aubain était un étranger. Il ne pouvait succéder à moins qu'un traité entre la France et son pays d'origine ne le stipule.

¹²⁴ PAVY A., *De la légitime et de la réserve dans l'ancien droit français*, thèse Arras, 1884, p. 123.

¹²⁵ LAPLANCHE J., *op. cit.*, p. 478.

¹²⁶ PEGUERA POCH M., *Aux origines de la réserve héréditaire du Code civil : la légitime en pays de coutumes (XVI^e – XVIII^e siècles)*, éd. P.U.A.M, 2009, p. 36.

¹²⁷ LAPLANCHE J., *op. cit.*, p. 375.

¹²⁸ C'est notamment le cas dans les coutumes de Normandie, de Metz, de Bretagne et de Touraine : LAPLANCHE J., *op. cit.*, p. 323.

¹²⁹ C'est notamment le cas dans les coutumes d'Auvergne, de Bourgogne, du Bourbonnais, du Berry de la Marche et du Maine : LAPLANCHE J., *op. cit.*, p. 324.

27. **Quotité** - On peut distinguer trois familles de coutumes.

Dans les coutumes dites « préciputaires » présentes dans le centre¹³⁰, le père de famille peut donner hors part un quint de ses biens à un de ses enfants sans que ce dernier ne doive rapporter à la succession ce qu'il a reçu. On appelle ce quint « quint naturel ». Son fondement se rapproche de celui de la légitime.

En revanche, le père de famille ne peut léguer en faveur d'un étranger que le quint de ses biens propres que l'on nomme « quint hérédital » ou « datif ». Ce quint datif ou hérédital est destiné à sauvegarder les biens des étrangers¹³¹.

La quotité disponible comprend les meubles, conquêts et un quint des propres. En revanche, elle ne peut être invoquée que contre les libéralités testamentaires. On considère en effet que la maxime « *donner et retenir ne vaut* » qui oblige le donataire à se dépouiller immédiatement du bien donné est suffisamment protectrice des droits des lignagers¹³².

Dans les coutumes dites « d'égalité stricte », les enfants doivent rapporter tout ce qu'ils ont reçu de leurs parents. Chaque membre de la famille doit être alloti dans la même proportion¹³³. Ces coutumes permettent d'invoquer la réserve contre les libéralités entre vifs et testamentaires qui dépassent la quotité disponible. Cette quotité disponible comprend la totalité des meubles et acquêts ainsi que le tiers des propres. C'est le cas des coutumes de l'ouest et d'un certain nombre de coutumes du nord. La réserve a, dans ces régions, une origine plus féodale que familiale ; elle est

¹³⁰ YVER J., *Égalité des héritiers et exclusion des enfants dotés – Essai de géographie coutumière*, éd. Sirey, 1966, p. 155 et suiv.

¹³¹ Ainsi l'article LXXXVIII des coutumes de Boulenois dispose « *Chacun peut donner par don d'entre vifs, & en dernière volonté, le quint de tous les héritages féodaux sans le consentement de son héritier apparent (qui se nomme vulgairement quint datif) & est hérédital & se leve devant le quint naturel, sur tous les héritages féodaux et patrimoniaux.* » in BDR, tome I, p. 53-54.

¹³² ABLEIGES, *Le grand coutumier de France*, nouvelle édition par LABOULAYE et DARESTE, Chez Augute Durand et Pedone-Lauriel, 1868, p. 364 « *Item si le testateur n'a aucuns héritiers il peult donner en son testament tous ses biens meubles et héritaiges et s'il y a héritier, si peult il faire testament de la moitié de tous ses biens meubles et conquests, et donner le quint de ses héritaiges. En sa santé, il peult tout donner ou vendre.* »

¹³³ PEGUERA POCH M., *op. cit.* p. 38 et suiv.

apparue pour compléter le retrait féodal¹³⁴ bien plus que le lignager, en sauvegardant l'intégrité du fief contre toutes les libéralités, aussi bien entre vifs que testamentaires¹³⁵.

Enfin dans les coutumes dites « d'option », présentes notamment en Bourgogne, Bourbonnais, Auvergne et Paris, est usité le système de la légitime de Justinien sans distinguer entre les acquêts et les propres. En cas d'atteinte de la réserve, le lignager peut demander la réduction. La réserve ne peut être appréciée et la réduction demandée qu'à la mort du *de cuius*. Les libéralités testamentaires sont d'abord réduites par « sou et livre » soit proportionnellement puis les donations de la plus récente à la plus ancienne¹³⁶.

En droit commun, la quotité de la réserve est de quatre-quinzièmes des propres laissant ainsi un quinzième à la libre disposition de son propriétaire. Quelques coutumes admettaient une quotité inférieure de trois-quarts¹³⁷ ou la moitié des propres¹³⁸. D'autres admettent une quotité supérieure de la nue-propriété de tout ou partie des

¹³⁴ « La concession féodale résultait ordinairement du démembrement d'un domaine, dont une partie était cédée au vassal ou censitaire et dont le seigneur se réservait le surplus (...). La directe ou droit de propriété réservé par les seigneurs se manifestait par la perception du droit de lods et ventes, que le feudataire devait lui payer à chaque aliénation, et par le **retrait féodal**, c'est-à-dire la faculté de reprendre le fief aliéné en remboursant à l'acquéreur le prix porté au contrat. Il pouvait même exercer ce rachat, en cas de décès du vassal, contre les héritier collatéraux. » : RAGUEAU revu par DE LAURIÈRE, *Glossaire du droit françois, contenant l'explication des mots difficiles qui se trouvent dans les ordonnances des roys de France, dans les coutumes, du royaume, dans les anciens arrests et les anciens titres*, publié par L. Favre, p. XX

¹³⁵ TIMBAL P. C., *Droit romain et ancien droit français – Régimes matrimoniaux, Successions, Libéralités*, 2^{ème} éd. Dalloz, Collection Précis, 1975, p. 178, n° 349. Selon LAPLANCHE J., *op. cit.*, p. 198, la quotité disponible coïncide dans ces coutumes avec la quote-part des biens fiefs dont les puînés ont le droit d'être apportionnés par l'aîné qui a succédé à ses parents. Cf. aussi YVER J., *Égalité des héritiers et exclusion des enfants dotés – Essai de géographie coutumière*, éd. Sirey, 1966, p. 91 et suiv.

¹³⁶ YVER J., *ibidem*, p. 11 et suiv.

¹³⁷ C'est le cas des coutumes d'Auvergne, Bourbonnais, Sedan et Lorraine : LAPLANCHE J., *op. cit.*, p. 326.

¹³⁸ C'est le cas des coutumes de Reims, Calais, Blois, Maine et Touraine : LAPLANCHE J., *op. cit.*, p. 328.

propres¹³⁹. Enfin, certaines établissaient l'indisponibilité absolue des propres en faveur des descendants¹⁴⁰ ou de n'importe quel lignager¹⁴¹.

La réserve a pour rôle de ramener les héritages dans la famille. Mais à l'intérieur de celle-ci, la répartition de la réserve n'est pas toujours égalitaire.

La réserve coutumière s'applique sur les propres de chaque territoire de coutumes. Ainsi si le *de cuius* possède des propres dans la coutume de Paris et dans la coutume de Lorraine, le lignager a droit à la quotité prescrite par chaque coutume de propres dans chaque territoire¹⁴². Lorsque le *de cuius* avait dépassé la quotité disponible sur certains propres mais pas sur d'autres situés dans le ressort d'une autre coutume, la réduction devait avoir lieu sur les biens situés dans le ressort de la coutume. De la même manière, le lignager a droit à la quotité prescrite par la coutume dans chaque ligne et pas sur la totalité des propres, ce qui est dans la logique de la réserve coutumière qui a pour but de protéger les biens de chaque ligne.

28. Sanction - Dans toutes les coutumes, la réserve maintient dans la succession *ab intestat* une certaine proportion des propres puisqu'ils sont considérés comme indisponibles par testament. La sanction de la réserve est, en règle générale, la réduction des libéralités excessives au taux de la quotité disponible fixé par la coutume. Toutefois, certaines coutumes prévoient la nullité des libéralités excessives¹⁴³. Par conséquent, le legs de biens propres dépassant le disponible est nul comme portant sur des biens inaliénables par

¹³⁹ C'est le cas des coutumes de Lille, et d'Anjou et Bretagne : LAPLANCHE J., *op. cit.*, p. 331.

¹⁴⁰ C'est le cas des coutumes de de Senlis, Clermont-en-Beauvaisis, Clermont-en-Argonne, Sedan, Eu. Cf. LAPLANCHE J., *op. cit.*, p. 332.

¹⁴¹ C'est le cas des coutumes d'Artois, Lille Echevinage, Metz Ville. Dans la coutume de Normandie, à l'encontre des legs, les propres sont en totalité réservés et en présence d'enfant, les acquêts le sont également. Cf. LAPLANCHE J., *op. cit.*, p. 332.

¹⁴² BROCHER C., *Etude historique et philosophique sur la légitime et les réserves en matière de succession héréditaire*, éd. Ernest Thorin, 1868, p. 227.

¹⁴³ C'est le cas en Bretagne, par exemple.

testament. L'héritier n'est ainsi pas obligé d'abandonner les biens disponibles pour remplir le légataire de son legs¹⁴⁴.

On admet, non sans hésitation, que la réserve ne peut être calculée qu'au jour du décès et l'action en réduction ne peut être intentée qu'à ce moment¹⁴⁵.

29. Opérations préalables à l'action en réduction – Afin d'apprécier l'étendue de la réduction, il s'agit, tout d'abord, de déterminer en valeur la quotité disponible dont le *de cuius* pouvait disposer. Pour cela, il faut reconstituer la masse de biens du *de cuius* sur laquelle se calcule la quotité disponible et en déduire le passif. Dans les coutumes où la réserve atteint les donations, celles-ci doivent être rapportées fictivement pour leur valeur au jour du décès s'il s'agit d'immeubles et pour leur valeur au jour de la donation s'il s'agit de meubles ou d'office. En revanche, dans les coutumes dans lesquelles la réserve ne frappe que les legs, la masse de calcul de la quotité disponible ne comprend que les biens appartenant au défunt au jour du décès, en ce compris les biens légués¹⁴⁶. Le passif est constitué des dettes du défunt et des frais funéraires. Ensuite, on calcule la quotité disponible¹⁴⁷.

30. Action en réduction – Dans les coutumes dans lesquelles seuls les legs sont soumis à la réserve, ceux-ci doivent être réduits par contribution au sol la livre puisque les legs produisent leurs effets juridiques en même temps¹⁴⁸.

Dans les coutumes dans lesquelles les legs et les donations entre vifs sont soumis à la réserve, on commence par réduire les legs au sol la livre et si cela ne suffit pas, on

¹⁴⁴ POTHIER, *Ceuvres complètes de Pothier, Traité des propres, des donations testamentaires*, tome XXII, Chez Thomine et Fortic, 1821, p. 194-195.

¹⁴⁵ LAPLANCHE J., *op.cit.*, p. 484 et suiv.

¹⁴⁶ En revanche, le rapport des biens n'entraîne pas dans cette masse puisque ce rapport ne profitait qu'aux cohéritiers et pas aux légataires. Cf. LAPLANCHE J., *op. cit.*, p. 490.

¹⁴⁷ LAPLANCHE J., *ibidem*, p. 489 et suiv.

¹⁴⁸ LAPLANCHE J., *ibidem*, p. 515.

réduit les donations de la plus récente à la plus ancienne jusqu'à ce qu'il ne subsiste de biens donnés que dans la limite de la quotité disponible¹⁴⁹.

La réserve étant une part de la succession au profit du réservataire, la réduction ne peut se faire qu'en nature afin que le réservataire puisse posséder les biens propres. La totalité des biens donnés doit alors être restituée. Si des droits réels ont été constitués sur les biens retranchés, ils sont résolus¹⁵⁰.

Il y a autant de masses indisponibles que de lignes et chaque ligne a droit de faire réduire les legs qui entament sa réserve même si la totalité des legs ne dépasse pas le disponible calculé sur la totalité de la succession.

En leur qualité d'héritier, les lignagers répondent des dettes du défunt.

L'action en réduction se prescrit par trente ans¹⁵¹.

31. Charges portant sur la réserve – Le douaire étant un contrat à titre onéreux¹⁵², il pèse sur la réserve coutumière et ne peut être réduit.

32. Conclusion – Le droit d'aînesse et la réserve coutumière ont pour but de restreindre la liberté testamentaire du *de cuius* sur les biens nobles et propres. La réserve coutumière permet ainsi de protéger les biens propres en rendant indisponible une part, en règle générale les quatre quintes, des biens propres du défunt au profit des héritiers réservataires. Les biens nobles, quant à eux, sont transmis, pour une part avantageuse, par préciput à l'aîné mâle afin d'éviter ou minimiser leur division.

Toutefois, les biens nobles et propres n'étaient pas protégés que par la loi, mais également de manière contractuelle au moyen des pactes sur succession future.

¹⁴⁹ LAPLANCHE J., *ibidem*, p. 518.

¹⁵⁰ LAPLANCHE J., *ibidem*, p. 519-520.

¹⁵¹ LAPLANCHE J., *ibidem*, p. 522.

Section III – Les pactes sur succession future, instruments de protection du patrimoine familial

33. Présentation - En droit coutumier, on se méfiait de la volonté d'un homme mais pas de celle de deux familles. Ainsi, les arrangements de famille conventionnels et irrévocables, soit les pactes sur succession future entre vifs et les contrats de mariage, avaient la faveur du droit coutumier, à l'inverse des donations entre vifs et des testaments faits par un seul homme. Cette faveur s'explique par le but recherché par ces pactes sur succession future et ces contrats de mariage : celui de permettre la transmission à un enfant, lors du mariage ou au décès du parent, des biens nobles ou propres et de protéger le patrimoine familial.

34. Présentation historique – Les pactes sur succession future prennent leur source dans le droit barbare puis la féodalité. En effet, les traditions germaniques n'étaient pas hostiles aux arrangements de famille. Les partages d'ascendants étaient fréquents chez les barbares, les burgondes et les wisigoths¹⁵³.

A l'époque féodale, on prit l'habitude de régler le sort des successions dans des contrats entre vifs et notamment grâce aux institutions contractuelles et aux renonciations à succession future. Le droit de l'époque féodale créa, à côté de la succession légale et de la succession testamentaire, une succession contractuelle¹⁵⁴ permettant de rendre héréditaires les fiefs qui étaient primitivement des tenures

¹⁵² Selon d'Argentré, il est le prix de la virginité déflorée de la jeune fille. Cf. LAPLANCHE J., *op. cit.*, p. 537.

¹⁵³ LEPOINTE G. *op. cit.*, p. 469 et suiv. § 885 et suiv.

¹⁵⁴ « Outre les deux sortes de successions légitimes et testamentaires dont il a été parlé jusqu'à cette heure, nous avons en France une troisième espèce de succession d'une autre nature toute différente, qui est celle des héritiers contractuels, ou conventionnels, c'est-à-dire qui institués héritiers par une convention de succéder dont l'usage est fréquent dans les contrats de mariage en faveur de ceux qui se marient... On appelle ces sortes d'institution d'héritiers, des institutions contractuelles (...) » : DOMAT, *Loix civiles*, II-partie, Préface, X, cité par MAZEAUD H., L et J., *Leçons de droit civil*, t. IV, éd. Montchrestien, 1963, § 695, p. 560.

viagères¹⁵⁵. Le seigneur et le vassal désignaient d'un commun accord l'héritier du vassal. Lorsque plus tard, la transmissibilité héréditaire des fiefs acquit la valeur d'une règle générale et coutumière, il n'était plus nécessaire de régler dans la chartre de concession la dévolution héréditaire de la tenure. Néanmoins, lorsque le vassal mariait un de ses fils, en général l'aîné, il s'engageait à lui laisser après sa mort le fief qu'il possédait et cette promesse se faisait dans le contrat de mariage du futur époux. Ce contrat rendait ainsi irrévocable la vocation héréditaire de son fils¹⁵⁶.

Au Moyen Âge, on prit l'usage dans les mariages de familles seigneuriales ou princières de faire des conventions importantes touchant à l'ordre des successions et qui permettaient de régler la transmission des grands fiefs. Le principe était que « *les contrats de mariage étaient susceptibles de toutes conventions* » et ils étaient notamment utilisés dans les familles nobles ou notables pour asseoir la situation des aînés ou des mâles¹⁵⁷.

Lors de la renaissance du droit romain, la conception coutumière se heurta à la prohibition romaine. On introduisit alors dans le droit coutumier la prohibition des pactes sur succession future tout en conservant des exceptions et en limitant cette prohibition aux testaments. Restreindre la liberté des parties aurait conduit à entraver les unions projetées entre deux familles car ces unions dépendaient souvent de conventions matrimoniales d'ordre pécuniaire. En outre, ces pactes avaient pour but de conserver les biens dans les familles et de soutenir la splendeur du nom en sacrifiant les filles et les cadets, ce qui était dans l'esprit du droit coutumier.

Plusieurs sortes de pacte sur succession future étaient utilisées en droit coutumier notamment l'institution contractuelle, la renonciation à succession future et la substitution fidéicommissaire.

¹⁵⁵ Pour plus de précision sur le fief et sur l'introduction de cette succession contractuelle, Cf. NAST M., *Etude sur la prohibition des pactes sur succession future*, thèse Paris, Librairie de société du recueil J.-B. Sirey et du journal du Palais, 1905, p. 62 et suiv.

¹⁵⁶ NAST M., *Etude sur la prohibition des pactes sur succession future*, thèse Paris, Librairie de société du recueil J.-B. Sirey et du journal du Palais, 1905, p. 62 et suiv.

¹⁵⁷ LEFÈBVRE C., *op. cit.*, p. 150.

35. L'institution contractuelle est une institution d'héritier par contrat de mariage au profit d'un futur époux et de leurs enfants à naître du mariage¹⁵⁸. C'est la donation que quelqu'un fait de sa succession¹⁵⁹, soit de tous ses biens : propres, acquêts et nobles. Cette institution d'héritier est irrévocable tout comme le contrat de mariage.

Il existe un certain nombre de variantes. L'institution contractuelle peut contenir une « déclaration de fils aîné et principal héritier » qui garantit à l'aîné sa part héréditaire sur les biens présents. Cette déclaration permet de fortifier le droit d'aînesse en l'étendant aux biens sur lesquels ne porte pas le préciput légal. Cette promesse est valide même dans les coutumes qui défendent d'avantager un enfant plus qu'un autre car le contrat de mariage est considéré comme la charte familiale d'une maison qui va être fondée¹⁶⁰. L'institution contractuelle est souvent combinée avec une substitution fidéicommissaire¹⁶¹.

L'institution contractuelle peut également consister en une promesse d'égalité qui est celle de ne pas avantager un de ses enfants par rapport aux autres. Le disposant conserve néanmoins le droit de disposer de ses biens à titre gratuit et à titre onéreux en faveur d'étrangers¹⁶².

Avec cette promesse, le disposant ne peut continuer à disposer de ses biens qu'à titre onéreux et il conserve la pleine administration de ses biens. En revanche, il ne peut en user en fraude de l'institution. Ainsi, il lui est permis de vendre, d'hypothéquer, de s'engager à titre onéreux mais uniquement pour le bien et l'utilité de ses affaires. La jurisprudence veille au respect de l'institution¹⁶³.

¹⁵⁸ On la nommait aussi « *promesse de conserver la part héréditaire* », LEFÈBVRE C., *op. cit.*, p. 152 et suiv.

¹⁵⁹ POTHIER, *Coutumes des Duché, Bailliage et Prévôté d'Orléans*, et ressort d'iceux, Chez Debure à Paris et chez la Veuve Rouzeau-Montaut à Orléans, 1780, p. 63.

¹⁶⁰ L'institution contractuelle échappe donc à la règle de l'égalité entre les enfants.

¹⁶¹ LEFÈBVRE C., *op. cit.*, p. 152 et suiv.

¹⁶² LEPOINTE G., *op. cit.*, p. 470 § 888.

¹⁶³ LEFÈBVRE C., *op. cit.*, p. 152 et suiv.

La seule limite de l'institution contractuelle est la légitime des descendants¹⁶⁴.

Les auteurs ne savaient pas dans quelle sorte de succession faire entrer l'institution contractuelle. Domat¹⁶⁵ expose que « *sa nature (est) mêlée de celles des testaments et de celles des conventions* ». L'institution contractuelle confère irrévocablement à l'institué la qualité de successeur qui ne peut être révoquée puisque incluse dans un contrat de mariage, contrairement au legs. Mais à l'inverse de la donation, l'institué ne reçoit les biens qu'au décès, à condition que le disposant n'en ait pas disposé à titre onéreux¹⁶⁶.

36. Les renonciations à succession future – Les renonciations à succession future consistent en une déclaration unilatérale faite par le renonçant en présence des autres membres de la famille, sans que le bénéficiaire ait à accepter expressément. Souvent la déclaration est renforcée par un serment. Ces renonciations se sont en premier lieu développées dans les milieux nobles. Mais elles ont également une utilité dans les familles paysannes puisqu'on y suit l'idée qu'il faut maintenir la terre aux fils tandis que les filles partent, grâce à leur mariage, dans d'autres paysanneries¹⁶⁷.

Certaines coutumes prévoient expressément ces renonciations à succession future¹⁶⁸ et aucune ne les prohibe. En pratique, elles sont fréquentes. Elles ne sont possibles que dans les contrats de mariage : d'ordinaire, dans le contrat de mariage de l'enfant renonçant mais on en trouve aussi dans celui de l'enfant à favoriser.

¹⁶⁴ La réserve n'est pas une limite lorsqu'elle ne protège les lignagers que contre les legs.

¹⁶⁵ DOMAT, *Loix civiles*, II^{me} partie, Préface, X, précité.

¹⁶⁶ MAZEAUD H., J. et L., *op. cit.*, § 695.

¹⁶⁷ LEFÈBVRE C., *op. cit.*, p. 162, § 87.

¹⁶⁸ Elles sont prévues expressément dans les coutumes du Berry, seule coutume à en donner une définition, Titre XIX, art. XXXIII : « *En contract de mariage des enfans, le pere ou mere leur peuvent donner de leur heritage & biens pour leurs parts & portions, ce que bon leur semblera, & moyennant ce leur faire renoncer à leurs futures successions, & eschoites, au profit des autres enfans : Et lesquelles renonciations seront bonnes et valables, & rendront inhabiles lesdits enfans renonçans à la succession ; lesquels, par ce moyen, ne le pourront dire, après le decez du pere ou mere, sis de aucune part et portion de leurs successions.* » BDR, tome III, p. 970, Anjou, Art. CCXLII et Maine, Art. CCLIX : cité par LAPLANCHE J., *op. cit.*, p. 162.

Ces renonciations ont pour objet de faire renoncer, par avance, à la succession de leur parent, les filles et les puînés afin qu'ils s'en tiennent à leur dot ou leur légitime, et ce, afin d'assurer une part prépondérante de l'aîné sur tous les biens de la succession. Le fondement de ces renonciations est la conservation des biens dans la famille ce qui fait dire à la doctrine que la renonciation d'un aîné au profit d'un puîné paraît ne pas être acceptée car contraire au droit coutumier¹⁶⁹.

Toutefois, la renonciation ne peut être faite qu'à la condition que l'enfant renonçant ait reçu des biens de la famille. Selon certaines coutumes¹⁷⁰, la valeur de cette dot ou de l'établissement importe peu et peut même être inférieure à la légitime.

Cette renonciation entraîne l'exclusion véritable de l'hérédité¹⁷¹. Mais le père peut la révoquer en effectuant un rappel à succession¹⁷².

Il faut également préciser que l'entrée en religion a le même effet que la renonciation à succession puisque le religieux est frappé de mort civile et ne peut plus acquérir. C'est ainsi que des pressions familiales s'exercent sur les puînés pour les faire entrer en religion et les rendre ainsi incapables d'hériter.

37. Les substitutions fidéicommissaires – Le troisième pacte sur succession future permettant de conserver le patrimoine familial, fréquemment utilisé, est la substitution fidéicommissaire. Elle est « *une disposition contenue en général dans un testament*¹⁷³ (...) en vertu de laquelle une personne, le disposant, charge le grevé ou gratifié de recevoir des biens qu'on lui transmet, à charge pour lui de les conserver et de les rendre à sa mort à un tiers,

¹⁶⁹ LEFÈBVRE C., *ibidem*, p. 163, § 87.

¹⁷⁰ C'est le cas dans les coutumes de Normandie (Art. CCLIII), Anjou (Art. CCXLI), Maine (Art. CCLVIII) pour les filles nobles ayant renoncé : LAPLANCHE J., *op. cit.*, p. 164.

¹⁷¹ LEPOINTE G., *op. cit.*, p. 453 § 855 ; LEBRUN cité par POTHIER, *Traité des successions, op. cit.*, p. 58.

¹⁷² A moins que la renonciation n'ait été faite dans le contrat de l'aîné et qu'en plus ce dernier ait bénéficié d'une institution contractuelle. Dans ce cas, les droits de l'aîné étaient à l'abri de toute atteinte. Cf. LEFÈBVRE C., *op. cit.*, p. 165, § 87.

¹⁷³ Bien qu'elles puissent être contenues dans un contrat quelconque.

*appelé substitué*¹⁷⁴ ». Elle implique ainsi la charge stricte de conserver et de rendre.

La substitution fidéicommissaire est faite, en général, par testament mais elle peut être également contenue dans une donation entre vifs. La substitution suit la nature de l'acte qui la contient. Ainsi, si elle est insérée dans un testament, elle aura la nature d'acte à cause de mort et sera soumise à la réserve coutumière¹⁷⁵.

La monarchie favorise la pratique des substitutions fidéicommissaires. En effet, combinées avec le droit d'aînesse et de masculinité, elles sont des « *actes de sagesse et de prévoyance qui font naître et entretiennent l'esprit de famille si favorable à l'ordre public et aux bonnes moeurs*¹⁷⁶ . »

Vers le XIV^e siècle¹⁷⁷ apparaît l'*ordo successivus* qui règlemente, au moyen des substitutions fidéicommissaires, la destinée d'un bien sur plusieurs générations voire siècles et dont la pratique se répand au XVI^e siècle. Ainsi, les substitutions peuvent à présent être faites pour un grand nombre de degrés voire être perpétuelles. Toutefois, même si cette institution permet de consolider le droit d'aînesse en rendant les biens indisponibles entre les mains du bénéficiaire de la substitution et de sa branche

¹⁷⁴ LEPOINTE G., *op. cit.*, p. 473-474, § 891.

¹⁷⁵ POTHIER, *Cœuvres complètes de Pothier, Traité des cens, des champarts, de la garde-noble et bourgeoise, du préciput légal des nobles, de l'hypothèque et des substitutions*, tome XXI, Chez Thomine et Fortic, 1821, p. 310 et suiv.

¹⁷⁶ BODIN, *Les six livres de la République*; Paris, 1583, liv.1, Chap. 4, p. 29 et 34-35 cité par AUGUSTIN J.-M., *Les substitutions fidéicommissaires à Toulouse et en Haut-Languedoc au XVIII^e siècle*, éd. P.U.F., 1980, p. 57.

¹⁷⁷ Les concessions féodales aboutissaient à des résultats analogues.

ainée¹⁷⁸, les biens concernés par la substitution fidéicommissaire demeurent indivisibles, insaisissables et inaliénables donnant ainsi l'apparence de la fortune sans la fortune, ce qui est problématique pour les créanciers. C'est la raison pour laquelle, la jurisprudence puis les ordonnances royales ont essayé d'en limiter les effets. L'ordonnance d'Orléans de 1560¹⁷⁹ défend de faire des substitutions de plus de deux degrés outre la substitution mais elle laissait en vigueur les substitutions antérieures même perpétuelles. L'ordonnance de Moulins de 1566¹⁸⁰ limite les anciennes substitutions antérieures à 1561 à quatre degrés et prescrit des mesures de publicité. Ces textes furent mal appliqués. Finalement le chancelier D'Aguesseau entreprend une nouvelle réforme pour corriger les interprétations variées des

¹⁷⁸ Extrait d'une substitution faite en 1664 dans le testament de Louis de Rohan, Prince de Guimené, Duc de Montbazou : « *Et parce qu'un des principaux soins auxquels la bonté Divine a attaché son salut, est celui de l'éducation de Messieurs ses enfans, et qu'il n'est pas moins obligé à faire en sorte qu'après son décès les biens qu'il a plu à Dieu de donner au seigneur testateur soient conservés par eux et par leurs successeurs, comme il est tenu pendant sa vie d'en faire un fidèle usage; désirant satisfaire à cette obligation, et maintenir d'ailleurs la grandeur de sa maison par la conservation des biens qu'elle a reçus de la libéralité du ciel, pressé de ses mouvemens et d'autres, à cause de l'expérience qu'il a de ce qui s'est passé jusqu'à présent dans sa famille, par la mauvaise conduite et le mauvais ménage des personnes qui le touche de plus près, il ordonne et dispose : c'est à sçavoir qu'il institue Monsieur Charles de Rohan, comte de Montbazou, son fils aîné, et Monsieur Louis de Rohan son second fils, ses héritiers en tous ces biens, meubles, propres et acquets et conquets immeubles, tels qu'ils pourront être au jour de son décès, pour être partagés entre eux suivant les dispositions des coutumes dans l'étendue desquelles ils se trouveront assis : Et à l'égard dudit seigneur son fils aîné, ledit seigneur testateur lui substitue par ces présentes ses enfans nés et à naître en loyal mariage, aux parts et portions qui lui pourront appartenir en sa succession, voulant que son fils se contente de l'usufruit et jouissance d'iceux, sans qu'il en puisse rien vendre, disposer, aliéner, ni hypothéquer en quelque façon que ce soit réservant par cette présente disposition le fonds et propriété de tous les susdits biens à ses petits enfans nés et à naître dudit seigneur son fils, qu'il substitue les uns aux autres, en cas de prédécès de l'un ou de plusieurs d'eux sans enfans légitime; auxquels petits enfans ledit seigneur testateur a substitué et substitue leurs enfans à naître en loyal mariage; et au cas que lesdits petits enfans viennent à mourir avant ledit seigneur son fils aîné, ou après lui sans enfans d'eux, ledit seigneur testateur veut que le fonds et propriété de sesdits biens appartiennent au seigneur Louis de Rohan son second fils. Et audit seigneur Louis de Rohan, il substitue les enfans qui naîtront de lui en loyal mariage, en la part et portion des biens qui lui écherront en sa succession : voulant qu'il se contente pareillement de l'usufruit et jouissance desdits biens, sans qu'il en puisse rien vendre, disposer ni hypothéquer en quelque façon que ce soit, réservant la propriété aux enfans qui naîtront de lui en loyal mariage, auxquels enfans ledit seigneur testateur substitue pareillement leurs enfans légitimes; et arrivant le décès dudit seigneur son second fils, avant que d'être marié, il lui substitue comme dessus ledit Seigneur Charles de Rohan son aîné; nommant pour exécutrice de son testament, madame Anne de Rohan sa très chère épouse. » in LEFÈBVRE C., op. cit. p. 169-170, note 2.*

¹⁷⁹ Article 59 de l'ordonnance d'Orléans, 1560.

¹⁸⁰ Article 57 de l'ordonnance de Moulins, 1566.

parlements et établir un droit uniforme. Il publie une ordonnance en 1748 sur les substitutions¹⁸¹ qui limite celle-ci à deux degrés.

38. Conclusion du chapitre – L'étude de l'émergence de la conservation des biens dans la famille ainsi que du droit coutumier en la matière démontre que pendant très longtemps, la réserve successorale a été conçue comme permettant la concentration des biens familiaux dans les mains du fils aîné.

Les sociétés hiérarchisées qu'étaient les barbares, puis la féodalité ont créé une distinction entre les biens propres, les biens nobles et les meubles et acquêts. Seuls les biens propres et les biens nobles avaient vocation à retourner à la famille puis à être transmis au fils aîné. Cela permettait de conserver des fiefs puissants afin de protéger les vassaux du seigneur en un temps où le roi n'avait que peu de pouvoirs.

Par la suite, le droit successoral coutumier a mis en œuvre des règles spéciales pour la transmission des biens nobles et des biens propres. Les biens nobles étaient ainsi soumis aux privilèges d'aînesse et de masculinité. Le fils aîné possédait un préciput légal sur le manoir principal et les terres attenantes ; préciput présent à la fois dans les lignes paternelles et maternelles et dans chaque région de coutume. Les biens propres, quant à eux, étaient protégés par la réserve coutumière, laquelle rendait, dans la plupart des coutumes, quatre-vingts de la succession aux propres indisponibles. Toutefois, seuls les legs étaient concernés par la réserve coutumière.

Enfin, les pactes sur succession future étaient fréquemment utilisés dans le droit coutumier pour éviter la division du patrimoine familial. Ainsi, les institutions contractuelles et les renonciations à succession future servaient à transmettre les biens nobles et propres à l'aîné au détriment des puînés et des filles.

¹⁸¹ « (...) toutes les substitutions faites soit par contrat de mariage ou autre acte entre vifs, soit par disposition à cause de mort, en quelques termes qu'elles soient conçues, ne pourront s'étendre au delà de deux degrés de substituez outre le donataire, l'héritier institué ou légataire, ou autre qui aura recueilli le premier les biens du donateur ou du testateur. » Article XXX, Ordonnance du Roy concernant les diversités de jurisprudence sur la matière des substitutions fidéicommissaires, De l'imprimerie royale, 1748.

Le droit coutumier organisait la transmission du patrimoine dans les mains d'un seul héritier. Cette concentration permettait de conserver des familles aristocrates et paysannes fortes. Toutefois, cette concentration dans les mains du fils aîné se faisait au détriment des puînés et des filles. L'égalité proclamée par les révolutionnaires ne pouvait se satisfaire de cette législation et elle est abolie en 1789¹⁸². Aujourd'hui, la conservation des biens dans la famille existe toujours en droit contemporain. Toutefois, elle n'est présente que dans les droits de retour.

Chapitre II – Le rôle résiduel de la conservation des biens dans la famille dans le droit contemporain : les droits de retour

39. Plan - Alors que la conservation des biens dans la famille était le cœur du droit successoral avant la Révolution, elle n'occupe plus, aujourd'hui, qu'une fonction résiduelle dans le droit des successions puisqu'elle ne s'exprime plus que dans les droits de retour. En réaction au morcellement des successions du droit coutumier, les rédacteurs du Code civil ont introduit le principe de l'unité de la succession. Toutefois, ils ont maintenu une parcelle de conservation des biens dans la famille par le biais des droits de retour, lesquels attribuent certains biens familiaux à certains héritiers de la famille en raison de leur origine ou de leur nature. Le droit de retour se caractérise par deux éléments : en premier lieu, l'autonomie puisque les biens sont scindés de la masse successorale pour former une masse distincte et, en second lieu, le « dessein familial » car le droit de retour crée une dévolution autonome afin que les biens restent dans la famille¹⁸³. Ainsi, deux successions distinctes et parallèles s'ouvrent au décès du *de cuius* : la

¹⁸² Cf. *supra* n° 77.

¹⁸³ PÉNIN O., « Evolution des droits de retour dans le Code civil depuis les lois de 2001 et 2006 », *RTD Civ.* 2014, 49.

succession obéissant aux règles ordinaires de la dévolution successorale et la succession anormale obéissant à des règles propres.

Trois droits de retour furent créés par les rédacteurs du Code civil : le droit de retour de l'ascendant donateur, le droit de retour des frères et sœurs légitimes de l'enfant naturel et enfin celui de la famille adoptive dans la succession de l'enfant adopté. Les deux premiers ont été supprimés par la loi du 3 janvier 1972 et seul le droit de retour de l'enfant ayant fait l'objet d'une adoption simple existait encore à la veille de la réforme contemporaine du droit des successions.

Aujourd'hui, le législateur fait preuve d'un regain d'intérêt quant au droit de retour. En contrepartie de la diminution des droits successoraux de la famille par le sang au profit du conjoint survivant, le législateur a octroyé, en l'absence de descendant du *de cuius*, un droit de retour au profit des collatéraux privilégiés et un droit de retour au profit des père et mère. Ces droits de retour ont pour but de limiter la transmission des biens familiaux au conjoint survivant, qui, par définition, est un étranger à la famille. Pourtant, aucun de ces droits de retour n'atteint réellement son but et ne permet la conservation des biens dans la famille puisque le droit de retour de l'enfant ayant fait l'objet d'une adoption simple cède devant le conjoint survivant (Section I), que celui des collatéraux privilégiés n'est que partiel (Section II) tandis que celui des père et mère, outre le fait qu'il n'est que partiel, peut même être en valeur (Section III).

Section I – Le droit de retour de la personne ayant fait l'objet d'une adoption simple

40. Définition - L'adoption simple crée un droit de filiation entre l'adopté et l'adoptant tout en conservant le lien de filiation originel. La personne ayant fait l'objet d'une adoption simple acquiert alors des droits successoraux dans sa famille adoptive tout en conservant ceux de sa famille d'origine. En raison de ce double lien de filiation, lors de son décès, la fente successorale s'exerce et la succession est divisée entre les deux familles. Toutefois, pour éviter que des biens provenant de la famille adoptive ou des père et mère ne soient attribués à l'autre famille, le législateur a créé un droit

de retour aux termes duquel « *les biens donnés par l'adoptant ou recueillis dans sa succession retournent à l'adoptant ou à ses descendants, s'ils existent encore en nature lors du décès de l'adopté. Les biens que l'adopté avait reçus à titre gratuit de ses père et mère retournent pareillement à ces derniers ou à leurs descendants.*¹⁸⁴ »

41. Conditions quant aux personnes - Pour que le droit de retour du défunt ayant fait l'objet d'une adoption simple prenne effet et que les biens fassent retour dans leur famille d'origine, il est nécessaire que le *de cujus* décède sans descendance. En effet, l'absence ou la renonciation¹⁸⁵ de tout descendant conditionne l'exercice de tous les droits de retour puisqu'un danger apparaît alors : la fuite des biens de famille en faveur d'une branche de la famille dont n'est pas issu le bien.

En outre, le droit de retour de la personne ayant fait l'objet d'une adoption simple ne peut être exercé qu'en l'absence de conjoint survivant. Cette exigence de l'absence de conjoint survivant est récente puisque avant la loi du 23 juin 2006, le droit de retour légal de la personne ayant fait l'objet d'une adoption simple jouait même en présence du conjoint survivant et ce dernier voyait lui échapper les biens de famille au profit de la famille d'origine de ces derniers. Ainsi, le sort du conjoint survivant d'une personne ayant fait l'objet d'une adoption simple était moins favorable que celui du conjoint survivant de droit commun. Le législateur a par conséquent décidé de supprimer cette discrimination basée sur la filiation en modifiant l'article 368-1 puisqu'en présence du conjoint, le droit de retour des collatéraux privilégiés et le droit de retour des père et mère¹⁸⁶ trouvent à s'appliquer.

¹⁸⁴ Conformément à l'article 368-1 du Code civil.

¹⁸⁵ Cass. 1^{re} Civ., 16 sept. 2014, n° 13-16164 : *Gaz. Palais* 2015, n° 34, p. 36, obs. LEROY M. et LEROND S. ; *Revue des contrats* 2015/1, p. 89, note GOLDIE-GENICON S. ; *Dr. Fam.* 2014, n° 11, p. 46, note NICOD M. ; *RJPF* 2014, n° 11, p. 40, note SAUVAGE F. ; *LPA* 2014, 213, p. 7, note ZALEWSKI-SICARD V. Même si cet arrêt portait sur un droit de retour conventionnel, la Cour de cassation retient « *qu' un descendant renonçant ne peut faire obstacle au droit de retour qu'il soit légal ou convenu au cas de prédecès du donataire.* »

¹⁸⁶ L'exercice du droit de retour des père et mère en présence du conjoint survivant est discuté. Toutefois, la majeure partie de la doctrine s'accorde à dire que ce droit de retour joue en présence du conjoint survivant : *Cf. supra* n° 59.

42. Conditions quant aux biens - Le droit de retour ne prend effet que si le *de cuius* ayant fait l'objet d'une adoption simple a reçu des biens par succession ou donation de ses père et mère ou de ses père et mère adoptifs. Ces biens doivent se retrouver en nature dans la succession ce qui signifie qu'ils ne doivent pas avoir péri et que le *de cuius* n'en a pas disposé à titre onéreux ou gratuit¹⁸⁷. Le droit de retour étant un droit successoral¹⁸⁸, ses bénéficiaires reprennent les biens dans l'état où ils se trouvent, grevés des droits consentis par le *de cuius*. Ils font également leur affaire des améliorations ou des dégradations survenues entre la transmission du bien et le décès du *de cuius*¹⁸⁹.

43. Effets - Les bénéficiaires du droit de retour légal de la personne ayant fait l'objet d'une adoption simple sont les père et mère adoptifs ou naturels et leurs descendants à condition qu'ils soient aptes à succéder¹⁹⁰. Font alors retour au parent donateur ou à ses descendants les biens en totalité afin que ceux-ci restent dans leur famille d'origine.

En raison du caractère successoral du droit de retour, le bénéficiaire du droit de retour est toujours un successeur à titre universel. Il supporte les dettes à proportion de l'actif.

44. Articulation du droit de retour de l'adopté simple sur les autres droits de retour - Le droit de retour de la personne ayant fait l'objet d'une adoption simple relève d'une disposition spéciale qui s'appliquerait de

¹⁸⁷ Cass. du 13 juin 1961, *Gaz. Pal.* 1962.2.362.

¹⁸⁸ Il ne s'agit pas d'une condition résolutoire tacite comme dans les pays de droit écrit mais d'un droit successoral. Cette question a été tranchée par la jurisprudence : Civ. 16 mars 1830 ; Civ. 8 mars 1858 : *DP* 1858.1.97 ; 24 juillet 1901 : *DP* 1901.1.537 note SARRUT, *S.* 1901.1.433 note LYON-CAEN ; Chambres réunies, 2 juillet 1903 : *S.* 1904.1.65, note LYON-CAEN.

¹⁸⁹ Pour une étude plus approfondie, voir n° 51 et le droit de retour des collatéraux privilégiés.

¹⁹⁰ Soit qu'ils existent au décès de l'adopté et qu'ils ne soient ni indignes, ni renonçants.

manière prioritaire¹⁹¹. En effet, lorsque les conditions de l'article 368-1 ne sont pas remplies et notamment en présence du conjoint survivant, il est possible d'invoquer les droits de retour des collatéraux privilégiés et/ou des père et mère. Dans ce cas, si une partie des biens a été aliénée par le *de cuius*, les père et mère peuvent invoquer l'article 368-1 pour les biens se trouvant en nature dans la succession et l'article 738-2 pour les biens aliénés. Les collatéraux privilégiés, quant à eux, pourront invoquer l'article 757-3 pour les biens venant d'un ascendant et se trouvant en nature dans la succession. Une même succession pourrait ainsi être divisée en trois successions distinctes dont deux successions anormales.

45. Conclusion - Le droit de retour de la personne ayant fait l'objet d'une adoption simple est fondé sur la conservation des biens dans sa famille d'origine. Toutefois, il n'atteint que partiellement son but puisque la conservation des biens dans la famille cède en présence du conjoint survivant alors que ce dernier ne fait pas partie de la famille d'origine du bien.

Les collatéraux privilégiés bénéficient également d'un droit de retour sur les biens de famille, toutefois, il n'atteint que difficilement son but.

Section II – Le droit de retour des collatéraux privilégiés

46. Genèse du droit de retour des collatéraux privilégiés - Le droit de retour des collatéraux privilégiés a été créé par la loi du 3 décembre 2001. Lors des discussions parlementaires précédant cette loi, un désaccord s'est élevé entre l'Assemblée Nationale, favorable au conjoint survivant, laquelle souhaitait exclure les collatéraux privilégiés de la succession en l'absence de

¹⁹¹ En ce sens : LACOUR C. « L'incidence de la loi du 23 juin 2006 sur la succession de l'adopté simple », *Dr. Fam.* 2007, étude 35 ; LEVILLAIN N., « Nouvelles règles de dévolution de la succession de l'adopté – Une réforme incomplète », *JCP N* 2007, 1223 ; LEQUETTE Y., « La règle de l'unité des successions après la loi du 3 décembre 2001 », *Mélanges Simler*, éd. Dalloz-LexisNexis- Litec, 2006, p. 167.

descendant, et le Sénat qui souhaitait leur voir conserver des droits légaux. La commission mixte paritaire retint un compromis : puisque le fondement des droits successoraux des collatéraux privilégiés était la conservation des biens dans la famille, cet objectif pouvait être rempli de manière plus satisfaisante par un droit de retour portant sur les biens de famille plutôt que par des droits successoraux pouvant porter sur des biens acquis par le couple. C'est ainsi que l'article 757-3 fut introduit dans le Code civil. Selon cet article, en cas de prédécès des père et mère, les biens reçus des ascendants¹⁹² du *de cuius* 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, eux-mêmes descendants du parent prédécédé à l'origine de la transmission.

47. Conditions relatives aux personnes - Le droit de retour des collatéraux privilégiés s'applique lorsque le *de cuius* décède sans descendance¹⁹³ mais en présence d'un conjoint survivant. Le libellé de l'article 757-3 laisse à penser que ce droit de retour s'exerce uniquement en présence d'un conjoint survivant. Cela signifie qu'en l'absence de conjoint survivant, le droit de retour ne jouera pas et les règles de la dévolution *ab intestat* s'appliqueront sans préférence pour la branche familiale d'où est issu le bien de famille¹⁹⁴. Cette solution paraît étonnante et éloignée de l'idée de conservation des biens dans les familles et mérite d'être modifiée.

48. Condition de prédécès des père et mère dans le droit de retour des collatéraux privilégiés - Le droit de retour des collatéraux privilégiés impose que les père et mère soient prédécédés. Toutefois, une question mérite d'être posée : est-il nécessaire que les deux parents soient décédés ou peut-on envisager que seul le parent à l'origine de la transmission soit mort ? Le texte

¹⁹² A l'origine, l'article ne prévoyait qu'un droit de retour sur les biens reçus des père et mère. Les biens reçus des ascendants a été rajouté par la loi du 23 juin 2006.

¹⁹³ Qu'il n'y ait pas de descendants, qu'ils soient renonçants ou indignes comme dans le droit de retour de l'adopté simple.

¹⁹⁴ FERRÉ-ANDRÉ S. et BERRE S., *Successions et Libéralités*, 2^e éd. Hypercours Dalloz, 2014, p. 134, § 228.

de l'article 757-3 utilise les mots « *en cas de prédécès des père et mère* » portant à croire que le décès des deux parents est indispensable¹⁹⁵. En effet, si l'un des parents est encore en vie, il recueille un quart de la succession ce qui écarterait le droit de retour des collatéraux¹⁹⁶. Les travaux parlementaires accréditent cette thèse puisqu'ils précisent qu'en cas de prédécès des père et mère, le conjoint survivant recueille toute la succession et qu'en ce cas, le droit de retour doit jouer¹⁹⁷. Pourtant, on peut regretter cette interprétation puisqu'elle ruine la volonté de conserver les biens de famille. En effet, en cas de prédécès du parent ayant donné un bien de famille au *de cuius*, ce bien de famille sera partagé entre l'autre parent et le conjoint survivant, bien loin de sa famille d'origine.

Une autre question reste en suspens : l'article 757-3 précise que le droit de retour ne joue qu'en cas de décès des père et mère. Si le bien a été transmis par un ascendant ordinaire et que celui-ci est encore en vie au décès du *de cuius*, à l'inverse des père et mère du *de cuius*, verra-t-il le bien lui échapper et être attribué à ses descendants¹⁹⁸ ? Même si la lettre du texte impose cette solution, on peut la regretter¹⁹⁹. L'article devrait ainsi être modifié en précisant qu'en cas de prédécès de l'ascendant à l'origine de la transmission, les biens reçus de celui-ci font l'objet d'un droit de retour.

49. Conditions relatives aux biens - Le droit de retour des collatéraux privilégiés exige que les biens aient été reçus par succession ou donation

¹⁹⁵ De cet avis : PIEDELIÈVRE S., *Successions et libéralités*, éd. Larcier, 2014, p. 110, § 89 ; JUBAULT C., *op. cit.*, p. 188, § 259 ; MALAURIE P. et BRENNER C., *Les successions, les libéralités*, 6^{me} éd. LGDJ, 2014, p. 79, § 122 ; TERRÉ F., LEQUETTE Y. et GAUDEMET S., *Les successions, les libéralités*, 4^{me} éd. Dalloz, 2013, p. 226, § 221 ; LEROYER A.-M., *Droit des successions*, 3^{me} éd. Dalloz, 2014, p. 157, § 203.

¹⁹⁶ JUBAULT C., *op. cit.*, p. 188, § 259.

¹⁹⁷ VIDALIES A. et HYEST J.-J., *Rapport AN n° 3382 et Sénat n° 67*.

¹⁹⁸ LEPROVAUX J., « L'évolution des droits de retour légaux dans la législation contemporaine du droit des successions », *LPA* 2 juillet 2007.

¹⁹⁹ Le texte originel issu de la loi du 3 décembre 2001 ne visait que le cas de biens reçus des père et mère. La loi du 23 juin 2006 s'est contentée de substituer « les biens que le défunt avait reçu d'eux » aux « biens que le défunt avait reçu de ses ascendants ». On peut ainsi se demander s'il s'agit d'un oubli du législateur.

d'un ascendant privilégié ou ordinaire. Ces biens recueillis à titre gratuit peuvent être qualifiés de biens de famille et on va présumer leur valeur affective. Ces biens doivent évidemment se retrouver en nature dans la succession ce qui signifie qu'il ne doivent pas avoir péri et que le *de cuius* n'en a pas disposé à titre onéreux ou gratuit²⁰⁰.

Puisque ce droit de retour porte sur les biens de famille, ayant une valeur affective, on pourrait penser qu'il ne peut porter que sur des biens corporels comme un immeuble ou un meuble meublant. En effet, certains biens sont totalement dépourvus de valeur affective tel qu'un portefeuille de valeur mobilière par exemple. Toutefois, en l'absence de précision par le législateur, on ne peut exclure les biens « sans affect » du droit de retour légal²⁰¹. Même si cela contredit le fondement du droit de retour légal, le critère de la valeur affective paraît trop subjectif pour pouvoir être utilisé.

Le bien doit se retrouver en nature dans la succession. Malgré sa simplicité, cette condition peut poser problème. En effet, la nature des biens exigée est-elle la nature d'origine ? Peut-on dire que le bien amélioré voire transformé se retrouve en nature dans la succession du *de cuius* ? Le terrain surbâti d'une maison par le *de cuius* a-t-il changé de nature ? On peut penser que le bien modifié matériellement ne change pas de nature, ainsi, le terrain surbâti ferait retour²⁰². En revanche, le bien dont la nature juridique s'est modifiée ne se retrouverait pas en nature dans la succession. Ce serait le cas, par exemple, d'une maison de famille apportée à une SCI même si le *de cuius* est propriétaire de parts de la société.

²⁰⁰ La jurisprudence s'est prononcée sur la question quant au droit de retour de l'enfant adopté simplement dans un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 13 juin 1961, *Gaz. Pal.* 1962.2.362. On peut rapprocher le droit de retour des collatéraux de cette solution d'autant qu'une réponse ministérielle le confirme. Rép. min. n° 85443, justice : JOAN Q 11 juillet 2006, p. 7371, *erratum* publié in JOAN Q 13 février 2007.

²⁰¹ *Contra* : BEIGNIER B., « La loi du 3 décembre 2001 : le conjoint héritier », *Dr. Fam.* 2002, n° 4, p. 4.

²⁰² *Contra* BEIGNIER B., article précité.

En revanche, les choses de genre ne peuvent bénéficier du droit de retour légal en raison de leur fongibilité²⁰³ puisque celle-ci rend impossible l'identification en nature de la chose²⁰⁴. Ainsi, une somme d'argent ne peut faire l'objet d'un droit de retour légal²⁰⁵ sauf si son identification est possible parce qu'elle a été déposée sur un compte spécifique, par exemple²⁰⁶.

Certains auteurs se sont interrogés sur le point de savoir si le droit de retour pourrait porter sur un bien donné ou légué ayant fait l'objet d'une réduction en nature. En effet, la réduction entraîne la caducité du legs qui ferait ainsi partie du patrimoine du défunt²⁰⁷. Toutefois, le principe est aujourd'hui de la réduction en valeur laissant à penser que cette hypothèse sera très rare. En outre, le legs écartant le droit de retour, on voit mal comment ce dernier pourrait réapparaître suite à une action en réduction et primer alors la réserve du conjoint, d'ordre public²⁰⁸. Ainsi, il faut convenir que la réduction ne ressuscite pas le droit de retour.

²⁰³ GOUBEAUX G., « Réforme des successions : l'inquiétant concours entre collatéraux privilégiés et conjoint survivant (à propos de l'article 757-3 du Code civil) », *Deffrénois* 2002, p. 427 ; HUGOT J. et PILLEBOUT J.-F., *Les droits du conjoint survivant*, 2^e éd. Litec, 2005 ; BEIGNIER B., *La réforme du droit des successions – Loi du 3 décembre 2001 : analyse et commentaire*, éd. Litec, coll. Carré droit, 2002 ; PIEDELIÈVRE S., *Successions et Libéralités*, éd. Larcier, 2014, p. 111 ; LEROYER A.-M., *op. cit.*, p. 159, § 204.

Contra : GRIMALDI M. à propos du droit de retour des parents de l'adopté, *Droit civil – Successions*, 6^{ème} édition, éd. Litec, 2001, n° 257, mais dubitatif à propos de l'article 757-3 dans l'article suivant « Droits du conjoint survivant : brève analyse d'une loi transactionnelle », *AJ Famille* 2002, p. 48.

²⁰⁴ *Contra* : TERRÉ F., LEQUETTE Y., GAUDEMET S., *op. cit.*, p. 221, § 213, note 4.

²⁰⁵ GOUBEAUX G., « Réforme des successions : l'inquiétant concours entre collatéraux privilégiés et conjoint survivant (à propos de l'article 757-3 du Code civil) », *Deffrénois* 2002, p. 427 ; BEIGNIER B., « La loi du 3 décembre 2001 : le conjoint héritier », *Dr. Fam.* 2002, n° 4, p. 4 ; FORGEARD M.-C., CRONE R. et GELOT B., *La réforme du droit des successions*, éd. *Deffrénois*, 2002, n° 9.

Contra : ROBINNE S., « De quelques interrogations en droit des successions depuis la loi du 3 décembre 2001 », *Dr. et Pat.* 2002, n° 110, p. 24, ROTON-CATALA M.-C., *Droit patrimonial de la famille 2015-2016*, éd. Dalloz, 2015, p. 521, n° 235.30.

²⁰⁶ PIEDELIÈVRE S., *op. cit.*, p. 112.

²⁰⁷ En faveur de cette interprétation : GOUBEAUX G., « Réforme des successions : l'inquiétant concours entre collatéraux privilégiés et conjoint survivant (à propos de l'article 757-3 du Code civil) », *Deffrénois* 2002, p. 427.

²⁰⁸ LEROYER A.-M., *op. cit.*, p. 160, § 204.

50. Difficulté de la preuve de la provenance - Afin de pouvoir bénéficier du droit de retour légal, les collatéraux devront rapporter la preuve de sa provenance. Pour les immeubles, cette preuve est facile à rapporter grâce à la publicité foncière. En revanche, pour les biens mobiliers, cette preuve est bien plus difficile à rapporter puisque ces biens sont souvent donnés manuellement. A moins qu'il ne soit marqué du sceau d'un ascendant, cette preuve posera des difficultés²⁰⁹.

51. Améliorations ou dégradations par le défunt - Toutefois un problème se pose : lorsqu'un bien de famille qui fait l'objet d'un droit de retour a été amélioré ou dégradé par le *de cuius*, peut-il y avoir dédommagement ? Ainsi, on peut imaginer un bâtiment ayant fait l'objet d'une extension ou encore une entreprise développée par le donataire. On peut aussi, à l'inverse, imaginer qu'une maison, transmise en bon état, menace ruine par défaut de soins. La loi est muette quant au sort de ces améliorations ou dégradations et la nature successorale du droit de retour laisse à penser que font retour les biens dans l'état dans lequel ils se trouvent à l'ouverture de la succession, le bénéficiaire du droit de retour bénéficiant des améliorations et supportant les dégradations²¹⁰.

Si le bien, objet du droit de retour, a fait l'objet d'améliorations par le *de cuius* alors qu'il est marié, son conjoint pourrait-t-il en être indemnisé ? Lorsqu'il y a eu amélioration par des fonds communs, en régime de communauté, la théorie des récompenses pourra amoindrir le préjudice pour le conjoint survivant à condition que le bien soit propre au *de cuius*²¹¹, que les améliorations ne soient pas qualifiées de

²⁰⁹ De cet avis : GOUBEAUX G., « Réforme des successions : l'inquiétant concours entre collatéraux privilégiés et conjoint survivant (à propos de l'article 757-3 du Code civil », *Defrénois* 2002, p. 427.

²¹⁰ GOUBEAUX G., « Réforme des successions : l'inquiétant concours entre collatéraux privilégiés et conjoint survivant (à propos de l'article 757-3 du Code civil », *Defrénois* 2002, p. 427 : Gilles Goubeaux propose de fonder une distinction sur le caractère exceptionnel du droit du successeur : en cas de détérioration, le bénéficiaire du droit de retour n'aurait eu droit à aucune indemnité, en revanche, en cas d'accroissement du à l'activité du donataire, une indemnité égale à la plus value aurait été due.

²¹¹ Conformément à l'article 1412 du Code civil : « Récompense est due à la communauté qui a acquitté la dette personnelle d'un époux. »

charge de jouissance²¹² ou ne proviennent pas du travail personnel du *de cuius*²¹³. Mais en régime de séparation de biens, le préjudice sera entier puisque le conjoint survivant sera privé de ces améliorations²¹⁴. Ainsi, il apparaît nécessaire de prévoir un régime d'indemnisation des améliorations apportées par le *de cuius*. Pour ce faire, il serait opportun d'utiliser le régime des récompenses de l'article 1469 du Code civil même si cela doit complexifier les règlements successoraux²¹⁵.

52. Bénéficiaires - Les bénéficiaires du droit de retour sont les collatéraux privilégiés, soit les frères et sœurs du défunt, ainsi que leurs descendants mais uniquement ceux issus du parent à l'origine de la transmission.

53. Effet - Lorsque les conditions sont remplies, les collatéraux privilégiés recueillent la moitié indivise du bien au titre de la succession anormale. Une indivision s'ouvre alors entre les collatéraux privilégiés et le conjoint survivant.

54. Véritable droit de retour ? – Certains auteurs affirment que le droit de retour des collatéraux privilégiés n'en serait pas un et qu'il ne créerait pas de

²¹² 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 : Civ. 1^{re}, 31 mars 1992 : *Bull. civ. I*, n° 96; *JCP* 1993. II. 22003, note PILLEBOUT J.-F.; *JCP* 1993. II. 22041, note TISSERAND A.; *Defrénois* 1992. 1121, note CHAMPENOIS G.; *Defrénois* 1992.1993. 545, étude MORIN G.; *RTD civ.* 1993. 401, obs. LUCET F. et VAREILLE B.

²¹³ Civ. 1^{re}, 30 juin 1992 : *JCP G* 1993. I. 3656, n° 11, obs. TISSERAND A. ; *RTD Civ.* 1993, 410, obs. LUCET F. et VAREILLE B.

²¹⁴ GOUBEAUX G., « Réforme des successions : l'inquiétant concours entre collatéraux privilégiés et conjoint survivant (à propos de l'article 757-3 du Code civil », *Defrénois* 2002, p. 427.

²¹⁵ *Contra* : Pour Laurent LEVENEUR, c'est à la succession anormale de bénéficier de ces améliorations, en l'absence de précisions dans la loi. Cf. : LEVENEUR L., « Pour le droit de retour de l'article 757-3 du Code civil, avec quelques améliorations », *Mélanges Simler*, éd. Dalloz-LexisNexis Litec, 2006 ; GOUBEAUX G., « Réforme des successions : l'inquiétant concours entre collatéraux privilégiés et conjoint survivant (à propos de l'article 757-3 du Code civil) », *Defrénois* 2002, p. 427.

succession anormale, distincte de la succession normale²¹⁶. Dans une succession anormale, deux successions distinctes sont créées dans lesquelles chaque bénéficiaire bénéficie d'une option. Or, le conjoint et les collatéraux privilégiés n'ont qu'une option chacun pour leur succession et ne peuvent user d'une option dans chaque succession²¹⁷. En outre, le droit de retour n'est que de moitié du bien selon les défenseurs de la thèse de l'unité de la succession en présence du droit de retour des collatéraux privilégiés. En outre, il semblerait, que l'article 757-3 ne joue que par dérogation à l'article 757-2, ce qui aurait pour conséquence que conjoint et collatéraux privilégiés n'auraient pas d'option²¹⁸.

Cette thèse entraînerait toutefois une conséquence qui irait à l'encontre de l'esprit de la loi : s'il n'y a pas de succession anormale, alors le droit à réserve du conjoint survivant s'appliquerait sur toute la succession, le bien faisant l'objet du droit de retour compris²¹⁹.

Toutefois, on peut douter de cette thèse. En effet, c'est l'origine du bien qui conditionne la dévolution au profit de certains collatéraux privilégiés²²⁰. Si l'on retient la thèse de l'unité de succession, comment pourrait-on alors justifier que seule une partie des collatéraux privilégiés bénéficie de ces droits successoraux ? Cette différenciation de traitement n'est justifiable que, parce que le bien faisant retour est un bien de famille et que le fondement du droit de retour est la conservation des biens dans la famille.

²¹⁶ En ce sens : GOUBEAUX G., « Réforme des successions : l'inquiétant concours entre collatéraux privilégiés et conjoint survivant (à propos de l'article 757-3 du Code civil) », *Deffrénois* 2002, p. 427.

JUBAULT C., *op. cit.*, p. 303, § 416 ; TERRÉ F., LEQUETTE Y. et GAUDEMET S., *Les successions- les libéralités*, 4^{ème} éd. Dalloz, p. 227, § 223.

Contra : CATALA P., *Juris-Classeur. Notarial Répertoire V° droits du conjoint successible – Nature, montant, exercice*, 2007, n° 104 ; FERRÉ-ANDRÉ S., « Des droits supplétifs et impératifs du conjoint survivant dans la loi du 3 décembre 2001 (Analyse raisonnée de quelques difficultés) », *Deffrénois* 2002, p. 863 ; PARIS, *Les droits de retour légaux des articles 738-2 et 757-3 du Code civil*, thèse Paris, 2012, p. 244, § 262.

²¹⁷ *Contra* : ROTON-CATALA M.-C., *Droit patrimonial de la famille 2015-2016*, éd. Dalloz, 2015, p. 520, n° 235.13.

²¹⁸ JUBAULT C., *op. cit.*, p. 302-303, § 415-418 ; TERRÉ F., LEQUETTE Y. et GAUDEMET S., *op. cit.*, 4^{ème} éd. Dalloz, p. 227, § 223.

²¹⁹ TERRÉ F., LEQUETTE Y. et GAUDEMET S., *op. cit.*, 4^{ème} éd. Dalloz, p. 228, § 225.

²²⁰ Ceux qui descendent de l'ascendant à l'origine de la transmission

L'argument de la quotité du retour n'est pas convaincant puisque ce droit de retour est le compromis trouvé par le législateur pour satisfaire les partisans des droits du conjoint et ceux souhaitant conserver les biens dans la famille. Ainsi, on ne peut parler de dévolution ordinaire, même si la succession anormale ne concerne qu'une fraction du bien.

55. Droit de retour et réduction – Le droit de retour s'articule mal avec le rapport et la réduction. Imaginons qu'une mère ait donné la totalité de son patrimoine composé d'une maison de famille à son fils A en avancement de part successorale. Au décès de celle-ci, B, la sœur de A, reçoit une indemnité de rapport de 50 versée par A. Puis A décède peu de temps après, sans descendants mais en laissant une épouse. La maison vaut toujours 100 et B bénéficiera du retour de la moitié de la maison pour 50. L'opération est rentable pour B. Un exemple similaire peut être donné avec une indemnité de réduction²²¹.

56. Critique - Toutefois, est-ce que ce droit de retour, tel qu'il a été conçu est vraiment la bonne solution pour conserver les biens dans la famille ? On peut en douter pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, la moitié du bien sera dévolue aux collatéraux privilégiés tandis que l'autre moitié sera attribuée au conjoint survivant. Il faudra par conséquent procéder à un partage et en l'absence de partage en nature possible et d'accord entre les collatéraux eux-mêmes et/ou le conjoint, il est probable que le bien sera licité²²². Ensuite, le barème des droits de mutation à titre gratuit entre frères et sœurs voire entre oncle et neveu ne peut qu'inciter les collatéraux à revendre le bien de famille

²²¹ ROBINNE S., « De quelques interrogations en droit des successions depuis la loi du 3 décembre 2001 », *Dr. et Pat.* 2002, n° 110, p. 24.

²²² De cet avis également : GOUBEAUX G., « Réforme des successions : l'inquiétant concours entre collatéraux privilégiés et conjoint survivant (à propos de l'article 757-3 du Code civil », *Deffrénois* 2002, p. 427.

pour payer ces droits²²³. Peut-on réellement parler de droit successoral dans ces conditions ? Les obstacles constitués par le droit de l'indivision et le droit fiscal peuvent-ils réellement être surmontés pour que le bien soit conservé dans la famille ?

Ainsi, ce droit de retour n'est pas dénué d'inconvénient pour un résultat très aléatoire qui sera fonction de la capacité des collatéraux et du conjoint survivant de s'entendre pour partager le bien et de la capacité financière des collatéraux pour rembourser le conjoint survivant et/ou les collatéraux et payer les droits de mutation à titre gratuit.

Un auteur a proposé que le droit de retour porte uniquement sur la nue-propriété du bien²²⁴. En effet, cela limiterait la plupart des inconvénients. Tout d'abord, l'usufruit serait dévolu au conjoint ce qui lui permettrait de continuer à utiliser le bien, notamment s'il s'agit de sa résidence principale, ou d'en percevoir les fruits. Quant au paiement des droits de mutation à titre gratuit, la base taxable sera assise sur la nue-propriété et le paiement des droits pourra être différé au décès du conjoint survivant usufruitier conformément aux articles 397 et 404B de l'annexe III du Code

²²³ Selon l'article 777 du Code général des impôts, le taux des droits de mutation à titre gratuit entre frères et sœurs vivants ou représentés est de 35 % lorsque la fraction de part nette taxable est inférieure à 24 430 euros et 45 % au delà de 24 430 euros. Entre parents jusqu'au 4^{ème} degré inclusivement, le taux atteint 55 %.

Imaginons ce droit de retour en pratique. Si M. X décède en laissant un conjoint survivant Mme X, un frère vivant, et quatre neveux et nièces issus de deux autres frères prédécédés (chacun ayant eu deux enfants). La succession comporte une maison, qui ne constitue pas le logement principal de Mme X d'une valeur de 600 000 euros. Le frère vivant recueille 1/6^{ème} du bien et les neveux chacun 1/12^{ème} au titre de leur droit de retour, le reste étant dévolu à Mme X. Si les collatéraux souhaitent conserver ce bien dans la famille, ensemble, ils devront indemniser le conjoint à hauteur de sa moitié indivise soit 300 000 euros. Sur la part recueillie au titre du droit de retour, le frère bénéficiera d'un abattement de 15 932 euros. L'actif net taxable sera par conséquent de 84 068 euros sur lequel il devra payer les droits de mutation à titre gratuit d'un montant de $(24\,430 \times 35\%) + ((84\,068 - 24\,430) \times 45\%) = 8550,50 + 26\,837,1 = 35\,387,60$ euros et pour chaque neveu représenté pour lesquels l'abattement se divise : $(24\,430 \times 35\%) + ((42\,034 - 24\,430) \times 45\%) = 16\,472,30$ euros. Ainsi, le coût total pour les collatéraux sera de 401 268,80 euros.

Imaginons maintenant que le frère du *de cuius* souhaite racheter la part de ses neveux et du *de cuius*. Cela lui en coûtera le prix à verser à ses coindivisaires soit 500 000 euros auquel il faudra rajouter les droits de mutation à titre gratuit soit 35 387,60 euros ce qui donne un total de 535 387 euros.

Enfin, si l'on prend l'hypothèse selon laquelle le *de cuius* n'avait qu'un frère. Celui-ci recueillera la moitié indivise du bien d'une valeur de 300 000 euros sur laquelle il devra payer 125 387,60 euros de droit de mutation à titre gratuit²²³ outre le rachat de la part indivise du conjoint survivant.

²²⁴ De cet avis également : LEVENEUR L., « Pour le droit de retour de l'article 757-3 du Code civil, avec quelques améliorations », *Mélanges Simler*, éd. Dalloz-LexisNexis Litec, 2006; GOUBEAUX G., « Réforme des successions : l'inquiétant concours entre collatéraux privilégiés et conjoint survivant (à propos de l'article 757-3 du Code civil) », *Deffrénois* 2002, p. 427.

général des impôts. Toutefois cela ne résoudrait pas le problème de l'indivision entre collatéraux et du risque de licitation en découlant. En outre, le démembrement entre personnes qui ne sont pas de la même famille risquerait de créer des situations conflictuelles. Cette solution doit être écartée.

57. Conclusion – Alors que le droit de retour des collatéraux privilégiés a été créé pour conserver les biens familiaux dans la famille, il n'atteint que rarement son but. Tout d'abord, ses conditions sont strictement encadrées puisqu'il est nécessaire que le *de cuius* soit marié et que ses père et mère soient morts. Dans tous les autres cas, que ce soit en l'absence de conjoint ou en présence d'un parent, le droit de retour ne jouera pas et le bien de famille sera partagé sans préférence pour la famille d'origine. Ensuite, sa quotité de moitié impose une indivision entre les collatéraux privilégiés et le conjoint. Or, cette indivision entraînera le plus souvent une licitation du bien.

Ainsi, on peut douter que le droit de retour des collatéraux privilégiés serve la conservation des biens dans la famille. Pour cette raison, il devrait être supprimé puisqu'il n'atteint pas son but tout en complexifiant singulièrement les règlements successoraux.

Il en est de même pour le droit des père et mère.

Section III – Le droit de retour des père et mère

58. Présentation - Le droit de retour légal au profit des père et mère, créé par la loi du 23 juin 2006, est une contrepartie accordée par le législateur à la suppression de la réserve des ascendants. Selon l'amendement proposant sa création, ce droit de retour a pour but d'éviter que les biens de famille ne sortent de celle-ci²²⁵. Cela étonne car, d'une part, la réserve des ascendants avait un double fondement de subsistance et de conservation des biens dans

la famille. D'autre part, ce droit de retour, réservé à l'ascendant donateur et pouvant être exercé en valeur, permet difficilement de conserver les biens dans la famille.

59. Conditions tenant aux personnes - Comme pour les autres droits de retour, le *de cuius* ne doit pas avoir de descendant²²⁶. En revanche, la question de la présence du conjoint survivant est plus délicate puisque le texte ne dit mot sur la question. Selon certains auteurs²²⁷, la présence du conjoint fait obstacle au droit de retour des père et mère pour deux raisons. Tout d'abord, le droit de retour des père et mère est placé dans une section intitulée « *Des droits des parents en l'absence de conjoint successible* ». Ensuite, l'assiette du droit de retour est définie par renvoi à l'article 738 lequel précise les droits *ab intestat* des parents en l'absence de conjoint. Toutefois, cette opinion n'est pas partagée par l'ensemble de la doctrine²²⁸ et la lecture des travaux parlementaires²²⁹ laisse à penser que la présence de conjoint survivant ne fait pas obstacle au droit de retour des père et mère. En effet, l'article définissant le droit de retour est, avant tout, placé dans une partie consacrée aux droits des héritiers autres que le conjoint successible²³⁰. En

²²⁵ DE RICHEMONT H., *Rapport Sénat n° 343*, p. 35.

²²⁶ Cf. *infra* n° 41.

²²⁷ LE GUIDEC R. et CHABOT G., *Rép. Civ. Dalloz, V° Succession*, 2015, n° 396 ; DAURIAC I., « Le conjoint survivant dans la loi du 23 juin 2006 », *JCP N* 2007, 1203.

²²⁸ BLANCHEARD, « Le conflit du droit viager au logement du conjoint et du droit de retour légal des père et mère », *Defrénois* 2009, p. 2047 ; LEVILLAIN N., *Juris-Classeur Liquidations-Partages, V° SUCCESSION – Droit de retour légal des père et mère*, 2007, § 23 ; DELFOSSE A. ET PENIGUEL J.-F., *La réforme des successions et des libéralités*, Coll. De l'institut national de formation notariale, éd. Litec, 2007, § 326 ; *Les successions et les libéralités après la réforme – Loi du 23 juin 2006*, RÉDACTION DES ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, éd. Dossier pratique Francis Lefebvre, 2006, § 423 ; TERRÉ F., LEQUETTE Y., GAUDEMET S., *op. cit.*, p. 230, § 228 ; JUBAULT C., *op. cit.*, p. 305, § 418.2 ; MALAURIE P., BRENNER C., *op. cit.*, p. 78, § 122 ; PIEDELIÈVRE S., *op. cit.*, p. 116, § 95 ; LEROYER A.-M., *Droit de successions*, 3^{ème} édition Dalloz, 2014, p. 164.

²²⁹ DE RICHEMONT H., *Rapport Sénat*, p. 328 : « Dans la mesure où le droit de retour pourrait s'exercer en valeur, votre commission vous soumet un amendement ayant pour objet d'éviter que, lorsque les biens donnés par les père et mère ont été aliénés et que les biens de la succession ne suffisent pas à remplir les droits que les ascendants peuvent avoir au titre du droit de retour, la charge ne passe aux héritiers désignés par le défunt, notamment à son conjoint survivant. » ; HUYGUE S., *Rapport AN n° 2850*, p. 39.

²³⁰ LEVILLAIN N., *Juris-Classeur Liquidations-Partages, V° SUCCESSION – Droit de retour légal des père et mère*, 2007, § 23 ; PIEDELIÈVRE S., *op. cit.*, p. 116, § 95.

outre, se trouvent, dans cette section, des articles qui s'appliquent en présence de conjoint survivant, notamment les articles concernant la représentation successorale²³¹. Ensuite, refuser son application en présence d'un conjoint survivant restreindrait de manière trop importante son champ d'application puisqu'il ne s'emploierait plus qu'en présence d'ascendant ou de collatéraux alors qu'en ce cas, le risque de voir sortir les biens de la famille est limité²³². Enfin, on peut encore arguer que ce droit de retour a été créé pour pallier la suppression de la réserve des père et mère en présence du conjoint²³³. Par conséquent, il faut considérer que le droit de retour des père et mère s'exerce en présence du conjoint survivant.

60. Bénéficiaires – Les bénéficiaires du droit de retour sont les père et mère à l'exclusion de leurs ascendants et descendants selon l'article 738-2 du Code civil. Ce droit de retour ayant un caractère successoral, les ascendants ne doivent pas être indignes ni renonçants²³⁴.

61. Quels biens ? - Les biens soumis au droit de retour sont ceux reçus par donation des père et mère uniquement. Ainsi, sont exclus les biens reçus dans la succession d'un de ses parents prédécédés²³⁵ ou encore les biens donnés ou recueillis dans la succession d'un ascendant ordinaire²³⁶. En revanche, tous les biens donnés par le père ou la mère, quelle que soit leur nature, peuvent faire l'objet de ce droit de retour : même les choses fongibles peuvent faire l'objet d'un retour puisque ce droit de retour a davantage été créé dans le but de pallier la réserve des ascendants plutôt que dans celui de conserver les biens dans la famille. En outre, le droit de retour des père et

²³¹ PARIS G., *Les droits de retour légaux des articles 738-2 et 757-3 du Code civil*, thèse Paris, 2012, p. 151, § 167. Il s'agit des articles 751 et suivants.

²³² RÉDACTION DES ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *Les successions et les libéralités après la réforme – Loi du 23 juin 2006*, éd. Dossier pratique Francis Lefebvre, 2006, § 423

²³³ MALAURIE P., BRENNER C., *op. cit.*, p. 78, § 122.

²³⁴ Voir *supra* n° 65.

²³⁵ Lesquels seront soumis au droit de retour des collatéraux privilégiés.

mère s'écarte des autres droits de retour puisqu'il admet la subrogation réelle. Ainsi, en cas d'aliénation, le droit de retour peut s'exercer en valeur²³⁷ ce qui signifie qu'à l'inverse des autres droits de retour, l'aliénation ou le legs du bien donné ne fait pas obstacle au retour²³⁸.

62. Effets du droit de retour - Aux termes de l'article 738-2 du Code civil, les père et mère peuvent exercer leur droit de retour à concurrence de la quote-part du quart fixée par le premier alinéa de l'article 738 sur les biens reçus par donation par le défunt. Cet article peut être interprété de deux façons.

On peut, tout d'abord, considérer que le droit de retour est plafonné à un quart de l'actif net de la succession, quelle que soit la valeur des biens donnés. Ainsi le droit de retour serait plafonné au montant des droits *ab intestat* du parent qui sont d'un quart et il porterait sur tous les biens de famille. Cela signifie que, si la valeur des biens donnés est inférieure à un quart de l'actif net successoral, le droit de retour porterait sur l'intégralité des biens donnés. Sinon il serait limité²³⁹. Les travaux parlementaires plaident pour cette solution puisque le rapport de l'Assemblée Nationale dispose que : « *Par coordination avec les dispositions de l'article 738 du Code civil, relatives aux règles de dévolution légale applicables en cas de prédécès d'un enfant sans descendance, ce droit de retour est limité, pour chaque parent*

²³⁶ Lesquels seront soumis au droit de retour des collatéraux privilégiés à condition que les père et mère soient prédécédés.

²³⁷ Conformément à l'article 738-2 alinéa 3 du Code civil.

²³⁸ TERRÉ F., LEQUETTE Y., GAUDEMET S., *op. cit.*, p. 231, § 229.

vivant, au quart de la succession. »²⁴⁰. En outre, on peut penser que ce droit de retour ayant pour but de compenser la réserve des ascendants, la logique voudrait qu'il adopte la même quotité.

Selon la seconde interprétation, le droit de retour des père et mère ne pourrait s'exercer qu'à concurrence d'un quart des biens donnés. Cette interprétation semble conforme à l'esprit de la loi puisque l'amendement créant le droit de retour l'apparente au droit de retour des collatéraux privilégiés, lequel ne porte que sur la moitié des biens reçus par le défunt de son père ou de sa mère par donation ou succession²⁴¹. En outre, deux arguments textuels vont en ce sens. Tout d'abord, l'article 738-2 dans son alinéa 2 ne vise qu'une portion des biens donnés. Ainsi, il n'envisage pas que le droit de retour porte sur la totalité des biens. Ensuite, dans l'hypothèse d'un retour en valeur, le dernier alinéa de l'article 738-2 énonce que ce retour doit se faire dans la limite de l'actif successoral. Si l'on considère que le droit de retour est plafonné à ¼ de l'actif successoral, ce texte n'a plus de sens. Il faut donc comprendre que le droit de retour ne porte que sur une portion du bien donné et que la valeur de cette portion ne peut excéder l'actif successoral total²⁴².

²³⁹ De cet avis, voir DE SAINT-AFFRIQUE J., *Juris-Classeur Civil Code V° SUCCESSIONS . – Droits des parents en l'absence de conjoint successible . – Des ordres, des degrés, de la division par branches*, 2006, § 118 ; BOSSE-PLATIÈRE H., « Le retour du droit de retour légal de l'ascendant donateur? », *Dr. fam.* 2006, alerte 26 ; JUBAULT C., *Droit civil : les successions, les libéralités*, 2^e éd. Montchrétien, 2010, p. 305, § 418.2 ; Circulaire n° 73-07/C1/5-2/GS du 29 mai 2007 portant présentation de la réforme des successions et des libéralités ; RÉDACTION DES ÉDITIONS FRANCIS LEFÈBVRE, *Les successions et les libéralités après la réforme – Loi du 23 juin 2006*, éd. Dossier pratique Francis Lefèbvre, 2006, p. 54, § 423 ; LEPROVAUX J., « L'évolution des droits de retour légaux dans la législation contemporaine du droit des successions », *Petites affiches*, 2007, n° 131, p. 6 ; BRENNER C., *Juris-Classeur Notarial Répertoire, V° Quotité disponible et réduction*, fasc. 10, 2009, n° 51 ; VIGNEAU D., « Les nouvelles règles de dévolution successorale » *D.* 2006.2556 ; FERRÉ-ANDRÉ S. et BERRE S., *Successions et Libéralités*, 2^e éd. Hypercours Dalloz, 2014, p. 136, § 235 ; TERRÉ F., LEQUETTE Y., GAUDEMET S., *op. cit.*, p. 231, § 231 ; MALAURIE P., BRENNER C., *op. cit.*, p. 78, § 122 ; JUBAULT C., *op. cit.*, p. 305, § 418.3 ; LEROYER A.-M., *op. cit.*, p. 165 ; FONGARO E. ET NICOD M., « Réserve héréditaire, Quotité disponible », *Répertoire de droit civil*, 2011, § 93.

²⁴⁰ HUYGUE S., *rapport AN n° 3122*, p. 68.

²⁴¹ Cf. amendement AN n° 233. De cet avis : LEVILLAIN N., « Les nouveaux droits successoraux des ascendants. – Droit de retour légal de l'article 738-2 du Code civil », *JCP N* 2007, 1135.

²⁴² En ce sens, LEVILLAIN N., article précité ; VOIRIN P. et GOUBEAUX G., *Droit civil, Régimes matrimoniaux, Successions, Libéralités*, t. 2, 25^e éd. L.G.D.J, 2008, p. 149 ; PERTERKA, « Les retouches de la dévolution successorale, à propos de la loi du 23 juin 2006 », *Dr. Fam.* 2006, étude 52.

Il nous paraît toutefois préférable d'adopter la première interprétation d'autant qu'elle est en accord avec les travaux parlementaires. Prévoir un droit de retour ne portant que sur un quart des biens donnés présente peu d'intérêt. Si retour il y a, il ne peut porter que sur la totalité du bien donné car imposer une indivision entre les parents, anciens propriétaires du bien, avec les héritiers ne peut qu'être source de conflits. Cela ne permet pas de remplir la fonction du droit de retour en conservant le bien dans la famille d'origine. Si ce droit de retour est un palliatif à la réserve des ascendants, comme cela a été présenté par le législateur, limiter ce droit de retour à $\frac{1}{4}$ du bien donné paraît peu pertinent. Tandis que limiter le retour au quart de l'actif successoral évite de vider l'actif successoral au détriment des héritiers en permettant aux père et mère de bénéficier de leur ancienne réserve.

Le bien sera évalué au jour de la succession selon son état au jour de la donation puisqu'il s'agit d'un droit de retour de nature successorale²⁴³. S'il a été aliéné, il faudra alors tenir compte de la valeur du bien au jour de l'aliénation.

63. Exercice du droit de retour - Le droit de retour s'exerce par principe, en nature. Le parent se verra attribuer dans la succession soit la totalité du bien si sa valeur ne dépasse pas le quart de la succession soit une fraction des biens, objets du droit de retour. Dans ce cas, il sera en indivision avec le conjoint survivant. Par exception, lorsque les biens donnés ne font pas partie de la succession ou ont été légués, le retour peut s'exercer en valeur. Selon certains auteurs, le retour en valeur serait également possible lorsque la valeur du bien excède un quart de l'actif successoral²⁴⁴ car cela permettrait d'éviter une indivision. Toutefois, cette opinion, même si elle est opportune, ne repose sur aucun fondement textuel et paraît devoir être écartée.

Lorsque le retour s'effectue en valeur, il ne peut excéder l'actif net successoral afin de ne pas faire peser de charge sur les héritiers.

²⁴³ En ce sens : LEROYER A.-M., *op. cit.*, p. 165.

²⁴⁴ JUBAULT C., *op. cit.*, p. 305, § 418-3.

64. Imputation sur les droits successoraux – L'article 738-2 prévoit que la valeur de la portion des biens soumise au retour s'impute sur les droits successoraux des père et mère. La valeur du droit de retour sera donc déduite des droits successoraux. Cela signifie que si le droit de retour porte sur un bien dont la valeur est inférieure aux droits successoraux, le père ou la mère pourra récupérer le bien donné et prendre le complément sur l'actif successoral. En revanche, si cette valeur est égale ou supérieure, le parent sera rempli de ses droits *ab intestat* par le retour. En outre, si la valeur du retour est supérieure, il ne pourra prétendre au retour de la totalité du bien mais seulement de la fraction représentant sa part de succession du quart²⁴⁵.

Ce droit de retour est d'ordre public. En cas d'exhérédation du père ou de la mère, bénéficiaire d'un droit de retour, ce dernier ne s'imputera pas sur ses droits successoraux mais sur l'actif successoral en nature, si le bien fait partie de la succession, ou en valeur, si ce n'est plus le cas.

65. Nature du droit de retour légal des père et mère – La nature du droit de retour des père et mère est discutée. Il ne paraît pas pouvoir être qualifié de succession anormale. En effet, il n'assure que le retour d'une fraction des biens dans la famille et peut s'exercer en valeur. En outre, la valeur des biens objets du retour s'impute sur la part *ab intestat* recueillie par le défunt, part que cette valeur ne peut excéder. Ainsi, il ne crée pas deux successions

²⁴⁵ Imaginons que Jean soit décédé en laissant son père Pierre et un conjoint survivant Anne. Pierre avait donné à Jean une maison d'une valeur de 100 qui existe toujours en nature dans la succession et dont la valeur est inchangée. Il n'y a pas d'autres biens existants. En présence d'un conjoint survivant et d'un ascendant privilégié, la succession est dévolue conformément à l'article 757-1 soit $\frac{1}{4}$ pour le père et $\frac{3}{4}$ pour le conjoint survivant. Pierre bénéficie de son droit de retour légal portant sur le bien donné à concurrence du quart de l'actif net successoral soit $(100/4) 25$.

La masse partageable ne comprend que les biens existants soit 100. Les droits successoraux de Pierre sont de 25 sur lesquels s'impute son droit de retour en totalité. Les droits successoraux d'Anne sont de 75.

Si Jean avait laissé, outre la maison, des biens existants pour une valeur de 700. Le droit de retour légal de Pierre aurait été de la valeur des biens donnés, soit 100, dans la limite du quart de l'actif net successoral soit $(700+100)/4 = 200$. Ainsi, Pierre aurait bénéficié du retour de la maison pour une valeur de 100 et aurait pu compléter ses droits successoraux en prélevant 100 sur les biens existants. Anne aurait bénéficié des $\frac{3}{4}$ de 800 soit 600.

distinctes comme une succession anormale, il ne peut donc pas en recevoir la qualification²⁴⁶. On peut le qualifier en conséquence de droit *sui generis*²⁴⁷.

Ce droit est d'ordre public²⁴⁸. En effet, l'article 738-2 dispose que « dans tous les cas » les père et mère peuvent exercer ce droit, même en présence d'un conjoint survivant²⁴⁹. Le droit de disposer du *de cuius* est donc restreint mais cette restriction ne s'applique pas aux biens puisque le retour peut s'exercer en valeur lorsque les biens reçus des père et mère ont été aliénés.

66. Fonction de subsistance ou conservatrice ? – L'amendement qui a permis la création du droit de retour des père et mère précise que celui-ci a pour but de conserver les biens dans la famille. En effet, traditionnellement les droits de retour sont un droit de succession anormale, lesquels attribuent les biens en fonction de leur origine. Ainsi, font retour les biens donnés à titre gratuit par les père et mère, lesquels risqueraient, par le jeu de la dévolution *ab intestat*, d'être dévolus au conjoint ou à des collatéraux privilégiés qui ne seraient pas issus du donateur. Pourtant, il paraît difficile de parler de conservation des biens dans la famille alors que le bien peut ne faire retour que pour une partie voire une valeur. Les père et mère risquent de se trouver en indivision avec le conjoint, ce qui, en cas de mésentente, conduirait à la licitation du bien. Ainsi, cette fonction n'est pas remplie.

D'autres auteurs rattachent ce droit de retour au droit de subsistance des père et mère²⁵⁰, tout comme leur ancienne réserve héréditaire. Ils arguent, en effet, que ce droit de retour est limité et peut s'exécuter en valeur. Il s'agirait donc d'un droit de

²⁴⁶ En ce sens : LEROYER A.-M., *op. cit.*, p. 167; *Contra* : LEPROVAUX J., « L'évolution des droits de retour légaux dans la législation contemporaine du droit des successions », *Petites affiches*, 2007, n° 131, p. 6.

²⁴⁷ En ce sens, voir LEVILLAIN N., « Les nouveaux droits successoraux des ascendants. – Droit de retour légal de l'article 738-2 du Code civil », *JCP N* 2007, 1135.

²⁴⁸ *Contrairement* au droit de retour des frères et soeurs dont le fondement est la conservation des biens familiaux dans la famille.

²⁴⁹ Cette opinion n'est toutefois pas partagée par tous les auteurs : *Cf. infra* n° 59.

²⁵⁰ LEPROVAUX J., « L'évolution des droits de retour légaux dans la législation contemporaine du droit des successions », *Petites Affiches*, 2007, n° 131, p. 6; TERRÉ F., LEQUETTE Y., GAUDEMET S., *op. cit.*, p. 229, § 226.

solidarité familiale qui imposerait aux enfants de transmettre une partie de leurs biens à leurs parents, à condition toutefois qu'ils aient mérité cette attention en ayant gratifié leur enfant par le passé²⁵¹. La subsistance serait, selon leurs arguments, subordonnée à une gratification préalable. On ne peut aller en ce sens puisque la subsistance a toujours été fondée uniquement sur le lien de parenté ou d'alliance. Toutefois, ce droit de retour est censé pallier la suppression de la réserve des ascendants, réserve dont l'un des fondements est la subsistance.

On constate ainsi que ce droit de retour n'est ni fondé sur la seule fonction de conservation des biens dans la famille ni sur la seule fonction de subsistance mais est un entre-deux. Cette difficulté à déterminer le fondement du droit de retour des père et mère démontre l'absence de réflexion du législateur à ce propos. Cette absence de fondement est à l'origine des incohérences du régime de ce droit de retour puisque ce régime est également un entre-deux entre le véritable droit de retour et la réserve héréditaire.

67. Articulation avec la réserve du conjoint – Si le *de cujus* laisse un parent donateur et son conjoint et qu'il lègue la totalité de la succession à un tiers, comment vont s'articuler ces deux droits d'ordre public ? Doit-on considérer que la réserve s'applique par préférence au droit de retour ? Selon certains auteurs, on ne peut considérer que l'un l'emporte sur l'autre puisque les deux droits sont d'ordre public. Il faut par conséquent les appliquer concurremment. Si l'on considère que le retour est du quart de la valeur du bien, cela a pour conséquence de ne laisser qu'une quotité disponible d'une

²⁵¹ LÉPROVAUX J., article précité ; BOSSE-PLATIÈRE H., « Le retour du droit de retour légal de l'ascendant donateur? », *Dr. fam.* 2006, alerte 26.

moitié de la succession²⁵² voire d'un quart si chaque parent bénéficie d'un droit de retour²⁵³.

68. Opportunité du droit de retour des père et mère - Le droit de retour des père et mère ne paraît pas opportun et devrait même être supprimé comme l'a été en son temps le droit de retour légal de l'ascendant donateur créé par le Code civil²⁵⁴. En effet, il paraît tout d'abord incohérent que le législateur ait choisi de réserver la solidarité familiale aux père et mère les plus aisés, ceux qui ont eu des biens à donner à leurs enfants. La solidarité familiale devrait ainsi être subordonnée à une gratification préalable? Devrait-on dire que les parents qui n'ont pas les moyens de gratifier leurs enfants ne méritent pas leur solidarité? Cette affirmation ne paraît pas acceptable. La subsistance a toujours, dans notre droit, été gratuite et subordonnée uniquement au lien de parenté ou d'alliance.

En outre, et c'est la raison pour laquelle le droit de retour de l'ascendant donateur avait été supprimé, ce droit de retour fait double emploi avec la clause de retour conventionnel qui est une clause de style dans les actes de donations. Ce droit de retour conventionnel est bien plus protecteur des intérêts de l'ascendant donateur

²⁵² Imaginons que Jean soit décédé en laissant un conjoint survivant Anne et son père Pierre. Jean avait rédigé un testament, avant son décès, dans lequel il léguait la totalité de sa succession à son neveu Gabriel. Jean laisse des biens existants d'une valeur de 100.

Durant sa vie, Jean avait reçu de son père Pierre une donation d'une maison d'une valeur de 100. Jean avait vendu cette maison il y a plusieurs années pour la même valeur.

En présence d'un conjoint survivant et d'un ascendant privilégié, la succession est dévolue conformément à l'article 757-1 soit $\frac{1}{4}$ pour le père et $\frac{3}{4}$ pour le conjoint survivant. Toutefois, en présence d'un légataire universel, Anne ne pourra prétendre qu'à sa réserve du quart conformément à l'article 914-1 et Pierre, à son droit de retour légal portant sur le bien donné à concurrence du quart de la succession (tel que nous l'avons déterminé n° 62).

Pour liquider la succession, il faut tout d'abord liquider la réserve. La masse de calcul de la réserve comprend les biens existants soit 100. Anne est réservataire pour $\frac{1}{4}$ soit 25 et la quotité disponible est de 75.

Il faut ensuite liquider le droit de retour. L'actif net successoral ne comprend que les biens existants soit 100. Le droit de retour de Pierre s'exerce dans la limite du quart de l'actif net successoral soit 25.

Dans le partage, Pierre recevra par conséquent 25 à prélever sur l'actif net successoral puisqu'il n'a pas de droits successoraux en présence du légataire universel. Anne bénéficie de sa réserve de 25. Il ne reste pour le légataire que 50 à prendre sur les biens successoraux. La quotité disponible est bien réduite à la moitié de la succession.

²⁵³ TERRÉ F., LEQUETTE Y., GAUDEMET S., *op. cit.*, p. 233, § 237; PIEDELIÈVRE S., *op. cit.*, p. 118, § 97.

²⁵⁴ Le droit de retour légal de l'ascendant donateur a été supprimé par la loi du 3 janvier 1972.

puisqu'il s'agit d'une résolution rétroactive de la donation qui fait revenir le bien dans le patrimoine donateur sans frais et libre de toute charge. Lorsque ce droit de retour n'est pas stipulé, c'est qu'un intérêt le commande. Ainsi, lorsqu'un terrain familial est donné afin de bâtir une maison pour la famille à venir, il n'est pas pertinent de prévoir un droit de retour pour le parent donateur. En effet, l'indivision créée entre les père et mère et le conjoint survivant sur le terrain et la maison familiale construite dessus sera source de difficultés. En l'absence d'entente entre les père et mère et le conjoint survivant, le bien devra être licité. Ce droit de retour ne paraît utile, en fin de compte, que pour les donations non solennelles dans lesquelles le droit de retour n'a pas été prévu parce que la donation n'a pas eu lieu par acte notarié.

69. Conclusion – Le droit de retour des père et mère serait fondé à la fois sur la conservation des biens dans la famille et sur la subsistance. Pourtant, il n'atteint aucun de ces buts. Ce droit de retour ne permet pas la conservation des biens dans la famille puisqu'il peut n'être servi qu'en valeur et est limité au quart de la succession. Il ne permet pas non plus la subsistance des parents puisqu'il est réservé aux parents ayant gratifié leurs enfants. Son intérêt apparaît alors très limité.

70. Conclusion du chapitre - Les droits de retour sont les derniers vestiges de la conservation des biens en nature dans la famille dans le droit successoral contemporain. Pourtant, nous avons démontré qu'aucun des droits de retour existants n'atteint le but qui lui est assigné : celui de conserver les biens dans la famille. En effet, le droit de retour de l'adopté simple cède devant le conjoint survivant, lequel est par définition, un étranger dans la famille, alors que c'est l'unique droit permettant le retour entier du bien reçu des ascendants privilégiés. Le droit de retour des collatéraux privilégiés ne concerne que la moitié du bien reçu des ascendants entraînant une indivision et un risque de licitation. Quant au droit de retour des père et mère, non seulement, il ne concerne qu'une fraction du bien mais, en plus, il peut n'être qu'en valeur.

Il a pu être dit que le but des droits de retour n'était plus de conserver les biens en nature dans la famille mais qu'aujourd'hui, il servait à conserver des richesses dans la famille²⁵⁵. Pourtant, on ne peut adhérer à cette thèse car il paraît difficile de comprendre pourquoi seuls les ascendants privilégiés donateurs et certains collatéraux privilégiés pourraient bénéficier de ce retour de richesse. C'est au contraire le lien affectif avec un bien de famille qui justifie le retour dans la famille d'origine.

Propositions - Les droits de retour ont de nombreux inconvénients. Leurs conditions et leurs régimes sont complexes sans réussir à atteindre leur but, la conservation des biens dans la famille. On peut par conséquent s'interroger sur la volonté du législateur de ne faire porter la conservation des biens dans la famille que par le droit des successions, d'autant que tous les biens donnés ne sont pas forcément chargés d'affect et que le droit de retour entraîne plus d'inconvénients que de réels avantages. Si la conservation des biens dans la famille importe au législateur, ne devrait-il pas recréer un véritable régime des héritages, tel qu'il existait dans l'ancien droit ? Si l'on veut véritablement allier les droits du conjoint survivant et la conservation des biens dans la famille, il pourrait être intéressant de ressusciter le retrait lignager. Rappelons que le droit de retrait lignager est le droit que la loi accorde aux parents du vendeur d'un héritage, lorsqu'il est vendu à un étranger, de s'en rendre acheteurs à sa place, et en conséquence de l'obliger à leur délaisser, à la charge de le rembourser du prix de l'acquisition ainsi que des loyaux coûts de l'acquisition et des impenses faites sur l'héritage²⁵⁶. Cette action était de pur droit coutumier, elle n'existait pas en droit romain et n'a pas été reprise par le Code civil. Le retrait lignager portait sur les *héritages* soit tous les droits réels portant sur les immeubles²⁵⁷ acquis par donation d'un ascendant ou succession d'un ascendant ou d'un collatéral²⁵⁸ voire même par vente²⁵⁹. Lorsque cet héritage était cédé à titre

²⁵⁵ PARIS G., thèse précitée, p. 115 et suiv., § 115 et suiv.

²⁵⁶ POTHIER, Œuvres complètes de Pothier, Traité du douaire, tome XIII, Chez Thomine et Fortic, 1821, § 280 et §3.

²⁵⁷ POTHIER, *ibidem*, § 28.

²⁵⁸ POTHIER, *ibidem*, § 47.

onéreux ou à titre gratuit à un étranger, le retrait lignager opérait. Les coutumes accordaient le retrait à la famille du vendeur, du côté d'où venait l'héritage²⁶⁰ sans limitation de degré dans la plupart des coutumes²⁶¹. Ainsi, quiconque dans la famille du vendeur issu de l'aïeul duquel provenait le bien pouvait exercer le retrait. Lorsque plusieurs lignagers souhaitaient exercer le retrait, certaines coutumes²⁶² donnaient préférence au parent le plus proche du vendeur²⁶³ soit dans tous les cas, soit lorsqu'il exerçait son retrait avant le remboursement de l'acquéreur²⁶⁴ tandis que la plupart des coutumes accordaient le retrait au premier retrayant quel qu'ait été son degré de parenté avec le vendeur²⁶⁵. Certaines coutumes faisaient concourir les parents de même degré²⁶⁶. Le délai dans lequel devait s'exercer le retrait différait selon les coutumes de dix-sept jours à un an et un jour. Toutefois, la majorité des coutumes fixaient ce délai à un an et un jour à compter du jour où l'acquéreur était entré en possession réelle²⁶⁷. Le retrait s'exerçait par un exploit de demande de retrait devant le juge par le retrayant²⁶⁸.

Bien évidemment le régime du retrait lignager devrait être modernisé. Il faudrait, pour que le retrait lignager opère qu'un bien acquis par donation ou succession se trouve dans la succession du *de cuius* et que ce dernier n'ait pas de descendance. Lors de la succession du *de cuius*, les ascendants ou les collatéraux privilégiés pourraient exercer leur retrait contre remboursement du bien à la succession dans un délai bref, par exemple six mois. A défaut, ce droit serait perdu. Ce droit ne pourrait préjudicier aux droits au logement temporaire et viager du conjoint. Cela permettrait

²⁵⁹ POTHIER, *ibidem*, § 48.

²⁶⁰ POTHIER, *ibidem*, § 135.

²⁶¹ POTHIER, *ibidem*, § 139.

²⁶² Coutumes de Troyes et de Normandie.

²⁶³ POTHIER, *op. cit.*, § 171.

²⁶⁴ Coutumes de Blois, Tours, Anjou, Châteauneuf et Chartres.

²⁶⁵ Notamment coutumes de Paris et Orléans.

²⁶⁶ Coutumes de Bordeaux et Normandie.

²⁶⁷ POTHIER, *op. cit.*, § 222.

²⁶⁸ POTHIER, *op. cit.*, § 260.

au conjoint d'être remboursé de la valeur du bien²⁶⁹ et ainsi de bénéficier d'une subsistance et d'éviter des indivisions problématiques puisque seul le collatéral intéressé acquerrait le bien.

En contrepartie, les droits de retour seraient supprimés.

²⁶⁹ La valeur de son droit au logement serait déduit du prix, le cas échéant.

71. Conclusion du titre I - La première fonction politique de la réserve héréditaire est une fonction d'organisation des pouvoirs par la conservation des biens dans la famille. L'émergence de cette fonction fait écho à la volonté de protection des vassaux par le seigneur pendant la période féodale. Pour assurer la continuité de cette protection, les fiefs deviennent héréditaires entre les mains du fils aîné.

Par la suite, la conservation des biens dans la famille et la transmission à l'aîné continuent d'être plébiscitées dans le droit coutumier puisqu'elles permettent de créer des familles nobles puissantes politiquement et des familles paysannes riches. Le droit coutumier a ainsi créé des règles spéciales pour la transmission des biens nobles et des biens propres. Les biens nobles doivent être transmis selon les privilèges d'aînesse et de masculinité, quant aux biens propres, la réserve coutumière rend indisponible les quatre-vingts de la succession en faveur de la famille.

La succession contractuelle tient également une place importante dans la succession coutumière puisqu'elle permet les arrangements familiaux et la transmission des biens de la famille dans les mains du fils aîné.

La conservation des biens dans la famille n'occupe plus aujourd'hui qu'une place résiduelle dans le droit des successions puisqu'elle n'est plus présente que dans les droits de retour. La réserve ne permettant plus la conservation des biens dans la famille, ce rôle est désormais dévolu aux droits de retour de l'enfant adopté simplement, des collatéraux privilégiés et des père et mère. Toutefois, le régime assigné à ces droits de retour ne leur permettent pas de remplir ce rôle.

Ainsi, les droits de retour sont sources de complications sans remplir la fonction qui leur est assignée ; c'est pourquoi ils devraient être supprimés, au besoin en puisant dans d'autres techniques héritées de notre histoire tel que le retrait lignager.

Les Lumières ont mis en avant les inégalités du droit coutumier au détriment des filles et des puînés. En réaction, la Révolution et le Code civil ont voulu favoriser l'égalité dans le droit des successions au moyen de la

réserve héréditaire. Cette égalité a également permis de disperser les biens familiaux pour éviter le retour aux excès de l'ancien régime.

Dans le droit contemporain, la conservation des biens en nature dans la famille est en déclin ; toutefois, on constate que la prise en compte de la valeur des biens prend de plus en plus d'importance.

Titre II – La réserve, un moyen de disperser les biens pour assurer l'égalité des individus

72. **Plan** - La première fonction politique de la réserve était de concentrer les biens. En réaction aux excès engendrés par cette volonté de concentration, une nouvelle fonction a été assignée à la réserve par la Révolution puis par le Code civil : celle de disperser les biens. La dispersion des biens fait écho à la volonté d'imposer l'égalité voulue par les révolutionnaires puis par les rédacteurs du Code civil. Cette égalité contrainte par la réserve héréditaire permet également, en dispersant les biens, d'éviter le retour des familles nobles et puissantes. La Révolution a ainsi tenté d'imposer une égalité absolue des héritiers réservataires. Cette législation a été balayée après la Révolution. Les rédacteurs du Code civil s'en sont toutefois inspirés en consacrant une nature *pars hereditatis* de la réserve (Chapitre I).

Le droit contemporain pose également pour fonction de la réserve héréditaire, la dispersion des biens. Toutefois, cette dispersion n'a pas lieu en faveur des héritiers réservataires mais est au service de la volonté individuelle du *de cuius*. En effet, le renouveau des pactes successoraux dérogeant à la réserve héréditaire démontre que le dessein du législateur est désormais de faciliter l'anticipation successorale en n'hésitant pas à porter atteinte à la réserve héréditaire (Chapitre II).

Chapitre I – L'avènement des principes égalitaires au service de l'individu dans le Code civil

73. Présentation – Liberté, égalité, propriété sont les idées maîtresses de la Révolution. En droit des successions, c'est l'égalité qui paraît la plus importante. Les révolutionnaires veulent rompre avec les inégalités envers les filles et les puînés en instaurant une égalité quasi parfaite entre les successeurs. Toutefois, l'égalité parfaite décidée aux débuts de la Révolution laisse rapidement place à une égalité pondérée (Section I).

Les rédacteurs du Code civil ont conservé l'égalité révolutionnaire grâce à une réserve *pars hereditatis*. Cette égalité a pour but de disperser les biens afin d'éviter le retour aux grandes familles puissantes de l'ancien régime (Section II).

Section I – La conception révolutionnaire de l'égalité en droit des successions

74. Présentation - Le 17 juin 1789, le Tiers Etat se déclare Assemblée nationale et prend le titre d'Assemblée nationale constituante. Sa mission est de donner une nouvelle constitution à la nation. Celle-ci élargit son rôle en décidant le 5 juillet 1790, de rédiger un code de lois civiles communes au pays. La diversité des coutumes et des lois des pays de droit écrit empêche l'unité et l'égalité dont ils veulent faire le socle de la constitution. Mirabeau convainc notamment la constituante que, pour ces raisons, les lois successorales tiennent de la constitution²⁷⁰.

La réserve coutumière, telle qu'elle existait dans le droit coutumier et le droit écrit, est à l'opposé des idéaux des révolutionnaires. Le droit coutumier et le droit écrit

²⁷⁰ Voir PEGUERA POCH M., *Aux origines de la réserve héréditaire du Code civil : la légitime en pays de coutumes (XVI^e – XVIII^e siècles)*, éd. P. U. A. M, 2009, p. 278.

promeuvent l'inégalité en privilégiant les aînés dans le but de conserver les grandes fortunes²⁷¹ ; c'est pourquoi toutes les coutumes ou les lois qui peuvent rappeler les inégalités entre les héritiers ou dans le régime des biens inhérentes à l'ancien régime et l'aristocratie doivent être supprimées. Cette évolution s'est réalisée en trois temps. Tout d'abord, la constituante a aboli un certain nombre d'inégalités tout en en laissant subsister (§ I) jusqu'aux lois des 17 et 21 nivôse an II qui vont imposer une égalité parfaite entre les héritiers réservataires (§ II). Toutefois, l'application difficile de ces lois impose aux révolutionnaires de les modérer en redonnant une quotité disponible au *de cuius* (§ III).

§ I – L'unification du droit successoral

75. L'œuvre de la Constituante - Le lendemain de la nuit du 4 août 1789, l'abolition des fiefs est décrétée supprimant ainsi toute distinction entre les biens nobles²⁷² et les autres biens. Les règles spéciales de dévolution relatives aux biens nobles telles que les droits d'aînesse et de masculinité sont, par ce fait, abrogées. Les fiefs doivent désormais se partager selon les règles des biens roturiers propres à chaque coutume. Toutefois, les inégalités présentes dans les successions roturières continuent de subsister telle que l'exclusion des filles dotées ou les différences entre les coutumes d'égalité stricte,

²⁷¹ Cf. *infra* n° 17 et suiv.

²⁷² Selon son article 11 : « Tous privilèges, toute féodalité et nobilité de biens étant détruits, les droits d'aînesse et de masculinité à l'égard des fiefs, domaines et alleux nobles, et les partages inégaux à raison de la qualité des personnes sont abolis. En conséquence, l'Assemblée ordonne que toutes les successions, tant directes que collatérales, tant mobilières qu'immobilières, qui écherraient à compter du jour de la publication du présent décret seront, sans égard à l'ancienne qualité noble des biens et des personnes, partagées entre les héritiers suivant les lois, statuts et coutumes qui règlent les partages entre tous les citoyens : abroge et détruit toutes les lois et coutumes à ce contraires. Excepté du présent décret ceux qui sont mariés ou veufs avec enfants, lesquels dans les partages à faire entre eux et leurs cohéritiers, de toutes les successions mobilières et immobilières, directes et collatérales qui pourraient leur échoir, jouiront de tous les avantages que leur attribuent les anciennes lois. Déclare entre outre que les puînés et les filles, dans les coutumes où ils ont eu jusqu'à présent sur les biens tenus en fiefs plus d'avantages que sur les biens non féodaux, continueront de prendre dans les ci-devant fiefs les parts à eux assignés par lesdites coutumes jusqu'à ce qu'il ait été déterminé par l'Assemblée nationale un mode définitif et uniforme de succession pour tout le royaume. » rapport AP, tome XII, p. 173 in PEGUERA POCH M., *op. cit.*, p. 281 note 1170.

précipitaire ou d'option²⁷³. En outre, ce décret ne s'applique pas aux personnes mariées ou veuves ayant des enfants, afin de conserver l'équilibre des arrangements familiaux.

La Constituante choisit ensuite de réformer le droit des successions en raison de son importance dans la constitution²⁷⁴. Toutefois, de nombreux députés, effrayés par l'importance des débats, demandent à renvoyer la confection de cette loi à une autre législature. A la requête de Mirabeau, trois questions essentielles, considérées comme liées aux lois constitutionnelles, sont détachées du projet pour être examinées immédiatement et confrontées avec l'idéal révolutionnaire de l'égalité : l'égalité dans le partage des successions *ab intestat*, la liberté de tester et les substitutions.

²⁷³ Les coutumes étaient contrastées sur les modalités de mise en œuvre de l'égalité entre héritiers. A l'origine, l'égalité est entendue assez strictement, ainsi on peut lire dans une sentence du parloir aux bourgeois de Paris en 1293 : « *Est tout notoire à Paris et ailleurs que nul par don fet entre les vifs ou par cause de mort, ne pueut fere l'un de ses hoirs melieur de l'autre* ». Plus tard, les coutumes se divisent sur le sujet et on distingue les coutumes d'option, d'égalité stricte et de préciput.

Dans les coutumes d'égalité stricte, notamment, l'Anjou, le Maine et la Touraine, l'égalité est consacrée et vise aussi bien les legs que les donations entre vifs. Tous les enfants doivent venir à la succession et y rapporter ce qu'ils ont reçu, même s'ils renoncent à la succession.

Dans les coutumes d'option, notamment celle de Paris, les enfants dotés ne sont plus exclus de la succession et peuvent choisir d'y venir à charge de rapporter ce qu'ils ont reçu par dot ou donation entre vifs afin de maintenir l'égalité entre enfants. Mais l'enfant peut aussi décider de renoncer à la succession et conserver ainsi sa dot ou donation.

A l'origine, cette option ne concernait que ce qui avait été donné par « *établissement de mariage* » lorsque la coutume interdisait d'avantager un héritier par rapport à un autre « *par don entre vifs ou à cause de mort* ». Mais assez vite, semble-t-il, dans les coutumes qui connaissent cette interdiction, elle sera cantonnée aux legs et empêchera seulement l'héritier d'être en même temps légataire. C'est la règle « *nul ne peut être héritier et légataire* ». Elle empêche l'héritier de cumuler les deux qualités mais lui permet aussi s'il renonce, de conserver non seulement son legs mais également ce qu'il a pu recevoir entre vifs, en particulier lors de son mariage. L'option en s'étendant de cette manière permet incontestablement d'accroître l'inégalité entre enfants.

Les coutumes précipitaires sont plus libérales et permettent aux parents de faire des dons inégaux à leurs enfants. Toutes les donations sont présumées être faites avec dispense de rapport. En outre, elles ne connaissent pas l'interdiction de rendre la condition d'un enfant meilleure qu'un autre : LEFEBVRE-TEILLARD A., *introduction historique au droit des personnes et de la famille*, éd. P.U.F, coll. droit fondamental, 1996, p. 278, § 207.

²⁷⁴ « *La constitution a pour base l'unité de tout le peuple français et l'unité ne pourra exister que si à côté des intérêts politiques elle existe aussi pour les intérêts civils. Si vous organisez l'ordre des successions d'une manière qui cadre parfaitement avec les principes constitutionnels, n'en doutons point, tous ceux qui sont appelés à succéder un jour croiront tenir de la constitution elle-même les biens qu'ils recueilleront et jugez quel nombre d'amis vous allez par là lui créer.* » MERLIN, *Rapport A.P.*, t. XX, p. 598 in ARON G., « *Etude sur les lois successorales de la révolution* », *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1901, p. 474.

L'égalité est en effet « *imposée par les principes de la constitution nouvelle dont la base est l'égalité et dont le désir est l'égalité des fortunes*²⁷⁵. »

Lors de l'examen de ces questions, la Constituante porte le débat sur les fondements philosophiques du droit successoral, la notion de propriété et le droit naturel²⁷⁶. Le droit de propriété serait, selon la Constituante, une création de la société et non pas un droit naturel. Par conséquent, le droit de tester serait également une création de la société. En effet, la propriété finirait avec la mort, le testament n'aurait pas lieu d'être²⁷⁷ et les biens devraient retourner à la société. Néanmoins, ce retour à la société aurait un effet néfaste puisque le risque serait grand que les hommes n'acquièrent que le strict nécessaire et ne l'entretiennent pas puisqu'ils ne pourraient pas transmettre le fruit de leur travail à leurs héritiers. Par conséquent, il paraît essentiel à la Constituante que la loi désigne les héritiers dans l'intérêt de tous. Toutefois, aucun orateur ne souhaite anéantir totalement le droit de disposer. Une partie de la fortune doit rester à la libre disposition de son propriétaire, à la condition, cependant, que cette faculté ne permette pas de créer des inégalités entre les enfants du défunt. Pour la plupart des députés de la Constituante, la division des propriétés est source de prospérité publique. Lorsque la richesse n'est divisée qu'en un petit nombre, les riches oppriment les pauvres. Cette disproportion est le fléau le plus destructeur des sociétés²⁷⁸. La protection de la grandeur de la famille n'a plus lieu d'être le fondement de la réserve.

²⁷⁵ ARON G., *art. préc.*, p. 482.

²⁷⁶ PEGUERA POCH M., *op. cit.*, p. 284.

²⁷⁷ « *La propriété de l'homme peut-elle s'étendre au-delà de sa vie? Peut-il donner des lois à sa postérité lorsqu'il n'est plus? Peut-il disposer de cette terre qu'il a cultivée alors qu'il est lui-même réduit en poussière? Non.* » : ROBESPIERRE, *Rapport A.P.* t. 24, p. 563 in ARON G., *art. préc.*, p. 479.

²⁷⁸ ROBESPIERRE, *Discours*, p. 563 in ARON G., *art. préc.*, p. 483.

Malgré la vivacité des débats, la Constituante ne tranche pas ces questions. Elle se contente d'abolir les inégalités s'appliquant aux successions roturières²⁷⁹ par le décret des 8-14 avril 1791, puis elle se dissout.

76. L'unification du droit successoral par la Convention - La Convention continue l'œuvre de la Constituante en ne prenant d'abord que des décrets sur des points précis du droit des successions.

Sa première œuvre est d'interdire les substitutions, de supprimer pour l'avenir celles en vigueur et enfin de frapper d'extinction celles faites avant sa publication et non encore ouvertes, par le décret du 14 novembre 1792²⁸⁰. Il n'est plus possible de subordonner « *les intérêts du peuple vivant au caprice du peuple mort*²⁸¹. » Puis elle supprime les inégalités résultant de la volonté dans les successions par le décret du 4 janvier 1793²⁸².

Toutefois, le droit successoral n'est toujours pas unifié. Une suite de décrets va s'atteler à cette tâche. Tout d'abord, le décret du 7 mars 1793 interdit de disposer de ses biens, à cause de mort, entre vifs ou par institution contractuelle en ligne directe²⁸³. Puis, le décret du 5 brumaire an II²⁸⁴ étend cette prohibition aux lignes collatérales et restreint la quotité disponible à un dixième des biens du *de cuius* si

²⁷⁹ Ainsi le décret du 8 avril 1791, sanctionné le 14 du même mois dispose que : « *L'assemblée nationale décrète ce qui suit : Toute inégalité ci-devant, résultant entre héritiers ab intestat, des qualités d'aînés ou puînés, de la distinction des sexes ou des exclusions coutumières, soit en ligne directe, soit en ligne collatérale, est abolie; tous héritiers en égal degré succéderont par portion égale aux biens qui leur sont déférés par la loi : le partage se fera de même par portions égales dans chaque souche, dans les cas où la représentation est admise (art. 1).*

En conséquence, les dispositions des coutumes ou statuts, qui excluaient les filles ou leurs descendants, du droit de succéder avec les mâles ou les descendants des mâles, sont abrogées. » in PAILLET, *Législation et jurisprudence des successions, selon le droit ancien, le droit intermédiaire et le droit nouveau*, Chez Le Normant et A. Eymery, 1816, p. 76, § 216 et suiv.

²⁸⁰ PAILLET, *Législation et jurisprudence des successions, selon le droit ancien, le droit intermédiaire et le droit nouveau*, éd. Chez Le Normant et A. Eymery, 1816, p. 83 § 238 et suiv.

²⁸¹ FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, t. I*, éd. Au dépôt, 1827, p. 521.

²⁸² PAILLET, *op. cit.*, p. 84 § 242.

²⁸³ PAILLET, *ibidem* p. 84 § 242.

²⁸⁴ Ou 26 octobre 1793. Pour une étude complète de la loi, Cf. PAILLET, *ibidem* p. 107 et suiv. § 320 et suiv.

celui-ci laisse des descendants en ligne directe et un sixième s'il ne laisse que des collatéraux²⁸⁵. Le décret du 12 brumaire an II reconnaît enfin des droits successoraux aux enfants naturels²⁸⁶.

Ces décrets sont les prémices de la grande loi sur les successions des 17 et 21 nivôse an II.

§ II – Les lois des 17 et 21 nivôse an II : la volonté d'une égalité parfaite

77. La loi des 17 et 21 nivôse an II- La loi des 17 et 21 nivôse an II²⁸⁷ transcende les grands principes révolutionnaires dont l'égalité totale constitue la pierre angulaire : *« les successions des pères, mères ou autres ascendants, et autres collatéraux (...) seront partagées également entre les enfants, descendants ou héritiers en ligne collatérale, nonobstant toutes lois, coutumes, donations, testaments et partages déjà faits. En conséquence, les enfants, descendants et héritiers en ligne collatérale, ne pourront même en renonçant à ces successions, se dispenser de rapporter ce qu'ils auront eu à titre gratuit, par l'effet des donations que leur auront faites leurs ascendants ou leurs parents collatéraux, postérieurement au 14 juillet 1789 »*²⁸⁸. Les coutumes d'option sont abrogées en faveur des coutumes d'égalité stricte. Le rapport des dons devient d'ordre public même si le descendant renonce à la succession selon l'article 9 de la loi des 17 et 21 nivôse an II²⁸⁹. L'article 11 supprime l'exclusion des enfants dotés par mariage et oblige à rapporter le don reçu en faveur du mariage. L'article 16

²⁸⁵ PAILLET, *op. cit.*, p. 101 § 287.

²⁸⁶ PAILLET, *op. cit.*, p. 103 § 294 et suiv.

²⁸⁷ Les 6 et 10 janvier 1794.

²⁸⁸ Loi du 17 nivôse an II, art. 9 : *rapport AP*, tome XXVIII, p. 606.

réaffirme la faculté de disposer du dixième de ses biens s'il existe des héritiers en ligne directe et du sixième s'il n'y a que des collatéraux mais uniquement au profit de personnes autres que celles appelées au partage²⁹⁰. La base du droit successoral doit être l'affection présumée de la nature et les liens de sang. Toutefois, le mariage doit rester la base de la famille. Celui-ci est idéalisé et puisqu'il est basé sur l'amour, il ne reconnaît pas les enfants adultérins et incestueux qui restent exclus des successions. Seuls les enfants adultérins peuvent recevoir, à titre d'aliments, le tiers de la part à laquelle ils auraient eu droit s'ils avaient été légitimes²⁹¹. La Convention consacre la primauté de la succession *ab intestat* et toutes les lois, coutumes, usages et statuts relatifs à la transmission de biens par succession ou donation sont abolis selon l'article 61²⁹². Enfin, la loi établit la rétroactivité de cette loi au 14 juillet 1789²⁹³. Pour les révolutionnaires, la liberté en matière successorale est une menace pour l'égalité. La loi déterminant les héritiers agit comme elle pense que le *de cuius* l'aurait fait s'il avait manifesté sa volonté. La succession légale est par conséquent la volonté présumée du défunt²⁹⁴.

Ces mesures nouvelles paraissent avoir été bien acceptées par les anciens pays coutumiers qui n'avaient connu qu'un disponible limité. Elles heurtent en revanche très fortement les habitudes des pays de droit écrit ainsi que celles de la Normandie qui pratiquent habituellement l'exclusion des filles dotées. La rétroactivité et l'égalité imposée ont des conséquences désastreuses. En Normandie, les fils se soulèvent en voyant revenir à la succession leurs sœurs. Dans le Midi, alors que le testament permettait de faire un aîné, les réclamations des puînés détruisent les arrangements familiaux acquis depuis 1789. De nombreuses demandes de dérogation

²⁸⁹ PAILLET, *op. cit.*, p. 119 § 358.

²⁹⁰ PAILLET, *ibidem*, p. 212, § 589.

²⁹¹ Article 13 de la loi du 12 brumaire an II.

²⁹² PAILLET, *op. cit.*, p.131, § 449.

²⁹³ PAILLET, *ibidem*, p. 100, § 285.

²⁹⁴ BIGOT DE PRÉAMENEU, *Rapport sur la disposition du titre des donations entre vifs et testaments*, in FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. XII, éd. Au dépôt, 1827, p. 244.

ou d'interprétation sont envoyées à la Convention²⁹⁵. Pour ces raisons, la Convention décide de réformer la loi des 17 et 21 nivôse an II.

§ III : La loi du IV germinal an VIII ou le retour à la pondération

78. L'échec de l'égalité et sa réforme - Le constat de l'échec de l'égalité imposée entraîne sa réforme par la loi du IV germinal an VIII²⁹⁶. Elle fixe une quotité disponible variable selon le nombre d'enfants : un quart s'ils sont moins de quatre, un cinquième s'ils sont quatre, un sixième s'ils sont cinq²⁹⁷, ainsi de suite, en comptant toujours pour déterminer la portion disponible, le nombre d'enfants plus un. La quotité disponible peut être donnée aux enfants sans qu'ils soient tenus au rapport.

En présence d'ascendants ou de collatéraux privilégiés, la quotité disponible est de moitié. Si le *de cuius* ne laisse que des oncles, grands oncles ou tantes, cousins ou cousines germaines, la quotité disponible est de trois quarts.

La loi du IV germinal an VIII, consacre, en outre, le système des coutumes de préciput en disposant dans son article 5 que les libéralités pourront être faites au profit des enfants ou autres successibles du disposant, sans qu'ils soient sujets au rapport.

79. Conclusion de section - Les révolutionnaires ont tout d'abord réagi à l'excès en imposant une égalité stricte et en restreignant entièrement la liberté de tester. Mais l'exaltation révolutionnaire retombée, il s'est avéré qu'il fallait prendre des mesures législatives plus modérées, sans pour autant renier les avancées révolutionnaires. Il est apparu indispensable de rendre

²⁹⁵ PEGUERA POCH M., *op. cit.*, p. 297.

²⁹⁶ Le 25 mars 1800 : PAILLET, *op. cit.*, p. 321 et suiv.

²⁹⁷ PAILLET, *ibidem*, p. 321, § 1011.

une certaine latitude au père de famille en augmentant la quotité disponible et en le laissant en disposer au profit d'un héritier ou de tiers, sans pour autant réintroduire les autres inégalités de l'ancien droit. Cela a permis de concilier les deux grands principes hérités de la révolution : la liberté et l'égalité tout en évitant le retour à la concentration des biens de l'ancien régime.

Les rédacteurs du Code civil se sont inspirés de l'héritage révolutionnaire en conservant une réserve égalitaire.

Section II - La transposition des principes égalitaires au sein du Code civil

80. La rédaction du Code civil - Au lendemain de la Révolution, le 24 thermidor an VIII²⁹⁸, Bonaparte désigne quatre commissaires chargés de présenter un projet de Code civil. Les commissaires choisis représentent les différentes traditions du droit français²⁹⁹ que le Code civil doit unifier. En droit des successions, les commissaires doivent composer avec de multiples influences : la conservation des biens dans les familles qui constitue la norme depuis un millénaire, le droit à l'égalité révélé par la Révolution, l'importance de la famille et la consolidation de la stabilité du pouvoir politique au lendemain de la Révolution.

Contrairement aux révolutionnaires, les rédacteurs du Code civil pensent que le droit de succession a un fondement purement civil³⁰⁰ puisque « *le droit de propriété en soi est une institution directe de la nature (...) mais (ce) droit (...) finit avec la vie du*

²⁹⁸ Soit le 12 août 1800.

²⁹⁹ Les commissaires sont quatre anciens avocats. Portalis le provençal et Maleville le périgourdin représentent les pays de droit écrit. Bigot de Préameneu le breton et Tronchet le parisien représentent le droit coutumier. Portalis est également un spécialiste de droit romain.

³⁰⁰ PORTALIS, *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, éd. Confluences, 1999, p. 57-59 : « *S'il y a de puissants motifs de convenance ou d'équité de la laisser à la famille du propriétaire (...) aucun homme n'a, par un droit naturel et inné, le pouvoir de commander après sa mort et de se survivre pour ainsi dire à lui-même par un testament.* »

*propriétaire*³⁰¹. » Dans la recherche des matériaux destinés à la préparation du Code civil, les commissaires empruntent largement aux règles et à la doctrine de l'ancien droit. Ils se fondent sur le droit romain pour la dévolution *ab intestat* tandis que les donations et testaments sont inspirés des ordonnances de Daguesseau.

Les commentateurs du Code civil ont voulu se détacher des excès du droit coutumier et en interdire le retour. Pour cela, ils conservent certains acquis de la législation révolutionnaire, notamment l'égalité dans les successions légitimes³⁰². Ils veulent également obliger la division des fortunes afin d'éviter la concentration de la fortune dans la main d'un seul. La réserve héréditaire (§ I) et la prohibition des mécanismes permettant de favoriser un héritier (§ II) sont les outils permettant l'égalité entre réservataires et la division des biens.

§ I – La réserve héréditaire du Code civil de 1804 : un outil favorisant l'égalité entre réservataires et la dispersion des biens

81. Plan – La réserve du Code civil ou légitime du Code civil³⁰³ donna lieu à des débats houleux lors de sa rédaction. L'institution de la réserve en elle-même était peu discutée car la légitime était d'ordre social. L'ordre social ne pouvait subsister dans l'incertitude de la transmission d'une partie du

³⁰¹ PORTALIS, *op. cit.*, p. 57.

³⁰² HALPÉRIN J.-L., *op. cit.*, p. 19-20 § 6.

³⁰³ Lors des débats, les deux termes sont utilisés indifféremment pour désigner la réserve du Code civil tout comme au XIX^e siècle.

patrimoine des parents à leurs enfants³⁰⁴. Elle permettait d'empêcher les abus d'autorité en instituant une légitime « *pour faire connaître aux pères de famille les bornes au-delà desquelles ils seraient présumés abuser de leur droit de propriété en manquant à leurs devoirs de père et de citoyen*³⁰⁵. » La réserve du Code civil était un compromis entre la réserve coutumière et la légitime coutumière. Son fondement était celui de la légitime de droit romain alors que son régime s'inspirait très fortement de la réserve coutumière. La réserve permettait, par sa nature *pars hereditatis* (A) et la sanction en nature de son dépassement (B), de conserver une égalité en nature entre les héritiers réservataires.

A– La nature *pars hereditatis* de la réserve héréditaire du Code civil de 1804

82. Une nature discutée - La nature de la réserve n'était pas définie par le Code civil de 1804, ce qui a donné lieu à d'intenses débats doctrinaux et judiciaires. Les rédacteurs du Code civil avaient pour modèle plusieurs systèmes. Tout d'abord, en droit romain, la succession testamentaire était prépondérante. Le *de cuius* pouvait instituer son héritier par testament. Les héritiers réservataires n'avaient alors qu'une créance alimentaire à faire valoir contre cet héritier institué. La légitime était donc *pars bonorum* car il s'agissait d'un droit de créance personnel contre la succession, acquittable en espèces. C'était un droit individuel dévolu à ses bénéficiaires en raison de leur qualité de parents. Le légitimaire n'était pas tenu aux dettes puisqu'il n'était pas héritier³⁰⁶.

En droit coutumier, la succession *ab intestat* dominait. La réserve était une barrière à la dissipation des biens hors de la famille ce qui explique qu'elle était la succession

³⁰⁴ FENET, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, t. I, éd. Au dépôt, 1827, tome XII, p. 245, rapport de BIGOT DE PRÉAMENEU sur la disposition du titre des donations entre vifs et des testaments : « *Ce sont ces transmissions successives qui fixent principalement le rang et l'état des citoyens. Les pères et mères qui ont donné l'existence naturelle ne doivent pas avoir la liberté de faire arbitrairement perdre, sous un rapport aussi essentiel, l'existence civile ; et si le père doit rester libre de conserver l'existence de son droit de propriété, il doit aussi remplir les devoirs que la paternité lui a imposés envers ses enfans et envers la société.* »

³⁰⁵ FENET, *ibidem*, tome XII, p. 245, rapport de BIGOT DE PRÉAMENEU sur la disposition du titre des donations entre vifs et des testaments.

elle-même diminuée de la portion disponible³⁰⁷. La réserve était, par conséquent, un droit réel sur les biens de la famille dévolu collectivement à tous les héritiers désignés par la loi et acceptants. Ils étaient ainsi tenus aux dettes.

Lorsque la légitime romaine a été introduite dans le droit coutumier, elle a épousé la nature de la réserve coutumière³⁰⁸.

Le système successoral français créé par les rédacteurs du Code civil était mixte ; il reposait majoritairement sur la succession *ab intestat* en réservant une place à la succession testamentaire laissant planer le doute sur la nature de la réserve³⁰⁹. Cette nature *pars bonorum* ou *pars hereditatis* de la réserve et sa fonction ne pouvaient, par conséquent, qu'être tirées de l'étude de la réserve du Code civil dans ses trois aspects : la réclamation de la réserve par voie d'exception et la possibilité de cumuler quotité disponible et réserve par un réservataire renonçant (1), la réclamation de la réserve par voie d'action et l'obligation d'accepter la succession pour être réservataire (2) et le caractère collectif ou individuel de la réserve (3).

1 - Le droit de réclamer sa réserve par voie d'exception

83. Un héritier réservataire pouvait-il renoncer à la succession tout en cumulant la quotité disponible et sa part de réserve ? Cette question n'était

³⁰⁶ *Supra* n° 324 et suiv.

³⁰⁷ GRIMALDI M., *Droit civil – Successions*, 6^{ème} édition, éd. Litec, 2001, p. 44, § 51.

³⁰⁸ *Cf. infra* n° 24 et suiv.

³⁰⁹ MAZEAUD H., J. et L., *Leçons de droit civil – Régimes matrimoniaux, successions, libéralités*, t. IV, éd. Montchrestien, 1963, p. 535, n° 662. Certains auteurs ont soutenu que le système français était testamentaire et reposait sur un testament présumé du *de cuius*. En ce sens : VALLIER E., *Le fondement du droit successoral français*, thèse Paris, 1902, p. 27 et suiv.

pas réglée explicitement dans le Code civil de 1804. Imaginons que le *de cuius* avait consenti une donation à un héritier réservataire. Celui-ci renonçait à la succession afin de se soustraire au rapport. Dans quelle mesure, le donataire pouvait-il conserver ce don ? Ne pouvait-il retenir que la quotité disponible ou également sa réserve et ainsi cumuler quotité disponible et réserve ? Cette question ne se résolvait pas de la même manière selon que la réserve héréditaire était *pars bonorum* comme la légitime ou *pars hereditatis* comme la réserve coutumière. Dans les pays de droit écrit, la légitime imposait le cumul puisque la qualité d'enfant ne se perdait pas par la renonciation. Tandis que dans les pays de coutumes, la renonciation de la succession entraînait celle de la réserve coutumière³¹⁰. En revanche, la légitime coutumière admettait le droit de retenir la légitime par voie d'exception³¹¹.

La résolution de cette question avait fait l'objet d'un intense débat doctrinal et de plusieurs revirements de la part de la Cour de cassation.

84. Débat doctrinal – La doctrine a hésité entre trois systèmes : le système absolu du cumul par voie d'action ou de rétention, le système mitigé du cumul par voie de rétention et celui exclusif du cumul.

Les partisans du système du cumul par voie d'action ou de rétention³¹² pensaient que la réserve du Code civil avait été calquée sur le modèle de la légitime de droit romain. Elle était de même nature et devait produire les mêmes effets. Ses défenseurs

³¹⁰ POTHIER, *Traité des propres*, op. cit., p. 187.

³¹¹ POTHIER, *Coutumes des Duché, Bailliage et Prévôté d'Orléans, et ressort d'iceux*, Chez Debure à Paris et chez la Veuve Rouzeau-Montaut à Orléans, 1780, p. 449, n° 74 : « La légitime étant une portion que les pere & mere doivent dans leur succession à leurs enfans, & conséquemment la demande de la légitime étant une espece de petitio hereditatis, plusieurs auteurs ont en tiré cette conséquence, que pour la demander par voie d'action, il faut être héritier au moins sous bénéfice d'inventaire. Mais tous conviennent qu'on peut la retenir par voie d'exception, quoiqu'on ait renoncé à la succession. »

POTHIER, *Cœuvres posthumes de M. Pothier, dédiées à Monseigneur le Garde des Sceaux de France*, tome sixième contenant les traités des donations entre-vifs, des personnes et des choses, éd. à Orléans Chez Jul. Jean Massot, à Paris, Chez Pierre-Théophile Barrots le jeune, 1778, section 3, article 5, § 1 p. 193 : « si un enfant demandoit sa légitime contre un autre enfant dernier donataire, qui n'auroit lui-même dans ce qui lui auroit été donné, que ce qui est nécessaire pour remplir sa légitime, cet enfant donataire, quoiqu'il eût renoncé à la succession pour se tenir à son don, pourra néanmoins retenir sa légitime sur ce qui lui a été donné; & en conséquence, il aura congé de la demande en légitime de son frère, qu'il renverra contre les donataires précédents. »

s'appuyaient, dans leur démonstration, sur l'ancien article 921³¹³ du Code civil qui interdisait aux créanciers du défunt de demander la réduction puisque la réduction était un droit personnel réservé à ceux qui ont la qualité d'enfant³¹⁴.

Les défenseurs du système mitigé de cumul par rétention³¹⁵ considéraient que le droit à la réserve était un privilège attribué à la qualité d'héritier. En effet, les anciens articles 1003 et 1004 du Code civil³¹⁶ prouvaient que ce sont les principes du droit coutumier qui avaient été introduits dans le Code civil³¹⁷. L'ancien article 921 invoqué par les partisans du premier système, n'avait pour but que d'exclure les créanciers et les légataires du bénéfice des biens donnés. Le droit de réclamer la réserve par voie d'action était par conséquent réservé à l'héritier réservataire acceptant et refusé au renonçant. En revanche, lorsque le successible se trouvait déjà dans les biens, en raison d'un don, il pouvait retenir la réserve par voie d'exception. La réserve ne serait attachée à la qualité d'héritier que lorsqu'elle était réclamée par

³¹² MERLIN, *répert.*, V° *Légitime*, t. 7, p. 6 et suiv. et V° *Réserve*, section 1, § 1, n° 16; CHABOT DE L'ALLIER M., *Commentaire des successions* : cités sous Cass., 18 février 1818 : S, 1818, 1, 422.

³¹³ Selon l'article 921 du Code civil de 1804, « *La réduction des dispositions entre-vifs ne pourra être demandée que par ceux au profit desquels la loi fait la réserve, par leurs héritiers ou ayant-cause; les donataires, les légataires, ni les créanciers du défunt ne pourront demander cette réduction, ni en profiter.* »

³¹⁴ Les débats préparatoires de cet article vont, en effet, dans ce sens. Ainsi, JAUBERT dans son rapport à l'Assemblée nationale explique que « *si la réduction est exercée par ceux au profit desquels la loi fait la réserve, ces derniers seront-ils tenus de payer les dettes postérieures à la donation? Non, ils ne viennent pas comme héritiers, on les considère uniquement comme les codonataires(...) les créanciers n'ont de droits que sur la succession (...) l'action directe leur est refusée, mais elle ne leur est refusée que parce qu'elle n'est pas dans la succession.* » FENET, *op. cit.*, tome XII, p. 593.

FAVARD, confirme cette position dans son rapport au Corps législatif en déclamant « *On a beaucoup agité la question de savoir, si, du moins, les créanciers du défunt pourraient exercer leurs droits sur les biens recouvrés par cette réduction. Pour l'affirmative, on disait que les enfants ne pouvaient demander la réduction qu'à titre d'héritiers, que dès lors, ils se trouvaient chargés de payer les dettes postérieures à la donation.(...) Mais ce n'est pas comme héritiers que les enfans demandent le retranchement; cela est si vrai que la portion donnée qui entamait la réserve légale était retranchée de la succession.* » FENET, *ibidem*, p. 634.

³¹⁵ GRENIER, *Traité des donations*, t. 2, n° 566 et 594; DELVINCOURT, t. 2, p. 113, 216, 248, cités sous Cass. 18 février 1818 : S, 1818, 1, 422.

³¹⁶ Selon lesquels « *le legs universel est la disposition testamentaire par laquelle le testateur donne à une ou plusieurs personnes l'universalité des biens qu'il laissera à son décès.* » Et « *lorsqu'au décès du testateur, il y a des héritiers auxquels une quotité de ses biens est réservée par la loi, ces héritiers sont saisis de plein droit, par sa mort, de tous les biens de la succession; et le légataire universel est tenu de leur demander la délivrance des biens compris dans le testament.* »

³¹⁷ Ces articles, qui définissent le legs universel, imposent au légataire l'obligation de demander la délivrance du legs à l'héritier réservataire saisi de plein droit par la mort du testateur comme cela était dans le droit coutumier.

voie d'action mais pas par voie d'exception, tout comme la légitime coutumière. Leurs arguments étaient les suivants. Tout d'abord, cela était déjà le cas dans la nouvelle 92 de Justinien³¹⁸ de même que dans l'article 307 de la coutume de Paris³¹⁹ et dans l'article 34 de l'ordonnance de 1731³²⁰. En outre, cela aurait été aussi conforme à l'esprit des anciens articles 913 et 915 du Code civil ainsi qu'aux anciens articles 850 et 857 du Code civil qui n'imposaient le rapport qu'à son cohéritier et qu'à la succession. Enfin, les partisans de cette thèse arguaient que les autres réservataires n'avaient aucune voie pour attaquer cette disposition. Ils ne pouvaient utiliser l'action en réduction puisqu'ils se trouvaient remplis de leur réserve. Par quelle voie auraient-ils pu donc attaquer la donation ?

Enfin, les partisans du système exclusif du cumul³²¹, opinion majoritaire parmi les auteurs, mettaient en avant les arguments suivants. Le cumul aurait été impossible puisque la part des enfants qui renonçaient à la succession appartenait aux autres réservataires. Cela était corroboré par l'ancien article 845 du Code civil qui autorisait l'enfant à retenir le don qui lui avait été fait jusqu'à concurrence de la portion disponible. En outre, l'ancien article 913 divisait le patrimoine du défunt en deux parties : l'une disponible dont le défunt pouvait disposer au profit de toute personne et l'autre indisponible qui ne pouvait être dévolue qu'aux enfants en leur qualité d'héritiers et répartie entre eux suivant les règles de la succession *ab intestat*. Or, aux termes de l'ancien article 785, l'enfant renonçant était censé n'avoir jamais été héritier. Il ne pouvait donc retenir une portion de la succession *ab intestat*. Il était

³¹⁸ « *Licet autem ei qui largitatem meruit, abstinere ab hæreditate, dummodo supleat ex donatione, si opus sit, cæterorum portionem.* »

³¹⁹ « *Au cas où celui auquel on auroit donné voudroit s'en tenir à son don, faire le peut, en s'abstenant de l'hérédité, la légitime réservée aux autres.* »

³²⁰ « *Et en cas qu'un ou plusieurs des donataires soient du nombre des enfans du donateur, qui auraient eu droit de demander leur légitime sans la donation qui leur a été faite, ils retiendront les biens à eux donnés, jusqu'à concurrence de la valeur de la légitime des autres que pour l'excédant.* »

³²¹ TOULLIER, t. 5, n° 10 ; FAVARD DE L'ANGLADE, *Répertoire*, V° Renonciation, § 1er, n° 14 ; DALLOZ, *recueil alphabétique*, V° Dispositions entre vifs, p. 417 ; n° 47 ; LEVASSEUR, *portion disponible*, n° 146 ; DURANTON A., t.7, n° 252 et suiv. ; VAZEILLE, *Des successions*, sur l'article 845, n° 4 ; POUJOL, *sur l'article 845*, n° 4, cités sous Cass., 18 février 1818 : S, 1818, 1, 422.

désormais un tiers et ne pouvait retenir que la portion disponible comme tout autre tiers³²².

85. Position de la Cour de cassation au cours du XIX^e siècle - La position de la Cour de cassation sur cette question a fluctué au cours du XIX^e siècle. Tout d'abord, elle a rejeté le cumul dans l'arrêt Laroque de Mons du 18 février 1818³²³. Cette affaire se passait en ancien pays de droit écrit. Dans cette espèce, une mère avait fait une donation d'un certain nombre de fonds et immeubles³²⁴ à son fils aîné. A son décès, ses cinq puînés acceptèrent la succession tandis que l'aîné, donataire, y renonça et s'empara de toute la succession afin de retenir sa réserve par voie d'exception. Les puînés l'assignèrent en partage. Monsieur Laroque de Mons, l'aîné, demanda alors l'attribution de la quotité disponible et d'une part d'enfant. Cette demande était conforme à la législation des anciens pays de droit écrit dans lesquels, ainsi que le droit romain le prescrivait, « *l'enfant donataire pouvait, en renonçant à la succession pour s'en tenir à son don, retenir sa légitime sur les biens dont il avait été saisi par la donation, et conserver en outre, tout ce qui excédait la légitime du à ses frères et sœurs*³²⁵. »

La Cour de cassation a rejeté, dans l'arrêt Laroque de Mons, le cumul en décidant que le donataire n'avait droit qu'à la quotité disponible et que devenu étranger à la

³²² Approuvent la jurisprudence : MARCADÉ V., art. 845 n° 4 ; VERNET P., *De la quotité disponible*, p. 381 et suiv. ; BEAUTEMPS-BEAUPRÉ C.-J., *op. cit.*, t. I, n° 229.

Contra AUBRY C. et RAU C., *op. cit.*, t. V, p. 573-575 ; DEMANTE, *Cours analytique de Code civil*, t. IV, éd. Plon, 1884, n° 42 bis, III et suiv. pour lesquels l'enfant donataire impute la donation sur sa réserve dans la limite de la quotité disponible.

Contra TROP LONG M., t. II, n° 786-793 ; DEMOLOMBE G., *Cours de Code Napoléon.*, tome XIX, *Traité des donations entre vifs*, tome II, éd. Auguste Durand 1862, p. 76 ; COIN-DELISLE J.-B.-C., *Limite du droit de rétention par l'enfant donataire renonçant*, Librairie de jurisprudence de Cotillon, 1852, §122 et suivants pour lesquels l'enfant donataire peut retenir toute sa réserve et toute la quotité disponible.

Pour plus d'explications sur les trois thèses en présence, voir DEMOLOMBE G., *ibidem*, tome XIX, p. 60 à 79, § 50 à 52 ainsi que la note sous Cass. Civ. 18 février 1818, S. 1818.1.422.

³²³ Cass. 18 février 1818 : S, 1818, 1, 422.

³²⁴ Leur nombre n'est pas précisé mais on peut penser à la lecture de l'arrêt qu'il s'agit d'un domaine.

³²⁵ Cass. 18 février 1818 : S, 1818, 1, 422.

succession par la renonciation, il ne pouvait pas prétendre à la réserve³²⁶. Elle a rejeté explicitement dans la motivation de l'arrêt les deux premières thèses et a consacré la thèse du non-cumul.

Cette jurisprudence, qui contrariait les idées des pays de droit écrit, fut peu appliquée par les tribunaux des anciens pays de droit écrit. Pour ne pas se mettre en porte-à-faux avec la Cour de cassation, ces tribunaux eurent recours à la théorie de l'imputation. Celle-ci consistait à imputer le don de l'enfant renonçant tout d'abord sur la réserve à laquelle il aurait eu droit en tant qu'héritier puis subsidiairement sur la quotité disponible. Par deux fois, la Cour de cassation a consacré ce système³²⁷, sans toutefois écarter la théorie du non-cumul, afin de contourner la critique majeure adressée à la théorie du non-cumul : le détournement des prévisions du défunt par la

³²⁶ « Considérant qu'il résulte de la combinaison et du rapprochement des divers articles du Code civil relatifs à la légitime des enfans et notamment des articles 785, 786, 843, 845, 858, 859, 913, 917, 920, 921, 924, 1004, 1006, 1009, etc.;

Que la loi divise en deux portions distinctes les biens des pères et mères; qu'elle laisse l'une à leur disposition, et réserve l'autre aux enfans pour leur légitime ;

Que la quotité de la première est fixée invariablement par le nombre des enfans existans au moment du décès du disposant ;

Qu'elle est toujours la même, soit qu'il ait disposé à titre universel ou particulier , en faveur d'étrangers ou de ses enfans, et en faveur de ceux-ci, avec préciput et hors part, ou sans dispense de rapport ;

Qu'elle est la seule chose dont il puisse avantager l'un de ses enfans , en lui donnant expressément par préciput et hors part ;

Qu'enfin lorsque ses libéralités excèdent cette quotité disponible, elles sont, sur la demande de ceux qui ont droit à la réserve, sujettes à réduction ou rapport, et que cet excédant fait nécessairement partie de sa succession réservée aux enfans pour leur légitime ;

Que cette deuxième portion des biens des pères et mères est assurée à tous les enfans collectivement, et leur est donnée en qualité d'héritiers pour être partagée entre eux également, ainsi que la portion disponible le serait, si les pères et mères n'en avaient pas disposé qu'au profit d'un ou de plusieurs de leurs enfans, sans les dispenser du rapport ;

Qu'à ce titre d'héritiers, ils sont saisis collectivement de tous les biens et actions du défunt, et investis du droit de former contre tous les donataires, sans distinction, la demande en réduction des donations qui excèdent la portion disponible ;

Que ceux d'entre eux qui renoncent, sont censés n'avoir jamais été héritiers, et que la part qu'ils auraient eue en cette qualité, accroît à leurs cohéritiers pour le tout, sans y distinguer la partie des biens existants en nature au jour du décès, de celle comprise dans des donations faites à des étrangers ou aux autres enfans renonçans, et sujette à retranchement pour ce qui excède la quotité disponible; en telle sorte, que si l'un des enfans restait seul héritier, il aurait eu aussi seul droit à la totalité de la légitime ou réserve légale ;

Que si l'enfant donataire veut renoncer à la succession pour s'en tenir à son don, il le peut, soit que le don lui ait été fait par préciput ou sans dispense de rapport, à titre universel ou autrement mais qu'alors et comme donataire, il ne peut jamais profiter que de la quotité disponible. (...)

Le demandeur ayant volontairement renoncé à la qualité d'héritier pour s'en tenir à la donation, ne pouvait prétendre qu'à la portion disponible, et avait perdu sa part dans la réserve ou légitime que la loi ne donne qu'aux héritiers (...). » Arrêt Laroque de Mons, Cass. Civ. 18 février 1818, S. 1818.1.422

³²⁷ Cass. Civ, 11 août 1829, arrêt Mourgues et Cass. Civ. 24 mars 1834, Arrêt Castille, S. 1834.1.146.

renonciation d'un enfant. Mais cela allait à l'encontre de la jurisprudence de l'arrêt Laroque de Mons pour lequel le recueil de la réserve impliquait la qualité d'héritier.

Un revirement intervint dans l'arrêt Leproust du 17 mai 1843³²⁸. Les arguments de la Cour étaient les suivants : la Cour de cassation s'appuyait sur les anciens articles 845, 915 et 922 du Code civil pour affirmer que la renonciation d'un enfant gratifié d'un don pour s'en tenir à la donation faite ne lui abdiquait pas sa part de réserve à laquelle il avait droit en sa qualité d'*enfant*.

Enfin, par un arrêt des chambres réunies, la Cour de cassation a rejeté à nouveau la théorie du cumul par voie d'exception le 27 novembre 1863, dans l'arrêt Lavialle³²⁹, en affirmant que la réserve était la succession elle-même diminuée de la quotité disponible et que les enfants ne la recueillaient qu'à titre d'héritier. Elle a consacré, de ce fait, la nature *pars hereditatis* de la réserve. La Cour de cassation a ajouté que si le don d'un enfant renonçant excède la quotité disponible, il ne peut l'imputer sur sa réserve puis subsidiairement sur la quotité disponible puisque selon l'ancien article 785, le donataire renonçant n'a plus la qualité d'héritier.

Ainsi, le donataire renonçant ne peut espérer bénéficier de sa réserve par voie d'exception.

Il faut toutefois se demander si le bénéficiaire doit se porter héritier pour réclamer sa réserve par voie d'action.

2 – Le droit de réclamer sa réserve par voie d'action

86. La réserve nécessite-t-elle l'acceptation de la succession ? – Cette question n'est pas davantage que la précédente réglée par le Code civil de 1804. Toutefois, l'étude des articles du Code civil de 1804 nous permet de déduire que la réserve est subordonnée à l'acceptation du bénéficiaire.

³²⁸ Civ. 27 mai 1843, S, 1843, 1, 689, note DEVILLE-NEUVE; D., 1843, 1, 289.

³²⁹ Ch. réunies, 27 novembre 1863, Lavialle, S, 1863, 1, 513 ; D., 1864, 1, 5, note BRÉSILLION.

Tout d'abord, pour connaître la réserve, il faut la déduire des articles 913³³⁰ et 915³³¹ du Code civil de 1804 portant sur la quotité disponible, en soustrayant cette dernière de la succession. Ainsi, le législateur a entendu restreindre la liberté de disposer dans l'intérêt de la famille. Il faut, par conséquent, lui appliquer les règles que l'on aurait appliquées à tous les biens si le *de cuius* était mort *ab intestat* ce qui implique que le descendant ou l'ascendant n'a droit à la réserve qu'en qualité d'héritier³³². La portion indisponible, dont le Code ne parle pas est la succession elle-même³³³.

Ensuite, on peut arguer que l'alinéa 2 de l'ancien article 915, dispose que les biens réservés au profit des ascendants seront par eux recueillis dans l'ordre dans lequel la loi les appelle à succéder. Or, cet article suppose des ascendants en concours avec des collatéraux, soit un partage, ce qui n'est possible que s'il y a eu acceptation de la succession³³⁴. Ainsi, la réserve serait une protection des héritiers *ab intestat* en tant que tels.

³³⁰ Selon l'article 913 du Code civil de 1804 : « Les libéralités, soit par actes entre-vifs, soit par testament, ne pourront excéder la moitié des biens du disposant s'il ne laisse à son décès qu'un enfant légitime; le tiers, s'il laisse deux enfans; la quart, s'il en laisse trois ou un plus grand nombre. »

³³¹ Article 915 du Code civil de 1804 : « Les libéralités par acte entre vifs ou par testament, ne pourront excéder la moitié des biens, si, à défaut d'enfant, le défunt laisse un ou plusieurs ascendants dans chacune des lignes paternelle et maternelle; et les trois quarts, s'il ne laisse d'ascendants que dans une ligne.

Les biens ainsi réservés au profit des ascendants, seront par eux recueillis dans l'ordre où la loi les appelle à succéder; ils auront seuls droit à cette réserve, dans tous les cas où un partage avec des collatéraux ne leur donnerait pas la quotité de biens à laquelle elle est fixée. »

³³² PERNEY D., *La nature juridique de la réserve héréditaire*, thèse Nice, 1976, p. 62-63 § 70.

³³³ BOISSONADE, *Histoire de la réserve héréditaire et de son influence morale et économique*, Librairie de Guillaumin, 1873, p. 674 § 710 ; JOSSERAND L., *Cours de droit civil positif français, troisième partie : Les régimes matrimoniaux, les successions légales, les libéralités*, 3^{ème} édition, Librairie du recueil sirey, 1940, § 1684.

³³⁴ PAVY A., *De la réserve des descendants et ascendants, en droit civil moderne*, thèse Douai, 1884, p. 213 ; COIN-DELISLE J.-B.-C., *Limite du droit de rétention par l'enfant donataire renonçant*, Librairie de jurisprudence de Cotillon, 1852, p. 188 ; GOURJU A., *La réserve, étude de droit civil*, éd. Rabutot, 1870, p. 70 ; NICOLESCO O.-N., *Nature de la réserve légale et des personnes qui y ont droit*, thèse Paris, 1888, p. 527 cités par PERNEY D., *op. cit.*, p. 64 note 73 (1).

On peut également remarquer que le législateur désigne par le mot « héritier », le réservataire dans tous les articles du Code civil de 1804, et notamment les articles 917, 922, 924, 930, ou encore 1004, 1006, 1009, 1011 et 1013³³⁵.

En outre, à la lecture de l'article 292 de la coutume de Paris³³⁶ relatif à la réserve coutumière, on s'aperçoit que les anciens articles 913³³⁷ et 915³³⁸ sont rédigés selon le même modèle³³⁹. Ces articles fixent la portion dont le *pater familias* peut disposer librement. Cela n'est pas le cas de l'article 298 de la coutume de Paris³⁴⁰ relatif à la légitime de droit qui fixe le montant de la légitime.

Enfin, l'ancien article 1004 dispose que si au décès du testateur, il existe des héritiers auxquels une quotité de biens est réservée par la loi, ces héritiers sont saisis de plein droit par sa mort de tous les biens de la succession et le légataire universel est tenu de demander la délivrance des biens compris dans le testament³⁴¹. Ainsi, la loi accorde la saisine de la totalité de la succession aux réservataires montrant ainsi que la réserve est la succession elle-même diminuée de la quotité disponible, laquelle est l'exception. Elle n'est pas un droit de créance dans la succession, puisque dans ce cas, la saisine aurait été accordée au légataire et cela aurait été aux réservataires de réclamer leur réserve.

³³⁵ En ce sens : GOURJU A., *op. cit.*, p. 72; BEAUTEMPS-BEAUPRÉ C.-J., *De la portion des biens disponibles et de la réduction*, éd. A Durand, 1855-1856, p. 103; PAVY A., *ibidem*, p. 213; COINDELISLE J.-B.-C., *ibidem*, p. 188 cités par PERNEY D., *ibidem*, p. 64; BOISSONADE, *op. cit.*, p. 677 § 712.

³³⁶ Selon l'article 292 de la coutume de Paris : « Toutes personnes saines d'entendement, aagez & usant de leurs droits, peuvent disposer par testament & ordonnance de dernière volonté au profit de personne capable, de tous leurs biens meubles, acquets & conquests immeubles & et de la cinquième partie de tous leurs propres, heritages, & non plus avant, encores que ce fust pour cause pitoyable. »

³³⁷ Cf. note n° 330.

³³⁸ Cf. note n° 331.

³³⁹ PERNEY D., *ibidem*, p. 63 § 71.

³⁴⁰ Selon l'article 298 de la coutume de Paris : « La legitime est la moitié de telle part & portion que chacun enfant eust eu en la succession desdits pere & mere, ayeul ou ayeulle, ou autres ascendans, si lesdits pere & mere, ou autres ascendans, n'eussent disposé par donation entre vifs, ou dernière volonté. Sur le tout désduit les debtes & frais funéraires. »

³⁴¹ PERNEY D., *ibidem*, p. 66 § 75.

87. Consécration jurisprudentielle – L'arrêt Laviolle du 27 novembre 1863³⁴² a consacré la thèse de la nature *pars hereditatis* de la réserve en affirmant que la réserve est la succession elle-même diminuée de la portion disponible et que les enfants ne la recueillent qu'à titre d'héritier. La loi fait deux parts dans le patrimoine du défunt ; l'un disponible qui peut être donné ou légué et l'autre, indisponible, que la loi laisse dans la succession *ab intestat* et dont le titre pour recueillir cette part se trouve dans les anciens articles 745, 746 et 758 à 760³⁴³.

88. Conclusion - Ainsi, on ne peut contester que le réservataire doive accepter la succession pour bénéficier de son droit à réserve. Elle ne lui appartient pas en raison de sa qualité d'enfant mais d'héritier. Cela entraîne comme conséquence que le réservataire est tenu au passif successoral *ultra vires successionis*.

La dernière question permettant de déterminer la nature de la réserve est son caractère collectif ou individuel.

3 - La réserve de 1804 était-elle individuelle ou collective ?

89. Le réservataire renonçant devait-il être compté pour la fixation de la réserve totale ? Dans la légitime de droit romain, la réserve était individuelle, chaque enfant avait droit à une part dans la succession de manière personnelle, chacun pour sa part³⁴⁴. Dans la réserve coutumière, elle était collective puis attribuée en fonction des droits *ab intestat* des réservataires.

³⁴² Ch. réunies, 27 novembre 1863, Laviolle, S 1863, 1, 513 ; D 1864, 1, 5, note BRÉSILLION.

³⁴³ PLANIOL M., RIPERT G., *Traité élémentaire de droit civil – Les régimes matrimoniaux, les libéralités et les successions*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1932, p. 874, n° 3077.

³⁴⁴ DRUET F.-C., *De la légitime en droit romain et de la réserve en droit français*, thèse Poitiers, 1863, p. 59.

Sous l'empire du Code de 1804, la question s'est toutefois posée de savoir si le renonçant devait être compté dans la fixation de la réserve dans deux hypothèses : lorsque la renonciation profitait aux héritiers de même rang et lorsqu'elle profitait aux héritiers d'un ordre subséquent.

90. La renonciation profitait aux héritiers de même rang – Il s'agissait d'abord d'étudier si la renonciation profitait aux héritiers de même rang. Par exemple, si un enfant renonçait à la succession, devait-il être compté lors de la fixation de la réserve ? Le cas échéant, sa part accroissait-elle celles des enfants réservataires acceptants ? Ou alors l'enfant renonçant ne devait-il pas être compté ni faire nombre dans la réserve³⁴⁵ ?

On aurait pu penser que le renonçant ne devait pas être compté puisqu'il n'existait pas dans la succession, laquelle était dévolue comme s'il n'y avait jamais été appelé. Pourtant la Cour de cassation a toujours admis que le renonçant faisait nombre pour le calcul de la réserve³⁴⁶ : il devait être compté pour connaître la quotité de la réserve.

La Cour de cassation justifiait sa position au moyen de l'ancien article 913³⁴⁷. D'une part, selon cet article, le montant de la réserve était déterminé au moment du décès du disposant par le nombre des enfants qu'il *laissait* à ce moment là. L'article n'ajoutait aucune condition pour être comptés, notamment d'acceptation de la succession par les enfants, on ne saurait donc exiger cette condition. D'autre part, nulle part le Code civil ne fixait la réserve individuelle des héritiers tandis qu'il fixait la réserve globale³⁴⁸. Cette solution était conforme à la finalité familiale de la réserve. En effet, la réserve était affectée à une parenté par la loi. Le partage de la réserve s'opérait ensuite par le jeu du partage *ab intestat*.

³⁴⁵ En ce sens : DEMOLOMBE G., *op. cit.*, t. XIX, p.170 et suiv. § 99 ; JOSSERAND L., *op. cit.*, § 1668.

³⁴⁶ Cass. Civ., 18 février 1818, S. 1818, 1, 422 ; Cass. Civ., 18 août 1866, aff. Dufeu, D. 66.1.465, note THIERCELIN, S.1866.1.383. ; Req., 21 juin 1869, S. 1870, 1, 432, D. 1874, 5, 377 ; 10 juin 1902, S. 1904, 1, 121, D. 1904, 1, 425 ; Cass. Civ. 23 juin 1926, D. 1927, 1, 65, note RADOUANT.

³⁴⁷ Cf. *infra* note 330.

³⁴⁸ Cass. Civ. 13 août 1866, D. 1866.1.465, note THIERCELIN ; S.1866.1.383.

Pourtant, cette solution n'était pas exempte d'inconvénients car l'on sait que le renonçant ne cumulait pas sa part de réserve et la quotité disponible. En outre, cela signifiait que le renonçant faisait nombre contre lui-même et que cela lui portait préjudice en augmentant la réserve³⁴⁹. Comme les renonçants et indignes étaient censés être étrangers à la succession et n'avoir jamais été héritiers, on pourrait penser qu'il ne faudrait pas en tenir compte puisque la réserve est une part de l'hérédité³⁵⁰. Enfin, le verbe « laisser » dans « enfant laissé au décès » est utilisé dans d'autres articles au sens « acceptant l'hérédité »³⁵¹. Pour ces raisons, la doctrine était partagée quant à la pertinence de la solution de la Cour de cassation³⁵².

Toutefois, la solution de la Cour de cassation offrait un avantage reconnu par la doctrine : elle facilitait les prévisions du *de cuius* en figeant la réserve³⁵³, même si cet argument pouvait apparaître peu pertinent puisqu'un enfant pouvait décéder avant le *de cuius*, modifiant ainsi le montant de la réserve. En outre, elle était conforme à la nature *pars hereditatis* de la réserve puisque la succession était laissée à la famille, collectivement.

La Cour de cassation retenait la même solution lorsqu'un réservataire était indigne³⁵⁴.

91. La renonciation profitait aux héritiers d'un ordre subséquent - La seconde hypothèse que nous devons étudier est la suivante : il faut imaginer

³⁴⁹ BOISSONADE, *op. cit.*, p. 686 § 722.

³⁵⁰ En ce sens : JOSSERAND L., *op. cit.*, § 1668.

³⁵¹ Notamment dans les articles 748, 749, 757, 758 et 767 du Code civil : PERNEY D., *op. cit.*, p. 126, § 145.

³⁵² Sont opposés à cette solution : JOSSERAND L., *op. cit.*, § 1668 ; DEMOLOMBE G., *op. cit.*, t. XIX, p. 170 et suiv., § 98 ; PLANIOL M., RIPERT G., *op. cit.* § 3061 ; RADOUANT, note sous Cass. Civ. 23 juin 1926, D. 1927.1.65 pour lesquels l'enfant qui renonce ne doit jamais être compté.

Dans le même sens, DEMANTE, *Cours analytique de Code civil*, t. IV, éd. Plon, 1884, t. IV, n° 45 bis, I-III. pour lequel le renonçant ne doit être compté que s'il a bénéficié d'une libéralité (*aliquo accepto*) et il devra alors imputer cette libéralité sur sa part de réserve.

Contra et dans le sens de la jurisprudence : AUBRY C. et RAU C., *op. cit.*, t. V, p. 553 ; MAZEAUD H., J. et L., *op. cit.*, § 872.

³⁵³ DEMOLOMBE G., *op. cit.*, t. XIX, p. 167 et suiv. § 97 ; AUBRY C. et RAU C., *op. cit.*, t. V, p. 553.

que la renonciation d'un héritier appelle à la succession des héritiers d'un autre ordre. Ces derniers bénéficiaient-ils de la réserve de l'ordre subséquent et pouvaient-ils demander la réduction des libéralités excédant la quotité disponible ?

La Cour de cassation s'était prononcée dans le sens de la réserve coutumière en décidant que dans l'hypothèse de la renonciation d'un ascendant, les collatéraux appelés à recueillir la succession pouvaient se prévaloir de la réserve de l'ascendant et demander la réduction des libéralités³⁵⁵. La Cour de cassation s'appuyait sur l'argument suivant lequel la quotité disponible était déterminée par la loi et ne pouvait être modifiée par des événements extérieurs postérieurs au décès³⁵⁶. Cet arrêt avait été très critiqué par la doctrine. Mais un arrêt de la chambre des requêtes du 9 mai 1938 restreignait la portée de l'arrêt précédent en décidant que le collatéral ne pouvait pas bénéficier de la réserve si le défunt avait fait un legs universel³⁵⁷.

Cette jurisprudence aboutissait à un résultat dépourvu de logique puisque la réserve protégeait le collatéral contre des libéralités n'atteignant que partiellement la réserve mais pas contre celles qui la réduisaient à néant³⁵⁸.

92. Conclusion - Les trois questions étudiées nous montrent, sans équivoque, que la réserve du Code civil avait été introduite avec son caractère *pars hereditatis* comme la réserve coutumière et la légitime coutumière et non pas *pars bonorum* comme la légitime de droit romain.

Les effets du dépassement de la réserve étaient, eux aussi, inspirés de la réserve coutumière.

³⁵⁴ Douai, 25 juin 1891, *D.*, 1892, 2, 89, note PLANIOL M..

³⁵⁵ Cass. Civ. 23 juin 1926, *D.* 1927.1.65 note RADOUANT ; *S.* 1926.1.285.

³⁵⁶ La Cour s'appuie également sur l'argument tiré de la minorité du testateur, argument qui n'intéresse pas notre thèse.

³⁵⁷ Req. 9 mai 1938, *D.* 1939.1.65 note PILON.

³⁵⁸ MAZEAUD H., J. et L., *op. cit.*, § 882.

93. Le principe de la réduction en nature - La réserve étant *pars hereditatis*, elle constituait une part de la succession réservée aux réservataires. Ainsi, la sanction du dépassement de la réserve était la réduction en nature tandis que la réduction en valeur ne pouvait être mise en œuvre que dans des cas limitativement énumérés par le Code civil.

La réduction s'effectuait en nature conformément à la nature *pars hereditatis* de la réserve puisque le réservataire n'était pas créancier de la succession. L'action en réduction était une action réelle qui naissait à l'ouverture de la succession et qui ne pouvait être intentée que par les bénéficiaires de la réserve, leurs héritiers et ayants cause³⁵⁹. Les donataires, légataires et les créanciers du défunt ne pouvait ni demander l'action en réduction, ni en profiter³⁶⁰. L'ordre de réduction des libéralités était énoncé dans les anciens articles 923, 925, 926 et 927 du Code civil de 1804. Tout d'abord, on réduisait les legs au marc le franc sans distinguer les legs universels, à titre universel et particuliers³⁶¹ et sans égard aux dates des testaments dans lesquels chaque legs était contenu. Ensuite, les donations étaient réduites de la plus récente à la plus ancienne³⁶². La réduction emportait caducité des legs soit pour le tout, soit pour partie seulement. Les donations atteintes par la réduction étaient anéanties pour le tout ou pour partie. Le droit du donataire étaient résolu rétroactivement, par conséquent, il étaient censé n'avoir jamais été propriétaire et devait restituer le bien en nature. S'agissant d'une action réelle, le réservataire avait un droit de suite. Ainsi, si le bien avait été aliéné, le réservataire pouvait le poursuivre en quelques mains qu'il se trouvait.

³⁵⁹ Soit leurs héritiers, les cessionnaires de leurs droits successifs, leurs créanciers.

³⁶⁰ Cf. *infra* note 313.

³⁶¹ Cette règle peut être écartée par le testateur qui peut déclarer que certains legs peuvent être acquittés par préférence aux autres.

³⁶² Cette règle avait été affirmée par l'ordonnance de D'AGUESSEAU de 1731 reproduite à l'article 923 du Code civil de 1804. Ainsi, « *il n'y aura jamais lieu à réduire les donations entrevifs qu'après avoir épuisé la valeur de tous les biens compris dans les dispositions testamentaires; et lorsqu'il y aura lieu à cette réduction, elle se fera en commençant par la dernière donation, et ainsi de suite en remontant des dernières aux plus anciennes.* » :

Le principe de la réduction en nature était d'ordre public car il assurait la protection de la famille et des héritiers réservataires. Le *de cuius* ne pouvait dispenser le donataire de restituer la donation réductible en nature³⁶³. La réduction opérait résolution des droits consentis sur la chose aux tiers, qu'il s'agisse de droits réels ou personnels et ce, de manière rétroactive.

Lorsque les objets donnés n'étaient plus en possession du donataire, celui-ci devait en payer la valeur. S'il était insolvable et après avoir établi son insolvabilité par discussion préalable de ses biens, les réservataires pouvaient agir en revendication contre le tiers détenteur à titre gratuit ou onéreux des immeubles donnés³⁶⁴.

94. La réduction en valeur - Il existait des exceptions restreintes à la réduction en nature.

Tout d'abord lorsque le bien avait été aliéné par le donataire, les réservataires ne pouvaient exiger la réduction en nature qu'à la double condition que le donataire soit insolvable et que le tiers acquéreur ne puisse offrir la valeur du bien³⁶⁵.

Ensuite, il existait une exception au profit de l'héritier donataire par préciput. Ce dernier était autorisé à retenir sur les biens donnés la valeur de la portion qui lui appartenait comme héritier dans les biens non disponibles, à condition que ces biens soient de même nature que ceux qu'il avait reçus³⁶⁶. L'héritier donataire par préciput d'un immeuble pouvait retenir l'immeuble en totalité, si le retranchement que sa donation devait subir ne pouvait s'opérer commodément en nature, et que la quotité dont le défunt pouvait disposer à son profit, excédait la moitié de la valeur de cet immeuble.

³⁶³ Civ. 29 octobre 1929, *D. H.* 1929, 554.

³⁶⁴ Selon l'article 930 du Code civil : « *L'action en réduction pourra être exercée par les héritiers contre les tiers détenteurs des immeubles faisant partie des donations et aliénés par les donataires, de la même manière et dans le même ordre que contre les donataires eux-mêmes, et discussion préalablement faite de leurs biens.* »

³⁶⁵ Conformément à l'article 930 du Code civil précité.

³⁶⁶ Conformément à l'article 924 du Code civil disposant « *si la donation entre-vifs a été faite à l'un des successibles, il pourra retenir sur les biens donnés, la valeur de la portion qui lui appartiendrait, comme héritier, dans les biens non disponibles, s'ils sont de la même nature.* »

95. Conclusion - Ainsi, le principe de la réduction en nature donnait lieu à une égalité parfaite des héritiers puisque ceux-ci devaient tous être allotis de biens successoraux. Cela permettait également de disperser les biens successoraux entre les héritiers réservataires en empêchant qu'un héritier puisse devenir, par le jeu de donation et de réduction en valeur, propriétaire de tous les biens de la succession.

Les rédacteurs du Code civil ont également introduit la prohibition des mécanismes permettant d'avantager un héritier dans le Code civil.

§ II : La prohibition des mécanismes permettant d'avantager un héritier

96. Plan – Afin d'éviter le retour des excès du droit coutumier, les rédacteurs du Code civil ont imposé qu'on ne puisse contourner l'égalité entre les enfants en introduisant dans le Code civil une prohibition générale des substitutions fidéicommissaires (A) et des pactes sur succession future (B).

A – La prohibition des substitutions fidéicommissaires

97. Plan - La prohibition des substitutions était affirmée dans le Code civil (1), toutefois, ce principe a été battu en brèche par Napoléon qui souhaitait affermir sa puissance en réintroduisant la noblesse et ses fortunes (2).

1 – Le principe de la prohibition des substitutions fidéicommissaires

98. Principe - Les rédacteurs du Code civil ont réhabilité la liberté de disposer mais ils ne souhaitaient pas pour autant permettre le retour des substitutions de l'ancien régime et des inégalités qu'elles engendraient. L'introduction des substitutions dans le Code civil a été âprement discutée lors des travaux préparatoires. Leurs inconvénients étaient bien connus : les multiples procès engagés par les puînés, le peu d'intérêt des grevés pour des biens pour lesquels ils n'avaient pas plus de droits que de simples usufruitiers et l'indisponibilité de ces biens face aux créanciers. Néanmoins, ils s'accordaient à y trouver quelques avantages : les substitutions pouvaient être utiles lorsqu'il s'agissait de soustraire des biens à un enfant dissipateur pour les transmettre à ses enfants³⁶⁷.

Enfin, il fut décidé malgré tout d'une prohibition générale à l'ancien article 896 du Code civil³⁶⁸. Les substitutions se caractérisaient par trois éléments : l'existence de deux libéralités successives, la charge de conserver et de transmettre imposée au premier gratifié en faveur d'un second gratifié et le report de l'exécution de la seconde libéralité au décès du gratifié³⁶⁹. Les rédacteurs ont refusé les substitutions même limitées à un seul degré puisqu'elles pouvaient être renouvelées de génération en génération devenant ainsi perpétuelles. La sanction était la nullité absolue, non seulement de la substitution mais également des libéralités en faveur du premier et du second gratifié.

Toutefois, conscients de leur utilité, les rédacteurs du Code civil puis Napoléon choisirent d'autoriser certaines substitutions.

³⁶⁷ FENET, *op. cit.*, tome XII, p. 287.

³⁶⁸ Selon l'article 896 du Code civil de 1804 « *Les substitutions sont prohibées. Toute disposition par laquelle le donataire, l'héritier institué, ou le légataire, sera chargé de conserver et de rendre à un tiers sera nulle, même à l'égard du donataire, de l'héritier institué, ou du légataire.* »

³⁶⁹ GRIMALDI M., *op. cit.*, p. 365, § 365.

2– Les exceptions à la prohibition des substitutions fidéicommissaires

99. **Plan** - On distinguait l'exception permise par le Code civil en faveur de la famille (a) et l'exception créée par Napoléon en faveur de la noblesse (b).

a- Les substitutions fidéicommissaires permises par le Code civil

Les substitutions familiales – Les rédacteurs du Code civil ont autorisé, par exception, certaines substitutions dans les anciens articles 1048³⁷⁰, 1049³⁷¹ et 1050³⁷² du Code civil. Ces substitutions n'étaient permises que dans un cadre familial puisque ces exceptions avaient pour objet de protéger les biens d'une personne prodigue qui risquait de dilapider l'héritage de son parent, déshéritant de fait ses enfants. Afin de conserver cette fortune, les père et mère pouvaient grever de substitution une libéralité au profit d'un ou plusieurs de leurs enfants à charge de conserver les biens donnés ou légués pour les rendre à leurs enfants nés ou à naître au premier degré. Il en était de même pour des frères et sœurs sans enfants au jour de leur décès au profit de

³⁷⁰ Selon l'article 1048 du Code civil de 1804 « *Les biens dont les pères et mères ont la faculté de disposer pourront être par eux donnés, en tout ou partie, à un ou plusieurs de leurs enfants, par actes entre-vifs ou testamentaires, avec la charge de rendre ces biens aux enfants nés et à naître, au premier degré seulement, desdits donataires.* »

³⁷¹ Selon l'article 1049 du Code civil de 1804 « *Sera valable, en cas de mort sans enfants, la disposition que le défunt aura faite par acte entre-vifs ou testamentaire, au profit d'un ou plusieurs de ses frères ou sœurs, de tout ou partie des biens qui ne sont point réservés par la loi dans sa succession, avec la charge de rendre ces biens aux enfants nés ou à naître, au premier degré seulement, desdits frères ou sœurs donataires.* »

³⁷² Selon l'article 1050 du Code civil de 1804 : « *Les dispositions permises par les deux articles précédents ne seront valables qu'autant que la charge de restitution sera au profit de tous les enfants nés et à naître du grevé, sans exception ni préférence d'âge ou de sexe.* »

leurs frères et sœurs³⁷³. Cette exception n'avait pas pour but de concentrer les biens dans la famille comme dans l'ancien droit, mais au contraire de les disperser de manière égalitaire dans la famille puisque la charge de conserver et rendre ne pouvait être établie qu'en faveur de tous les enfants nés ou à naître légitimes du grevé de manière égale conformément à l'ancien article 1050 du Code civil³⁷⁴. La substitution était nulle si elle écartait un des enfants, ceci afin de ne pas rétablir les anciennes substitutions en faveur de l'aîné mâle. Cette charge ne pouvait grever la réserve³⁷⁵ et était nécessairement simple ; il ne pouvait y avoir deux fidéicommiss successifs.

100. Mesures protectrices des appelés – Outre les conditions strictes tenant aux acteurs de la substitution, un luxe de précautions en faveur des appelés entourait la substitution. Tout d'abord, il était nécessaire de nommer un tuteur à la substitution chargé de surveiller l'exécution de la substitution et des formalités auxquelles elle donnait lieu et ce, même si les appelés étaient majeurs ou soumis à un régime de protection. A défaut de nomination d'un tuteur, la déchéance de la substitution pouvait être prononcée par le tribunal³⁷⁶.

Ensuite, il était nécessaire de procéder à un inventaire en présence du tuteur³⁷⁷. Lorsque la substitution comprenait des meubles, ceux-ci devaient être vendus en raison de la diminution de leur valeur dans le temps³⁷⁸. Toutefois, il existait deux exceptions : lorsque les meubles étaient immeubles par destination³⁷⁹ ou lorsque le

³⁷³ AUBRY C. ET RAU C., *op. cit.*, t. VII, 4^{ème} éd., 18, p. 36 § 696.

³⁷⁴ Toutefois, la loi admet la représentation conformément à l'article 1051 du Code civil.

³⁷⁵ Paris, 4 mai 1899, D. 1900.2.403.

³⁷⁶ PLANIOL M., RIPERT G., *Traité élémentaire de Droit civil, tome 3^{ème}, Les régimes matrimoniaux, les successions, les donations et testaments*, 11^{ème} édition, p. 959 et suiv., § 3307 et suiv.

³⁷⁷ Article 1059 du Code civil.

³⁷⁸ Article 1062 du Code civil.

³⁷⁹ Article 1064 du Code civil.

grevé était autorisé à les conserver à condition de les rendre en nature³⁸⁰. Si la substitution comprenait des fonds, il devait en être fait emploi en les plaçant³⁸¹.

Enfin, la substitution devait faire l'objet d'une publicité³⁸². A défaut, celle-ci n'était pas opposable aux tiers.

101. Effets de la substitution – La substitution s'ouvrait au décès du grevé ou à la déchéance de la substitution ou si le grevé abandonnait par anticipation son droit de jouissance sur les biens, objets de la substitution.

Avant l'ouverture de la substitution, les appelés pouvaient faire tous les actes conservatoires sur les biens grevés. Ils pouvaient également céder leurs droits sur les biens grevés³⁸³.

La lourdeur des formalités entourant la substitution et l'interdiction de grever la réserve du grevé³⁸⁴ ont découragé l'emploi des substitutions fidéicommissaires.

102. Élargissement des substitutions pendant la Restauration – Sous la Restauration, la loi du 17 mai 1826 rétablit le droit d'aînesse. Elle étendit les substitutions autorisées en permettant que le disposant soit un membre de la famille ou un tiers, en autorisant la substitution à un seul enfant et en étendant la substitution à deux degrés. La seconde République abrogea cette

³⁸⁰ Article 1063 du Code civil.

³⁸¹ Article 1065 à 1067 du Code civil.

³⁸² Article 1069 du Code civil.

³⁸³ Cass. Civ. 5 juin 1918, Gaz. Palais, 1918-1919.1.322 ; Cass. Civ. 10 juin 1918, D. 1919.1.90, S. 1922.1.25, obs. NAQUET.

³⁸⁴ Ainsi, la substitution n'était réellement utile qu'en présence d'un ou deux enfants puisqu'au-delà, si les parents souhaitaient conserver l'égalité entre leurs enfants, ils ne pouvaient grever qu'une quote-part de la quotité disponible et par conséquent une part dérisoire de leur succession. Par exemple, un père ayant trois enfants dont un très dépensier, s'il ne souhaitait pas rompre l'égalité entre ses enfants, ne pouvait grever qu'un tiers de la quotité disponible d'un quart soit 1/12^e de sa succession. Si cette succession était de 100000 francs, le fils prodigue aurait reçu 25000 francs libres de charge et 8333 francs grevés de substitution.

loi en maintenant toutefois la substitution au profit des appelés déjà nés ou conçus³⁸⁵. On en revint alors aux substitutions du Code civil.

Napoléon imagina de nouvelles substitutions dans le but de restaurer l'aristocratie et d'affermir son pouvoir.

b – Les substitutions fidéicommissaires permises par décret : les majorats

103. Fondement - Il était difficile pour Napoléon d'être empereur sans une noblesse forte. Or, une noblesse, pour être puissante, devait être riche. Mais l'égalité prévue par le droit des successions n'aidait pas au maintien des fortunes puisque son but était de diviser ces fortunes et d'empêcher le retour à l'aristocratie.

Au cours des années 1803 à 1805, sept décrets du 30 mars 1806 rétablirent le principe de conservation forcée en faveur de vingt-cinq grands dignitaires, attributaires de fiefs, tous en dehors de l'empire français³⁸⁶. Ces fiefs devaient être transmis de mâle en mâle par ordre de primogéniture. Le 14 août 1806, par un sénatus-consulte, l'empereur rétablit la conservation forcée pour les biens situés dans l'empire français. Son article 5 disposait : « *Sa Majesté pourra quand Elle le jugera convenable, soit pour récompenser de grands services, soit pour exciter une telle émulation, soit pour concourir à l'éclat du trône, autoriser un chef de famille à substituer ses biens libres pour former la dotation d'un titre héréditaire que Sa Majesté érigerait en sa faveur, réversible à son fils aîné, né ou à naître, et à ses descendants en ligne directe de mâle en mâle par ordre de primogéniture*³⁸⁷ ». ».

³⁸⁵ BOISSONADE, *op. cit.*, p. 425, § 435.1932, n° 3308.

³⁸⁶ Il s'agit de la Dalmatie, L'Istrie, le Frioul, Cadore, Bellune, Conegliano, Trévise, Feltri, Bassano, Vicence, Padoue, Rovigo, la principauté de Neufchâtel, les duchés de Massa et Carrara, le grand-duché de Berg et de Clèves et la principauté de Gustalla : FRAIN DE LA GAULAYRIE P., *Les majorats depuis le premier empire jusqu'à nos jours*, thèse Rennes, 1909, p. 26.

³⁸⁷ FRAIN DE LA GAULAYRIE P., *ibidem*, p. 27.

Fut ainsi ajouté à l'ancien article 896, un second alinéa disposant : « *Néanmoins, les biens libres formant la dotation d'un titre héréditaire, que l'Empereur aurait érigé en faveur d'un prince ou d'un chef de famille, pourront être transmis héréditairement, ainsi qu'il est réglé par l'acte du 30 mars 1806 et par celui du 14 août suivant.* »

104. Conditions - Constitués soit de biens immobiliers, soit de rentes sur l'Etat ou d'actions de la Banque de France immobilisées, inaliénables, insaisissables et imprescriptibles, les majorats se transmettaient à perpétuité dans la descendance masculine du premier bénéficiaire, l'institué, par ordre de primogéniture, rétablissant ainsi les substitutions de l'ancien droit. On distinguait deux sortes de majorats : le majorat de propre mouvement et le majorat sur demande.

Le majorat de propre mouvement fut créé par l'Empereur avec des biens domaniaux. Le majorat sur demande fut fondé par des particuliers duc, comte ou baron, avec leurs propres biens et après autorisation de l'Empereur. L'Empereur pouvait également instituer un majorat sur demande par lettre patente au profit d'une personne non-titrée qui lui en faisait la demande³⁸⁸. Le majorat ne pouvait être créé qu'avec la quotité disponible et la part de réserve de l'aîné, selon l'article 5 du sénatus-consulte de 1808³⁸⁹. Le majorat ne pouvait par conséquent porter atteinte à la réserve des autres descendants.

Les biens composant un majorat étaient inaliénables sauf autorisation donnée par le pouvoir législatif ou exécutif et sous condition de emploi. Ils étaient également insaisissables et imprescriptibles et ne pouvaient être grevés de charges ou d'hypothèque³⁹⁰. Ils se transmettaient de mâle en mâle par ordre de primogéniture.

Les majorats constituaient des substitutions puisqu'ils impliquaient un ordre successif et des charges de conserver et rendre. Il s'agissait des substitutions

³⁸⁸ FRAIN DE LA GAULAYRIE P., *op. cit.*, p. 33.

³⁸⁹ « *Néanmoins, les enfants du fondateur, qui ne seraient par remplis de leur légitime sur les biens libres de leur père pourront en demander le complément sur les biens donnés par ce père pour la formation du majorat.* » : FRAIN DE LA GAULAYRIE P., *ibidem*, p. 55-56.

³⁹⁰ AUBRY C. et RAU C., *op. cit.*, t. XI, p. 248-249.

perpétuelles puisqu'ils se transmettaient aux générations successives jusqu'à complète extinction de la descendance masculine. Lorsque les biens avaient été transmis à l'aîné mâle, grevé en faveur de son aîné, les puînés ne pouvaient prétendre à leur réserve sur les biens substitués, même lorsqu'il n'y avait aucun autre bien dans la succession.

105. Déclin et suppression des majorats - La monarchie de juillet ne pouvait laisser survivre ces majorats. La loi du 12 mai 1835 s'empara du problème en interdisant, tout d'abord, d'en créer de nouveaux et en limitant à deux degrés les majorats sur demande. Toutefois les majorats de propre mouvement furent maintenus car il paraissait trop dur de dépouiller des familles au profit du Trésor public, d'autant que ces majorats de propre mouvement devaient revenir à l'État à l'extinction de la descendance masculine.

La seconde révolution s'attaqua plus franchement aux majorats sur demande. La loi républicaine du 7 mai 1849 déclara abolis tous ceux pour lesquels il n'existait pas d'appelés nés ou conçus au jour de sa promulgation. En outre, elle interpréta l'article 2 de la loi du 12 mai 1835 et déclara que les majorats sur demande qui avaient déjà été transmis à deux degrés successifs à partir du premier titulaire étaient abolis³⁹¹. Ainsi, les majorats sur demande s'éteignirent au XIX^e siècle.

En 1905, subsistaient encore trente-huit majorats de propre mouvement. La loi du 30 avril 1905 dans son article 30 autorisa le rachat d'office des majorats de propre mouvement mettant ainsi fin à cette institution.

Tout comme la prohibition des substitutions fidéicommissaires, la prohibition des pactes sur succession future ne permettait plus de concentrer la succession dans les mains d'un seul héritier.

B- La prohibition des pactes sur succession future

106. Plan - L'ordre public imposa la prohibition des pactes sur succession future. Cette règle était indiquée aux anciens articles 791³⁹², 1130 alinéa 2³⁹³, 1389³⁹⁴, 1600³⁹⁵ et 1837³⁹⁶. Les rédacteurs ont repris la prohibition de l'ancien droit héritée du droit romain en prohibant également les pactes sur la succession d'un tiers déterminé avec le consentement de ce tiers, considérant que ce pacte était contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public³⁹⁷, alors qu'ils étaient autorisés par le droit romain. Cette prohibition était générale et touchait toute stipulation.

Le législateur affermit également la prohibition des pactes sur succession future en érigeant le principe de la prohibition dans le Code civil (1) et en réduisant drastiquement les exceptions à ce principe (2).

1 - Le régime de la prohibition des pactes sur succession future

³⁹¹ AUBRY C. et RAU C., *op. cit.*, t. XI, p. 248-249.

³⁹² « On ne peut, même par contrat de mariage, renoncer à la succession d'un homme vivant, ni aliéner les droits éventuels qu'on peut avoir à cette succession. »

³⁹³ « On ne peut cependant renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit. »

³⁹⁴ Selon l'article 1389 du Code civil de 1804 : « Ils (les époux) ne peuvent faire aucune convention ou renonciation dont l'objet serait de changer l'ordre légal des successions, soit par rapport à eux-mêmes dans la succession de leurs enfans ou descendans, soit par rapport à leurs enfans entre eux; sans préjudice des donations entre-vifs ou testamentaires qui pourront avoir lieu selon les formes et dans les cas déterminés par le présent Code. »

³⁹⁵ « On ne peut vendre la succession d'une personne vivante, même de son consentement. »

³⁹⁶ Cet article définit la société de biens présents. Il dispose en outre que les parties « (...) peuvent aussi y comprendre tout autre espèce de gains; mais tous les biens qui pourraient leur avenir par succession, donation ou legs, n'entrent dans cette société que pour la jouissance : toute stipulation tendant à y faire entrer la propriété de ces biens, est prohibée, sauf entre époux, et conformément à ce qui est réglé à leur égard. »

³⁹⁷ TROPLONG M., *Le droit civil expliqué, De la vente*, chez Carles Hingray, Librairie-éditeur, 1834, t. I, n° 245 à 251.

107. Caractères du pacte – La prohibition fut affirmée en termes très généraux afin d’être la plus large possible. Qu’importe la nature conventionnelle ou unilatérale de l’acte ou son caractère gratuit ou onéreux. Le pacte pouvait indifféremment porter sur toute ou une quote-part de la succession. Il pouvait même porter sur la quotité disponible voire moins³⁹⁸. Qu’importe également la succession sur laquelle porte la renonciation : contractuelle, testamentaire ou légale³⁹⁹.

108. Conditions et sanction - Pour qu’une convention porte sur une succession future, il fallait qu’elle réunisse plusieurs conditions.

Tout d’abord, la convention devait porter sur des droits susceptibles de faire partie de la succession d’un des cocontractants ou sur les droits successoraux éventuels de l’un des cocontractants⁴⁰⁰.

Ensuite, la convention devait être passée en considération de la mort d’une personne et la chose promise devait être comprise dans la succession de l’un des contractants ou dans la succession qui devait être recueillie par un des contractants.

Le droit, objet de la convention, devait également se trouver dans une succession non ouverte.

Enfin, la convention devait modifier le jeu des règles successorales *ab intestat* comme la composition des lots ou le *quantum* des droits⁴⁰¹.

La sanction de la prohibition était la nullité absolue.

³⁹⁸ Cass. 1^{re} Civ., 6 février 1996 : *Bull. civ.* n° 67 ; D. 1997, 369, note NAJJAR ; *RTD Civ.* 1996, 679, obs. PATARIN J. ; D 1997, somm. comm. 368, obs. GRIMALDI M..

³⁹⁹ GRIMALDI M., *Droit civil – Successions*, 6^{ème} édition, éd. Litec, 2001, p. 340-341, § 342.

⁴⁰⁰ MAZEAUD H., J. et L., *op. cit.*, § 688.

⁴⁰¹ MAZEAUD H., J. et L., *op.cit.*, § 688 et suiv.

Les rédacteurs du Code civil avaient, malgré tout, conservé certains pactes sur succession future.

2 - Les exceptions à la prohibition des pactes sur succession future

109. Plan - Les seuls pactes sur succession future que les rédacteurs du Code civil avaient conservés étaient l'institution contractuelle et le pacte d'ascendant. Toutefois, ils les avaient assortis de conditions drastiques afin que l'égalité entre chaque enfant soit respectée.

110. L'institution contractuelle ou donation de biens à venir⁴⁰² était la dévolution de sa succession, d'une quote-part ou de biens déterminés de sa succession, par contrat.

Les révolutionnaires avaient supprimé l'institution contractuelle puisque dans l'ancien droit, elle servait à faire un aîné. Le Code civil l'avait rétablie sans toutefois oser lui donner le même nom en la nommant donation de biens à venir. En revanche, le terme d'institution contractuelle fut conservé pour les donations de biens à venir faites entre époux pendant le mariage.

La donation de biens à venir pouvait être faite par l'un des parents dans le contrat de mariage d'un enfant, au profit des futurs époux et de leurs enfants à naître. Elle pouvait également être faite par un des futurs époux à l'autre futur époux⁴⁰³.

111. Conditions - L'institution contractuelle devait être insérée dans un contrat de mariage et elle devait respecter la forme de ce contrat. L'institution faite dans le contrat de mariage pouvait être l'œuvre des parents

⁴⁰² Nous avons déjà étudié cette institution dans l'ancien droit, *infra* n° 35.

⁴⁰³ Néanmoins, conformément aux règles des donations entre époux, cette donation de biens à venir était révocable *ad nutum*.

des époux, d'un tiers ou des époux eux-mêmes⁴⁰⁴. Il fallait néanmoins que cette personne ait la capacité de faire une donation.

Dans le contrat de mariage, l'institution pouvait être faite à l'un des époux, les deux mais aussi aux enfants à naître du mariage⁴⁰⁵. Afin de permettre aux enfants de bénéficier de l'institution contractuelle dans le cas où les parents décéderaient avant l'instituant, les rédacteurs du Code civil avaient posé une présomption à l'ancien article 1082 alinéa 2 du Code civil selon laquelle l'institution contractuelle « *sera toujours, dans ledit cas de survie du donataire, présumée faite au profit des enfants et descendants à naître du mariage*⁴⁰⁶. » Cette présomption simple pouvait être écartée par le donateur. Elle avait pour fondement l'idée que cette institution avait pour but de transmettre un patrimoine à la famille toute entière.

Mais l'ancien article 1082 n'autorisait l'institution qu'au profit de tous les enfants à naître, sans exception. L'institution au profit d'un seul était nulle⁴⁰⁷ empêchant ainsi le retour des inégalités.

Seuls les époux pouvaient se gratifier d'une institution contractuelle en dehors d'un contrat de mariage.

112. Effets durant la vie de l'instituant - Pendant la vie de l'instituant, les effets de l'institution se situaient entre la donation et le legs. Comme le legs, l'institution pouvait être universelle, à titre universel ou à titre particulier. L'instituant demeurait le propriétaire des biens contenus dans l'institution,

⁴⁰⁴ Conformément à l'article 1082 du Code civil.

⁴⁰⁵ Ainsi, si les parents décèdent avant l'instituant, les enfants bénéficient tout de même de l'institution contractuelle.

⁴⁰⁶ Il s'agit bien entendu des descendants légitimes.

⁴⁰⁷ MAZEAUD H., J. et L., *op. cit.*, § 697 à 699.

jusqu'à son décès. Il pouvait par conséquent les aliéner à titre onéreux. Renoncer à cette faculté avait été qualifié de pacte sur succession future et prohibé⁴⁰⁸. L'institué n'avait ainsi qu'un droit éventuel sur ces biens.

Par son irrévocabilité, l'institution se rapprochait de la donation⁴⁰⁹. Incluse dans le contrat de mariage, elle était irrévocable tout comme le contrat de mariage.

113. Les effets de l'institution contractuelle après le décès de l'instituant étaient les suivants. L'institution contractuelle conférait à l'institué le titre de successible aux biens compris dans l'institution, irrévocablement, à condition qu'ils n'aient pas été aliénés à titre onéreux. L'institué avait, au décès, la même option que le légataire selon l'objet de son legs⁴¹⁰. Il était traité comme un légataire quant à la saisine, l'obligation de payer les dettes de la succession et quant aux règles du partage. En revanche, on appliquait les règles de la donation quant au rapport et à la réduction.

L'autre exception à la prohibition des pactes sur succession future était le partage d'ascendant.

114. Le partage d'ascendant - Le partage d'ascendant était l'acte par lequel l'ascendant partageait lui-même sa succession entre ses descendants en composant à sa guise les lots de chacun⁴¹¹.

⁴⁰⁸ Civ. 5 juillet 1928, *D.* 1929.1.43.

⁴⁰⁹ A l'exception des institutions contractuelles faites entre époux et révocables *ad nutum*.

⁴¹⁰ Il s'agit de l'acceptation simple ou sous bénéfice d'inventaire et de la renonciation si l'institution est universelle ou à titre universel et de l'acceptation ou de la renonciation si l'institution porte sur un bien particulier.

⁴¹¹ Cette définition est celle de PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, § 3349.

Les rédacteurs du Code civil étaient favorables au partage d'ascendant. Celui-ci permettait en effet d'éviter les conflits liés au partage. Son utilité était par conséquent avérée pour la famille et le patrimoine familial.

Le partage d'ascendant était régi par les anciens articles 1076 à 1080 du Code civil de 1804.

115. Conditions - Le partage d'ascendant devait obéir à plusieurs conditions pour être valide.

Tout d'abord, il ne pouvait être fait que par les père, mère et autres ascendants au profit de leurs enfants ou descendants⁴¹².

Il pouvait être fait par donation-partage⁴¹³. Il fallait par conséquent respecter les formes des donations entre vifs et rédiger un acte notarié.

Ensuite, le partage d'ascendant devait être fait au profit de tous les enfants du disposant, héritiers présomptifs. Si un seul était omis, il était nul⁴¹⁴.

Puis, le partage d'ascendant ne pouvait porter que sur les biens appartenant à l'ascendant donateur et dont il avait la libre disposition⁴¹⁵.

Enfin, l'ascendant devait procéder lui-même au partage des lots.

⁴¹² Conformément à l'article 1085 du Code civil.

⁴¹³ Le partage d'ascendant peut également être fait par testament mais seule la donation-partage nous intéressera puisque le testament-partage ne répond pas à la définition d'un pacte sur succession future.

⁴¹⁴ L'omission d'un enfant né postérieurement au partage ou d'un enfant posthume entraîne la nullité du partage. A ce sujet, voir AUBRY C. et RAU C., *op. cit.*, tome XI, p. 580. En revanche, l'omission d'un enfant naturel n'entraîne pas la nullité du partage selon l'opinion doctrinale dominante. En ce sens, voir : TROPLONG M., *op. cit.*, tome IV, 2324. *Contra* : AUBRY et RAU, *op. cit.*, tome XI, p. 581 note 5.

⁴¹⁵ Ainsi la femme par exemple, ne peut inclure des biens communs dans le partage qu'elle fait seule puisqu'elle n'a aucun droit de disposition sur les biens de la communauté.

116. Effets - Dans les rapports entre l'ascendant et les descendants, le partage d'ascendant transmettait actuellement et irrévocablement aux descendants la propriété des biens compris dans leur lot.

Dans les rapports entre les descendants entre eux, les effets étaient les mêmes qu'un partage ordinaire.

Enfin, le partage d'ascendant était une libéralité et à ce titre, il était soumis aux règles qui gouvernaient les donations ordinaires.

117. Conclusion de section – Lors de la rédaction du Code civil, les rédacteurs ont dû procéder à un compromis entre l'ancienne législation coutumière des pays de coutumes, l'ancien droit écrit des pays de droit écrit et les apports de la Révolution. Ils ont choisi de conserver une réserve héréditaire forte dont le fondement ne serait pas la conservation des biens dans la famille mais la promotion de l'égalité entre héritiers réservataires. A cette fin, la réserve a été introduite dans le Code avec une nature *pars hereditatis* entraînant une réduction en nature.

Afin de favoriser l'égalité, ils ont également supprimé toute possibilité de rompre l'égalité entre héritiers réservataires par un pacte sur succession future en les prohibant strictement. Les seules exceptions permises étaient bornées par l'égalité.

118. Conclusion du chapitre – La Révolution a choisi de balayer les inégalités engendrées par la concentration des biens dans les mains du fils aîné sur le fondement de l'égalité. Toutefois, les idéaux révolutionnaires ont rapidement laissé place à une égalité pondérée dans la réserve héréditaire empêchant les inégalités trop criantes mais laissant une place à la libre disposition du *de cuius*.

Cette égalité pondérée a été reprise par les rédacteurs du Code civil. Ils l'ont mise en œuvre au moyen de la réserve héréditaire *pars hereditatis* comme la légitime coutumière du droit coutumier. Cela permet à la réserve d'être un vecteur d'égalité entre les héritiers réservataires tout en divisant les biens successoraux entre les héritiers empêchant ainsi le retour aux grandes fortunes trop puissantes.

Les rédacteurs du Code civil ont également encadré très strictement les substitutions fidéicommissaires et les pactes sur succession future en les prohibant par principe. Les seules exceptions permises sont bornées par l'égalité des enfants.

119. Transition – Les excès de l'ancien régime ont conduit les rédacteurs à l'excès inverse en imposant une égalité stricte entre les réservataires. Aujourd'hui, ces excès paraissent lointains. La réserve et la prohibition des substitutions et des pactes sur succession future apparaissent, à l'inverse, être un obstacle trop important à la transmission des biens.

Chapitre II – Le déclin des principes égalitaires au service de la volonté individuelle en droit contemporain

120. Plan - Le Code civil imposait l'égalité dans la réserve héréditaire dans le but de diviser les biens des grandes familles et d'affaiblir leur puissance politique. Aujourd'hui, les menaces des familles puissantes et de la concentration des biens dans les mains d'un seul enfant paraissent surannées. À l'inverse, le législateur contemporain souhaite donner du poids à la liberté de disposer de ses biens. La réserve serait un frein liberticide pour plusieurs raisons : tout d'abord, l'allongement de la durée de la vie fait que les enfants reçoivent la succession de leurs parents à un âge avancé⁴¹⁶, soit à un moment où il n'en ont plus besoin pour s'établir dans la vie. En outre, les recompositions familiales, plus fréquentes qu'auparavant, nécessitent plus de souplesse afin que le *de cuius* puisse organiser la succession⁴¹⁷. Enfin, 7000 entreprises disparaissent chaque année suite au décès du chef d'entreprise

⁴¹⁶ 46 ans en moyenne pour les enfants et 52 ans tous héritiers confondus : DE RICHEMONT H., *Rapport Sénat* n° 343, p. 23.

⁴¹⁷ DE RICHEMONT H., *Rapport Sénat* n° 343, p. 23.

alors qu'entre 2006 et 2016, 450 000 entreprises devaient être transmises⁴¹⁸. Toutefois, le législateur n'a pas souhaité supprimer la réserve car elle conserve une utilité. Il a préféré favoriser l'anticipation de la succession. C'est la raison pour laquelle, par la loi du 23 juin 2006, le législateur a considérablement modifié le droit successoral en faisant renaître les pactes successoraux. Désormais, le *de cuius* peut priver ses héritiers de la gestion de la réserve héréditaire par un mandat à effet posthume (Section I). Le législateur ressuscite également les substitutions fidéicommissaires (Section II) ainsi que les pactes de renonciation anticipée (Section III).

Section I – Le mandat à effet posthume : la liberté de confier la gestion de la succession à un tiers

121. Présentation - La loi du 23 juin 2006 avait comme but de favoriser l'anticipation de la succession. Dans cette optique, elle a créé le mandat à effet posthume lequel permet au *de cuius* de confier à une ou plusieurs personnes physiques ou morales, un mandat d'administrer ou de gérer tout ou partie de sa succession pour le compte et dans l'intérêt d'un ou plusieurs héritiers. Ce mandat répond au besoin de liberté du *de cuius* : celle de décider qu'un tiers gèrera sa succession, réserve incluse, pour le compte de ses héritiers. Le mandat à effet posthume renverse ainsi la solution classique selon laquelle la réserve doit parvenir à son titulaire « *exempte de toute charge limitant la liberté de disposer*⁴¹⁹ ».

Toutefois, l'examen de cette institution révèle que cette liberté a été bornée par l'intérêt des héritiers par des conditions strictes (§ I). Néanmoins, lorsque les conditions sont remplies, les effets du mandat sont très étendus privant largement les héritiers de leurs droits sur la réserve héréditaire (§ II).

⁴¹⁸ DE RICHEMONT H., *Rapport Sénat* n° 343, p. 23.

⁴¹⁹ Conformément à l'article 912 du Code civil issu de la loi du 23 juin 2006. Auparavant, la jurisprudence se prononçait toujours en ce sens : Cass. 1^{re} Civ., 22 février 1977, *Bull. civ.* I, n° 100 ; Cass. 1^{re} Civ., 19 mars 1991, *Bull. civ.* I, n° 99, *Defrénois* 1992, art. 35048, obs. CHAMPENOIS G., *JCP G* 1992.II, note SALVAGE, *RTD civ.* 1992, 162, obs. PATARIN J., *D.* 1992, somm. comm., 229, obs. VAREILLE B.

§ I – Une liberté bornée, dans l'intérêt des héritiers, par les conditions du mandat

122. Plan - Le mandat à effet posthume est limité par les conditions du mandat (A) et celles tenant au mandataire (B).

A – Une liberté strictement encadrée par des conditions de fond et de forme protectrices des héritiers

Les conditions de fond et de forme du mandat ont été pensées dans un but de protection des héritiers. Ainsi, le mandat à effet posthume doit obéir à des conditions précises tenant tant aux héritiers (1) qu'au mandat (2)

1 – Les conditions tenant aux héritiers

123. Les héritiers soumis au mandat – Les héritiers pouvant être soumis au mandat à effet posthume peuvent être les héritiers *ab intestat* mais également les légataires universels, à titre universel ou particulier. Dans une indivision, le mandat peut ne concerner que certains indivisaires. Dans ce cas, le mandat s'exercera sur leur quote-part indivise.

Selon certains auteurs, les héritiers soumis au mandat doivent être identifiés dans celui-ci afin que l'intérêt sérieux et légitime puisse être contrôlé et assuré⁴²⁰, ce qui

⁴²⁰ AYNÈS A., « L'administration de la succession par autrui », *JCP N* 2008, 1246.

écarter la possibilité de contracter un mandat à effet posthume en faveur des héritiers à venir. D'autres auteurs souhaitent n'appliquer le mandat qu'aux héritiers identifiables ou subséquents en présence d'une libéralité substitutive⁴²¹. Pourtant, restreindre la validité du mandat en obligeant que tous les héritiers soient identifiés paraît peu opportun. La vérification de l'intérêt sérieux et légitime permet de contrôler les abus et cet intérêt doit être vérifié au moment de la prise d'effet du mandat soit au décès du mandant. Ainsi, il paraît souhaitable de permettre au *de cuius* d'inclure dans le mandat tous les héritiers présents au décès mais également ceux à venir notamment lorsque l'intérêt sérieux et légitime tient aux biens successoraux ou à la minorité des héritiers.

124. Combinaison du mandat à effet posthume et du droit des majeurs protégés - Le mandat à effet posthume prime le droit des incapacités sauf lorsque l'intérêt sérieux et légitime du mandat à effet posthume tient à l'incapacité de l'héritier. Toutefois, dans ce cas, le *de cuius* peut dessaisir le représentant de l'incapable en motivant les raisons pour lesquelles celui-ci ne serait pas compétent pour gérer les biens successoraux⁴²². Dans ce cas, les deux missions se combinent puisque le mandataire gère les biens successoraux et le représentant de l'incapable surveille la mission du mandataire.

Alors que les conditions tenant aux héritiers sont larges, les conditions tenant au mandat sont strictement encadrées.

2 – Conditions tenant au mandat

⁴²¹ WICKER G., Juris-Classeur Notarial Répertoire, V° SUCCESSIONS – Mandats successoraux – Le mandat à effet posthume, 2014, § 36.

⁴²² WICKER G., Juris-Classeur Notarial Répertoire, V° SUCCESSIONS – Mandats successoraux – Le mandat à effet posthume, 2014, § 37.

125. Plan - L'intérêt des héritiers irradie le mandat à effet posthume, montrant ainsi qu'il a une vocation protectrice et non « castratrice » des héritiers. En effet, le recours au mandat doit être justifié par un intérêt sérieux et légitime afin d'éviter que le *de cuius* ne puisse gouverner depuis sa tombe. En outre, l'administration et la gestion du mandataire doivent être faites dans l'intérêt des héritiers. Enfin, le mandat ne peut qu'être à durée limitée.

126. Un intérêt légitime et sérieux - Afin de limiter le recours au mandat à effet posthume, ce dernier doit être justifié par un « *intérêt légitime et sérieux au regard de la personne de l'héritier ou du patrimoine successoral*⁴²³. » En effet, le mandat à effet posthume déroge à la saisine et à l'ordre public successoral. Le recours à cet instrument doit être justifié par un intérêt supérieur. Cet intérêt peut tenir à différents éléments.

Tout d'abord, l'intérêt légitime et sérieux peut porter sur l'héritier. Ainsi, il peut être justifié par l'âge de celui-ci, sa minorité, son inaptitude, sa prodigalité, l'impossibilité de gérer les biens en raison de son éloignement géographique ou d'un handicap. Il peut également porter sur la cohésion lorsque les héritiers ne s'entendent pas, sont en conflit d'intérêts ou encore sont trop nombreux pour réussir à s'accorder.

L'intérêt peut tenir au patrimoine successoral lorsqu'il est trop complexe au regard des compétences des héritiers ou s'il comporte des biens dont la gestion nécessite des compétences particulières. La simple présence d'une entreprise ne peut constituer cet intérêt sérieux et légitime même si le mandat à effet posthume a été pensé dans l'intérêt des entreprises⁴²⁴. Il paraît indispensable qu'outre la présence d'une entreprise, l'héritier ne soit pas apte à la gérer par inaptitude, inexpérience,

⁴²³ Article 812-1-1 du Code civil.

⁴²⁴ Dans ce sens : REYGROBELLET A., « Application pratique des nouveaux mandats en droit des sociétés : Le cas du mandat à effet posthume », *JCP N* 2009, 1360.
Contra VAREILLE B., « Le mandat à effet posthume », *Petites Affiches*, 2007, N° 129, p. 16 et SAGAUT J.-F., « Le mandat à effet posthume : regard notarial à destination des chefs d'entreprise », *Droit et Patrimoine* 2007, n° 162, p. 62 pour lesquels la simple présence de l'entreprise constitue cet intérêt sérieux et légitime.

éloignement, *etc...* Lorsque l'intérêt légitime et sérieux porte sur une société, il ne s'agit pas de l'intérêt social de la société mais de l'intérêt de l'entreprise⁴²⁵.

Il suffit d'un élément pour fonder l'intérêt légitime et sérieux.

Cette notion d'intérêt sérieux et légitime est déjà présente dans le Code civil puisqu'elle permet de justifier l'atteinte au droit de disposer causé par une clause d'inaliénabilité, dont le législateur s'est inspiré⁴²⁶.

L'appréciation de cet intérêt légitime et sérieux relève du pouvoir souverain des juges du fond. On peut craindre que l'examen de cet intérêt pose des difficultés puisque, par définition, cette notion est floue et subjective⁴²⁷ et que, comme pour la clause d'inaliénabilité, elle sera appréciée souverainement par les juges du fond. Le risque est de se trouver face à une incertitude des solutions en raison de la subjectivité de la notion d'incompétence.

On peut penser que la cause sera contrôlée *in concreto*. Elle ne devrait pas se limiter à l'examen du but poursuivi mais également vérifier l'adéquation de la fin et des moyens mis en œuvre pour la satisfaire c'est-à-dire que l'engagement contracté, le mandat à effet posthume, soit une réponse adéquate à ce but⁴²⁸. Ainsi cela signifie que le mandat à effet posthume doit résoudre une difficulté clairement identifiée mais également que le mandat à effet posthume est à même de résoudre cette difficulté de manière proportionnée à celle-ci. L'intérêt sérieux et légitime ne peut donc provenir que de contraintes concrètes de la gestion du patrimoine successoral rapportées à la situation particulière d'un ou plusieurs héritiers⁴²⁹. En outre, il serait

⁴²⁵ Voir cet arrêt dans lequel l'intérêt d'une société anonyme pour une clause d'inaliénabilité avait été de conforter l'*intuitu personae* : Cass. 1^{re} Civ. 31 oct. 2007.

⁴²⁶ HUYGUE S., *Rapport AN* n° 2850, p. 172 ; DE RICHEMONT H., *Rapport Sénat* n° 343, p. 130.

⁴²⁷ En ce sens : MALAURIE P., « Examen critique du projet de loi portant réforme des successions et des libéralités », *Deffrénois* 2005, art. 38298 ; AYNÈS A., « L'administration de la succession par autrui », *JCP N* 2008 1246 ; JAMBORD, « La réforme de la gestion de la succession. – A propos de la loi du 23 juin 2006 », *Dr. Fam.* 2006, étude 54 ; MALAURIE P., AYNÈS L., *op. cit.*, p. 99, § 169 ; PIEDELIÈVRE S., *op. cit.*, p. 230, § 196.

⁴²⁸ En ce sens, à propos de l'obligation de non concurrence du salarié voir Cass. Soc. 14 mai 1992 : *D.* 1992, jurispr. p. 350, note SERRA ; *JCP G* 1992, II, 21889, note AMIEL-DONAT.

⁴²⁹ WICKER G., *Juris-Classeur Notarial Répertoire*, V° SUCCESSIONS – Mandats successoraux – Le mandat à effet posthume, 2014, § 39 ; TERRÉ F., LEQUETTE Y., GAUDEMET S., *Les successions, les libéralités*, 4^{ème} éd. Dalloz, 2013, p. 782, § 871.

nécessaire d'expliquer en quoi l'héritier ne serait pas en mesure de gérer le patrimoine⁴³⁰.

Le Code civil précise que l'intérêt sérieux et légitime doit être motivé précisément dans l'acte. Ainsi, cette condition de forme devient également condition de fond⁴³¹. On peut ainsi penser qu'en cas de contestation, le juge se fondera sur la motivation de l'intérêt légitime et sérieux exprimé dans l'acte de mandat à effet posthume sans examiner d'éléments extérieurs à l'acte ; la motivation devra faire l'objet d'un soin particulier par le notaire. En effet, à défaut d'intérêt sérieux et légitime motivé dans l'acte, la sanction est la nullité en raison de l'illicéité de la cause même si l'alinéa 3 de l'article 812-4 parle, à tort, de révocation judiciaire⁴³². Toutefois cette nullité n'est que relative puisqu'il s'agit d'une atteinte portée à l'intérêt particulier de l'héritier.

127. Précision jurisprudentielle sur l'intérêt sérieux et légitime - Un arrêt rendu par la Cour de cassation le 15 juin 2015⁴³³ précise la portée de cet intérêt légitime et sérieux. Dans cette espèce, le *de cujus* avait désigné un mandataire à effet posthume pour gérer une société dépendant de sa succession et dévolue à son fils mineur⁴³⁴. Il avait également privé la mère de son fils de l'administration légale et la jouissance légale sur ces biens. Après le décès, celle-ci a demandé la révocation du mandat à effet posthume. Sa demande a été accueillie par la cour d'appel aux motifs suivants : tout

⁴³⁰ TERRÉ F., LEQUETTE Y., GAUDEMET S., *op. cit.*, p. 782, § 871.

⁴³¹ Contrairement à la clause d'inaliénabilité pour laquelle il ne s'agit que d'une condition de fond.

⁴³² En ce sens, WICKER G., *Juris-Classeur Notarial Répertoire*, V° SUCCESSIONS – Mandats successoraux – Le mandat à effet posthume, 2014, § 40 et GRIMALDI M., « Le mandat à effet posthume », *Defrénois* 2007, n° 1, p. 3.

⁴³³ Cass. 1^{re} Civ., 10 juin 2015, pourvois n° 14-10.377 et 14-12.553.

d'abord, il n'était pas démontré, par des éléments objectifs que le mandat permettait de résoudre une difficulté objective liée à la gestion de la société par la mère ou à la préservation des sociétés. Ainsi, le mandat ne justifiait pas en quoi la mère n'était pas apte à gérer la société. Il ne justifiait pas non plus en quoi le mandataire, titulaire d'un doctorat en communication était plus apte qu'elle alors qu'il n'était pas particulièrement qualifié dans la gestion de sociétés. Enfin, le mandat privait l'héritier de sa réserve libre de charge.

La Cour de cassation casse l'arrêt d'appel au motif que la cour d'appel a violé l'article 812-4 pour trois raisons : en ajoutant une condition à la loi, en inversant la charge de la preuve et enfin en se déterminant par des motifs impropres à caractériser l'absence ou la disparition de l'intérêt sérieux et légitime du mandat à effet posthume.

Tout d'abord, la cour d'appel a ajouté une condition à la loi. En effet, la Cour d'appel exige que, pour qualifier l'intérêt sérieux et légitime, il soit démontré la compétence du mandataire. Or, l'article 812-4 précise que l'intérêt légitime et sérieux s'apprécie quant à la personne de l'héritier ou du patrimoine successoral. La loi n'ajoute pas la condition de devoir justifier de la qualification du mandataire, pour révoquer le mandat au motif de l'absence d'intérêt sérieux et légitime.

En outre, la cour d'appel a renversé la charge de la preuve de l'intérêt sérieux et légitime en s'appuyant sur des documents versés par le mandataire pour appuyer sa qualification. Or, c'était à la représentante légale de l'héritier, laquelle arguait que le mandataire n'était pas qualifié pour gérer la société, de rapporter la preuve de ce manque de qualification.

Enfin, la cour d'appel s'est déterminée au moyen de motifs impropres pour ordonner la révocation pour deux raisons. Tout d'abord, elle déclare que l'intérêt légitime et sérieux devait aussi s'apprécier quant à l'inaptitude de la représentante légale de l'héritier mineur. Or, seule l'inaptitude de l'enfant, du fait de sa minorité, suffisait à

⁴³⁴ La motivation du mandat était la suivante : « l'importance et la spécificité de ladite société, ainsi que le déploiement des activités de « Groupe Réservoir » impliquent impérativement une gestion quotidienne par une personne spécialisée disposant du temps et des moyens nécessaires à l'accomplissement de cette tâche. M. F... X..., fils unique du mandant né à Neuilly-sur-Seine (Hauts-de-Seine) le 21 octobre 2006, ne pourra exercer cette gestion compte tenu de sa minorité, par suite, et afin d'organiser la gestion de ce bien s'il venait décéder et ainsi de protéger les intérêts de son héritier, le mandant entend utiliser les dispositions contenues dans les articles 812 et suivants du Code civil. »

fonder l'intérêt sérieux et légitime. Ensuite, l'argument de la privation de la réserve libre de charge était impropre pour ordonner la révocation puisque le mandat à effet posthume constitue une exception à la réserve libre de charge.

Cet arrêt démontre que la justification de l'intérêt sérieux et légitime n'est pas un obstacle à la liberté du défunt de confier la gestion de la société à un tiers. Il suffit, en effet, qu'une condition d'inaptitude soit remplie pour fonder le mandat. Ainsi, seule la minorité peut justifier le recours au mandat à effet posthume, quelle que soit la consistance du patrimoine.

128. Un mandat dans l'intérêt exclusif des héritiers - Le mandat à effet posthume a été conçu dans l'intérêt exclusif des héritiers puisque l'article 812 du Code civil précise que le mandataire doit agir dans l'intérêt de l'héritier. Ainsi, la gestion de l'entreprise doit être conforme à l'intérêt de l'héritier et pas à celle de l'entreprise⁴³⁵. L'intérêt de l'héritier, dans le cas d'une entreprise, justifie une gestion prudente et une distribution des dividendes en fonction des besoins des héritiers en priorité. Toutefois, selon certains auteurs, la loi consacrerait l'intérêt supérieur de l'entreprise : la prévalence de sa pérennité et de sa continuation primerait les intérêts particuliers des héritiers⁴³⁶. Mais cet avis ne peut être consacré puisque la loi précise bien que le mandataire doit administrer et gérer la succession « *dans l'intérêt d'un ou plusieurs héritiers* ». En outre, cette conception consacrerait une atteinte trop importante à la réserve. La réserve étant dans l'intérêt des héritiers, la privation de la jouissance ne peut qu'être dans ce même intérêt.

⁴³⁵ De cet avis également, WICKER G., *Juris-Classeur Notarial Répertoire*, V° *SUCCESSIONS – Mandats successoraux – Le mandat à effet posthume*, 2014, § 39; TERRÉ F., LEQUETTE Y., GAUDEMET S., *op. cit.*, p. 784, § 873.

⁴³⁶ SAGAUT J.-F., « Le mandat à effet posthume : regard notarial à destination des chefs d'entreprise », *Droit et Patrimoine* 2007, n° 162, p. 62.

129. Une durée limitée – En raison de l'atteinte aux droits des héritiers réservataires, l'article 812-1-1 précise que le mandat ne peut excéder deux ans. Toutefois, cette durée est prorogeable une ou plusieurs fois par décision du juge saisi par un héritier ou le mandataire.

Par exception, sa durée peut être fixée à cinq ans, prorogeable 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.

Ainsi, le mandat a une durée déterminée même s'il peut être prorogé autant de fois que nécessaire lorsque l'intérêt légitime et sérieux est toujours présent. Même si la durée de cinq ans est l'exception, on peut se demander si elle ne va pas devenir la norme puisque les cas cités recouvrent l'intérêt légitime et sérieux au regard de l'héritier ou du patrimoine à gérer⁴³⁷.

Le mandat prend fin à l'arrivée du terme prévu ou par la révocation judiciaire prononcée à la demande d'un héritier ou de son représentant lorsque l'intérêt légitime et sérieux a disparu ou lorsque le bien, objet du mandat, est aliéné par les héritiers.

Enfin, la loi encadre strictement le choix du mandataire et sa rémunération.

B – une liberté limitée par les conditions tenant au mandataire

130. Plan - Le choix du mandataire par le défunt doit se faire dans le respect de l'intérêt sérieux et légitime du mandat même si le choix du mandataire ne peut justifier la révocation du mandat⁴³⁸. La rémunération de

⁴³⁷ En ce sens, WICKER G., *Juris-Classeur Notarial Répertoire*, V° *SUCCESSIONS – Mandats successoraux – Le mandat à effet posthume*, 2014, § 47 ; CASEY J., « Droit des successions : commentaire de la loi du 3 décembre 2001 (2^e partie) », *RJPF* 2002, n° 2, p. 6 ; TERRÉ F., LEQUETTE Y., GAUDEMET S., *op. cit.*, p. 780, § 869.

⁴³⁸ Arrêt du 25 juin 2015 précité n° 127.

ce mandataire est l'exception et peut être limitée. Les pouvoirs alloués au mandataire posthume sont définis strictement par la loi : celui-ci peut administrer et gérer les biens successoraux, objets du mandat. Une difficulté subsiste toutefois pour les actes de disposition.

131. Un mandataire qualifié - Le *de cuius* peut choisir un ou plusieurs mandataires, personnes physiques ou morales. Il peut désigner un tiers ou un héritier. Ainsi, cela lui permet de désigner l'héritier qui lui paraît le plus apte à gérer la succession ou encore un tiers professionnel spécialisé dans la gestion des biens faisant partie de la succession. La grande liberté dans le choix du mandataire permet de choisir la ou les personnes les plus aptes à pérenniser les biens successoraux. Il est donc possible de prévoir une pluralité de mandataires et une collégialité des décisions afin de protéger les héritiers d'une mauvaise gestion⁴³⁹.

Contrairement au mandat de droit commun, le mandataire posthume doit jouir de la pleine capacité civile⁴⁴⁰ et ne pas faire l'objet d'une mesure de protection en raison d'une altération de ses facultés personnelles. En effet, le mandat à effet posthume n'emporte pas représentation des héritiers mais engage directement le mandataire à l'égard des tiers⁴⁴¹.

Lorsque le mandat comporte des biens professionnels, le mandataire doit avoir la capacité juridique de les gérer. Ainsi, il ne doit pas être frappé d'une interdiction de gérer de droit commun ou en raison d'une interdiction ou d'une incompatibilité légale⁴⁴².

⁴³⁹ CLERMON M. ET CÉNAC P., « Le package successoral du chef d'entreprise », *JCP N* 2007, 1323.

⁴⁴⁰ Soit être majeur ou mineur émancipé

⁴⁴¹ WICKER G., *Juris-Classeur Notarial Répertoire*, V° *SUCCESSIONS – Mandats successoraux – Le mandat à effet posthume*, 2014, § 31, GRIMALDI M., « Le mandat à effet posthume », *Deffrénois* 2007, n° 1, p. 3.

⁴⁴² Par exemple, il est interdit à un notaire d'effectuer des actes de commerce. Un notaire ne pourrait être nommé mandataire posthume d'une entreprise commerciale.

Enfin, le mandat doit être accepté par le mandataire avant le décès du mandant afin que le mandat puisse s'exécuter dès le décès. Le mandataire et le mandant peuvent à tout moment renoncer au mandat en notifiant leur décision à l'autre partie⁴⁴³.

132. Une rémunération exceptionnelle - Afin de protéger les biens successoraux et les héritiers, la rémunération du mandataire est l'exception et le législateur a pensé le mandat à effet posthume comme un acte gratuit. Bien que la rémunération apparaisse comme l'exception, il paraît évident qu'un professionnel réclamera une rémunération contre le travail fourni. Une rémunération du mandataire peut être prévue mais alors, elle doit l'être expressément, dans le mandat, tout comme son montant. Lorsque le mandat fixe une rémunération, le législateur a souhaité qu'elle soit prélevée sur fruits et revenus résultant de la gestion ou de l'administration des biens⁴⁴⁴ afin de ne pas entamer le capital et d'éviter que la rémunération soit une charge pesant sur les héritiers. Toutefois, pour que ce type de rémunération soit possible, il faut que les biens soient frugifères ce qui n'est pas toujours le cas. Cette rémunération prévue peut être forfaitaire ou proportionnelle⁴⁴⁵. Si une rémunération forfaitaire est prévue et que l'exploitation ou l'universalité gérée par le mandataire n'est pas bénéficiaire et ne dégage ni fruit, ni revenu, selon certains auteurs, le mandataire ne peut pas agir contre les héritiers pour obtenir la rémunération forfaitaire prévue⁴⁴⁶. Toutefois, cet avis ne paraît pas conforme à la loi puisque l'article 812-2 dispose que si les fruits et revenus sont absents ou insuffisants, la rémunération peut être complétée par un capital ou prendre la forme d'un capital. En outre, permettre au mandataire d'être rémunéré même en l'absence de fruit ou revenu permet de protéger les héritiers. En effet, si le mandataire est un professionnel, grand

⁴⁴³ Article 812-1-1 du Code civil.

⁴⁴⁴ Article 812-2 al. 2 du Code civil.

⁴⁴⁵ WICKER G., *Juris-Classeur Notarial Répertoire, V° SUCCESSIONS – Mandats successoraux – Le mandat à effet posthume*, 2014, n° 104.

⁴⁴⁶ WICKER G., *Juris-Classeur Notarial Répertoire, V° SUCCESSIONS – Mandats successoraux – Le mandat à effet posthume*, 2014, n° 104.

serait le risque que le mandataire révoque le mandat laissant ainsi les héritiers incapables de gérer par eux-mêmes les biens successoraux.

La rémunération peut également être prévue en capital mais le législateur a voulu que ce soit exceptionnel⁴⁴⁷ puisqu'il ne permet qu'elle n'intervienne que dans le cas où les fruits et revenus sont insuffisants ou absents. Ce capital doit alors être prélevé sur les forces de la succession⁴⁴⁸.

133. La rémunération, charge contre la succession - La rémunération du mandataire a été curieusement qualifiée de charge pesant sur la succession. Cette qualification de charge de la succession par le législateur paraît exacte au premier abord. C'est effectivement une dette qui, sans avoir pesé sur le *de cuius* est une suite directe de sa mort⁴⁴⁹. Mais les charges sont un passif qui pèse sur tous les héritiers. Or, si le mandat n'est qu'en faveur d'un héritier, cette qualification paraît inexacte puisqu'elle aurait pour effet de faire peser la rémunération sur tous les héritiers. Il paraît injuste de faire peser la rémunération d'un mandataire qui ne gère qu'une partie des biens successoraux sur toute la succession.

Cette qualification aurait été retenue par le législateur pour qu'elle ne soit pas assimilée à une libéralité.

Cette rémunération pose des difficultés liquidatives. Tout d'abord, en cas d'acceptation à concurrence de l'actif net, le mandataire devrait déclarer sa créance dans les 15 mois de l'ouverture de la succession⁴⁵⁰, les créanciers étant payés en fonction de la date de la déclaration à la succession. Or, le montant de la créance du

⁴⁴⁷ HUYGUE S., *Rapport AN* n° 2850, p. 177.

⁴⁴⁸ VAREILLE B., « Le mandat à effet posthume », *Petites Affiches* 2007, n° 129, p. 16, COMBRET J., « Le mandat à effet posthume, un acte manqué ? » *JCP N* 2013, 1191 ; CASEY J., « Droit des successions : commentaire de la loi du 3 décembre 2001 (2^e partie) », *RJPF* 2002, n° 2, p. 6.

⁴⁴⁹ GRIMALDI M., « Le mandat à effet posthume », *Deffrénois* 2007, n° 1, p. 3.

⁴⁵⁰ Conformément à l'article 792 alinéa 1.

mandataire ne peut être connu qu'à l'issue du mandat⁴⁵¹. La difficulté est identique lorsque les héritiers souhaitent procéder au partage avant l'expiration du mandat⁴⁵².

Lorsqu'une rémunération excessive est prévue, les héritiers peuvent demander la révision judiciaire de la charge et/ou la réduire pour atteinte à la réserve⁴⁵³.

134. La réduction pour atteinte à la réserve de la rémunération du mandataire - Alors que le législateur a écarté la qualification de libéralité pour la rémunération du mandataire posthume, il a voulu qu'elle soit soumise aux règles de la réduction pour atteinte à la réserve comme les libéralités. Ainsi, lorsque la charge a pour effet de priver les héritiers de tout ou partie de leur réserve, elle ouvre droit à réduction conformément à l'article 812-3 du Code civil. Par conséquent, si la rémunération est en capital, alors ce capital s'impute sur la quotité disponible au jour de l'ouverture de la succession puisque c'est à cette date que le mandat à effet posthume acquiert force obligatoire⁴⁵⁴. Si le capital excède le disponible alors il y aura réduction. Certains auteurs proposent de traiter la rémunération comme un legs pour vérifier l'atteinte à la réserve⁴⁵⁵. Toutefois, une difficulté se pose : le calcul de la réduction se faisant au moment de l'ouverture de la succession⁴⁵⁶, comment imputer une charge au décès alors qu'on ne connaît pas la durée du mandat et la rémunération totale ? Lorsque la rémunération est en fruits et revenus, ces difficultés s'accroissent.

⁴⁵¹ GRIMALDI M., « Le mandat à effet posthume », *Defrénois* 2007, n° 1, p. 3.

⁴⁵² LEVILLAIN N., *Juris-Classeur Notarial Formulaire, V° SUCCESSION – Mandat à effet posthume*, 2011, § 54.

⁴⁵³ Article 812-3 du Code civil.

⁴⁵⁴ GRIMALDI M., « Le mandat à effet posthume », *Defrénois* 2007, n° 1, p. 3 ; VAREILLE B., « Le mandat à effet posthume », *Petites Affiches* 2007, n° 129, p. 16.

⁴⁵⁵ LEVILLAIN N., *Juris-Classeur Notarial Formulaire, V° SUCCESSION – Mandat à effet posthume*, 2011, § 56.

⁴⁵⁶ Conformément à l'article 920 du Code civil.

135. La doctrine est divisée quant à la résolution de ces difficultés. Pour certains auteurs, afin d'éviter l'atteinte à la réserve, la rémunération ne pourrait porter que sur les fruits et revenus de la quotité disponible⁴⁵⁷. D'autres auteurs proposent de capitaliser la valeur des fruits et revenus alloués au mandataire afin d'imputer la valeur obtenue sur celle de la pleine propriété des biens soumis au mandat en chiffrant la moins-value dont souffre la valeur vénale de la pleine-propriété amputée de ses fruits⁴⁵⁸. Mais cela pose des difficultés pratiques puisque l'imputation a lieu au décès alors que la rémunération est déterminée postérieurement et parfois des années plus tard puisque le mandat est prorogable sans autre limite que l'intérêt sérieux et légitime. Afin d'éviter des difficultés insolubles, il a été proposé de ne pas soumettre la rémunération en fruits et revenus à la réduction pour atteinte à la réserve car l'intention du législateur n'aurait été de soumettre à la réduction que la rémunération en capital⁴⁵⁹. En effet, tout au long des travaux parlementaires⁴⁶⁰, il a été souligné que la rémunération en revenus devrait être le principe car elle a l'avantage de ne pas entamer le patrimoine successoral et de ne pas léser les héritiers. Donc il paraîtrait incompréhensible qu'une rémunération en fruits et revenus qui n'entame pas le patrimoine successoral et donc les intérêts des héritiers puisse être réduite. Il est d'ailleurs précisé que la rémunération en fruits et revenus évitera toute action en réduction⁴⁶¹. Ainsi, il faut exclure la rémunération en fruits et revenus de l'action en réduction pour atteinte à la réserve.

136. La révision judiciaire pour excès de la rémunération du mandataire -
La seconde action qui peut être intentée est la révision judiciaire pour excès du droit commun du mandat. Ainsi, l'article 812-3 du Code civil prévoit que la rémunération puisse être révisée si elle est excessive. Cette révision doit

⁴⁵⁷ VAREILLE B., « Le mandat à effet posthume », *Petites Affiches* 2007, n° 129, p. 16, COMBRET J., « Le mandat à effet posthume, un acte manqué ? » *JCP N* 2013, 1191.

⁴⁵⁸ GRIMALDI M., « Le mandat à effet posthume », *Deffrénois* 2007, n° 1, p. 3.

⁴⁵⁹ WICKER G., *Juris-Classeur Notarial Répertoire, V° SUCCESSIONS – Mandats successoraux – Le mandat à effet posthume*, 2014, n° 111.

⁴⁶⁰ HUYGUE S., *Rapport AN n° 2850*, p. 177.

être demandée en justice. L'excès s'apprécie par rapport à la durée du mandat. Si le mandataire renonce à poursuivre le mandat, il devra rendre une partie de la rémunération en capital. Le caractère excessif de la rémunération s'apprécie également au regard de la charge résultant du mandat et assumée par le mandataire.

Même si le mandat est borné par des conditions strictes, les effets du mandat sont particulièrement larges.

§ II – Un mandat privant largement les héritiers de leurs droits sur la réserve

137. Plan - Le mandataire à effet posthume dispose de pouvoirs étendus sur les biens, objets du mandat (A). En outre, la nature particulière du mandat (B) et la difficile possibilité d'y mettre fin pour les héritiers (C) rendent les effets de la volonté *ante-mortem* du *de cuius* particulièrement puissants.

A – Les pouvoirs étendus du mandataire

138. Plan - La loi envisage les pouvoirs du mandataire à effet posthume dans l'article 812 du Code civil. Elle précise que celui-ci a pouvoir d'administrer ou de gérer tout ou partie de la succession. Cette mention ne donne pas d'indications sur l'étendue des pouvoirs du mandataire qui doivent être précisés. Il faut toutefois préciser que tant que les héritiers n'ont pas accepté la succession, le mandataire à effet posthume ne peut effectuer que des actes conservatoires, de surveillance et d'administration provisoire qui n'emportent pas acceptation de la succession. S'il souhaite accomplir tout

⁴⁶¹ HUYGUES., *Rapport AN* n° 2850, p. 177.

autre acte d'administration, le mandataire doit recueillir l'accord du juge. Enfin, les héritiers bénéficient d'un pouvoir de surveillance du mandataire.

139. Les pouvoirs d'administration du mandataire - Le terme d'administration est général et imprécis. Il est défini comme « *l'action de gérer un bien, une masse de biens sans exclure l'accomplissement d'actes de dispositions*⁴⁶². » Or, il n'est indiqué nulle part dans la loi ou le Code civil ce que recouvre la gestion d'une succession⁴⁶³. Les travaux parlementaires laissent penser que le mandataire serait limité aux actes d'administration soit les « *acte(s) ordinaire(s) d'exploitation d'un bien ou d'une masse de biens englobant l'expédition des affaires courantes et la mise en valeur naturelle d'un patrimoine (...) qui peut varier selon la nature du bien administré (...) et comprend les actes d'aliénation (vente de marchandises ou de récolte), ou d'acquisition (...)*⁴⁶⁴ ».

Afin de préciser ce pouvoir d'administration, un auteur a proposé de se référer au mandat général d'administration⁴⁶⁵ susceptible d'être confié à un indivisaire ou un tiers dans le cadre de l'indivision. Ce texte s'entend d'une exploitation normale des biens exception faite des actes de disposition⁴⁶⁶.

Il a également été proposé de comparer la mission d'administration du mandataire à effet posthume avec la mission d'administration du mandat conventionnel et judiciaire. En effet, ces deux mandats retiennent également la mission d'administration dans les articles 813 et 813-1. Mais comme lors de l'entrée en

⁴⁶² CORNU G., *Association H. CAPITANT, Vocabulaire juridique*, 10^{ème} éd. P.U.F. coll. Quadrige, 2013, V° Administration, p. 35.

⁴⁶³ LE GUIDE R., « La loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, Vue panoramique » *JCP G* 2006, I, 160. Selon cet auteur, cette notion doit être précisée.

⁴⁶⁴ CORNU G., *Association H. CAPITANT, Vocabulaire juridique*, 10^{ème} éd. P.U.F. coll. Quadrige, 2013, V° Administration (Acte d'), p. 35.

⁴⁶⁵ Conformément à l'article 815-3 alinéa 2.

⁴⁶⁶ WICKER G., *Juris-Classeur Notarial Répertoire, V° SUCCESSIONS – Mandats successoraux – Le mandat à effet posthume*, 2014, n° 54.

Contra : JOURDAIN-THOMAS F. et SCHILLER S., « Quels pouvoirs peuvent être accordés à un mandataire à effet posthume », *JCP N* 2013, 1212.

vigueur du mandat à effet posthume, lorsque le mandat conventionnel a été créé, la doctrine a regretté la généralité de ce terme et la nécessité de le préciser⁴⁶⁷.

On peut conseiller au *de cuius* de préciser les actes inclus dans la mission d'administration du mandat⁴⁶⁸.

La mission du mandataire posthume n'est pas limitée au pouvoir d'administration mais comprend également le pouvoir de gestion de la succession.

140. Les pouvoirs de gestion du mandataire - De prime abord, la distinction entre la mission d'administration et de gestion paraît malaisée. Toutefois, on peut penser que si le législateur a distingué ces deux missions, c'est qu'elles ne recouvraient pas les mêmes actes. La doctrine s'accorde à dire que la gestion est plus dynamique que l'administration, le but étant de faire fructifier les biens en donnant au mandataire un pouvoir d'initiative plus important que dans la simple administration. En effet, il ne faut pas perdre de vue que le mandataire agit dans l'intérêt des héritiers afin d'assurer leur subsistance et que cette dernière sera mieux assurée grâce à une gestion dynamique des biens successoraux. Ainsi, le mandataire devrait pouvoir disposer des fruits et revenus des biens successoraux afin de pouvoir les investir dans le maintien ou le développement des biens successoraux.

La mission de gestion est plus large que la mission d'administration puisqu'elle comporte également les actes de disposition⁴⁶⁹.

141. Les pouvoirs portant sur les actes d'aliénation- Lors des travaux parlementaires, il a été affirmé que le mandataire n'aurait aucun pouvoir de

⁴⁶⁷ LE GUIDE R., « La loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités, Vue panoramique », *JCP G* 2006, I, 160.

⁴⁶⁸ WICKER G., *Juris-Classeur Notarial Répertoire, V° SUCCESSIONS – Mandats successoraux – Le mandat à effet posthume*, 2014, n° 54.

⁴⁶⁹ CORNU G., *Association H. CAPITANT, Vocabulaire juridique*, 10^{ème} éd. P.U.F. coll. Quadriga, 2013.

disposer des biens⁴⁷⁰. Les actes d'aliénation sont ainsi interdits au mandataire. Toutefois, cette affirmation doit être nuancée car la notion d'acte de disposition est relative. Un acte d'aliénation peut être qualifié d'acte d'administration. Cela est le cas, tout d'abord, des actes de disposition utiles à l'exploitation⁴⁷¹. En effet, ces actes sont qualifiés d'actes d'administration lorsqu'ils sont un élément de gestion du bien. Il en est de même des universalités de fait dont la gestion implique la vente et le rachat comme le portefeuille de valeurs mobilières⁴⁷². Toutefois, cette qualification est subordonnée au remploi des sommes obtenues lors de la cession. Enfin, le mandataire pourrait accomplir les actes de disposition qui répondent aux besoins de l'exploitation normale dès lors qu'ils n'entament pas la substance du bien. Il s'agit de la vente de meubles corporels justifiée par les besoins de l'exploitation tels que la vente de marchandises⁴⁷³.

Ainsi, la mission de gestion permet de procéder à certaines aliénations dans l'intérêt des héritiers, à condition de conserver la substance. Cela permet d'envisager une gestion dynamique du bien et de conserver la valeur des biens successoraux, objet du mandat.

En revanche, les actes de disposition autres que ceux nécessaires à l'exploitation ne sont pas permis. En effet, ils sont réservés aux héritiers conformément à l'article 812-4-5. Il a pu être proposé de faire intervenir les héritiers au mandat afin d'autoriser le mandataire à disposer des biens⁴⁷⁴, toutefois, cela constituerait un pacte sur succession future prohibé.

⁴⁷⁰ HUYGUE S., *rapport AN* n° 2850, p. 181.

⁴⁷¹ PIEDELIÈVRE S., *op. cit.*, p. 231, § 197.

⁴⁷² Cass. 1^{re} Civ. 2 juin 1993 : *Bull. civ.* 1993, I, n° 204. Cass. 1^{re} Civ. 12 novembre 1998 : *Bull. civ.*, I, n° 315, *D.* 1999, p. 167, note AYNÈS L. ; *JCP G* 1999, II, 10027, note PIEDELIÈVRE S. ; *JCP G* 1999, I, 120, obs. PÉRINET-MARQUET H. ; *JCP N* 1999, 351, note HOVASSE H. ; *RTD Civ.* 1999, 674, obs. PATARIN J. Cass. 1^{re} Civ. 3 décembre 2002 : *JCP E* 2003, II, 10158, note PIEDELIÈVRE S..

⁴⁷³ WICKER G., *Juris-Classeur Notarial Répertoire, V° SUCCESSIONS – Mandats successoraux – Le mandat à effet posthume*, 2014, n° 68 ; BRENNER C., « La gestion de la succession », *D.* 2006, p. 2560 ; GRIMALDI M., « Le mandat à effet posthume », *Defrénois* 2007, n° 1, p. 3 ; PIEDELIÈVRE S., *op. cit.*, p. 231, § 197 ; TERRÉ F., LEQUETTE Y., GAUDEMET S., *op. cit.*, p. 784, § 873.

⁴⁷⁴ PRIGENT, « Le mandat à effet posthume », *AJ Fam.* 2009, p. 120.

Une difficulté se pose néanmoins : lorsque l'aliénation peut être qualifiée d'acte d'administration, qui, du mandataire ou de l'héritier, prime sur l'autre ? Ainsi, l'héritier peut-il s'opposer à la vente du stock d'un commerce par le mandataire à effet posthume ? On peut penser que, dans ce cas, le mandataire primera sur l'héritier, sauf à démontrer par ce dernier que l'acte serait contraire à son intérêt. En revanche, le mandataire ne pourrait s'opposer à la vente par l'héritier de ce même stock, conformément à l'article 812-4 du Code civil.

Le *de cuius* peut-il autoriser le mandataire à effectuer des actes de disposition en insérant une clause dans le mandat à effet posthume ? En effet, l'article 812-4 ne précise pas si l'interdiction de disposer du bien est d'ordre public. Pourtant, on peut douter de la validité d'une telle clause. En effet, l'esprit du texte invite à la solution inverse puisque le mandat à effet posthume ne peut priver les héritiers de leur droit de disposer des biens et par là même d'éteindre le mandat⁴⁷⁵. Les travaux préparatoires rejettent également cette possibilité⁴⁷⁶. Enfin, ce serait une atteinte grave à la saisine héréditaire et à la réserve héréditaire puisque la charge imposée sur la réserve serait étendue.

Il a pu être proposé que le mandataire à effet posthume puisse aliéner les biens successoraux sans priver toutefois les héritiers de ce droit. Cette faculté serait ainsi concurrente⁴⁷⁷. Cela serait notamment utile lorsque le mandataire à effet posthume a pour mission de trouver un repreneur à l'entreprise. Toutefois, il nous paraît essentiel que les héritiers aient le dernier mot sur le choix du repreneur en aliénant eux-mêmes le bien au repreneur présenté par le mandataire afin d'éviter les prises d'intérêts et les collusions frauduleuses entre le repreneur et le mandataire.

⁴⁷⁵ SAUVAGE F., « Les pouvoirs du mandataire posthume à l'épreuve du droit des héritiers (au regard de Cass. 1^{re} Civ., 12 mai 2010) », *Defrénois*, 1776 ; GRIMALDI M., « Le mandat à effet posthume », *Defrénois* 2007, n° 1, p. 3.

⁴⁷⁶ HUYGUE S., *Rapport AN* n° 2850, p. 175.

⁴⁷⁷ Cass. 1^{re} Civ., 12 mai 2010 : *Juris-data* n° 2010-005870 ; *Bull. Civ.* 2010, I, n° 117 ; *Dr. Fam.*, comm. 104, note BEIGNIER B. ; *JCP N* 2010, 1351, note MAHINGA ; *RJPF* sept. 2010, p. 36, note LEPROVAUX J. ; *Defrénois* 2010, art. 39142 note MASSIP J. ; *Defrénois* 2010, art. 39149 note SAUVAGE F. ; *RTD civ.* 2010, p. 602, obs. GRIMALDI M. ; *AJF* 2010, p. 287, obs. VERNIÈRES ; *Gaz. Pal.* 2010, n° 231, p. 22, note DENIZOT A. ; *Revue Lamy droit civil*, 2010, n° 72, p. 52-53, note POULIQUEN ; *Revue des contrats* 2011, n° 1, p. 203, note BICHERON F. ; *Petites affiches*, 2010, n° 207, p. 4, note PERROTIN ; *JCP N* 2013, 1191, note COMBRET J. ; *Defrénois* 2010, art. 39149 note n° 72 SAUVAGE F..

Le mandataire ne peut pas non plus engager les biens faisant l'objet du mandat en les donnant en garantie puisqu'il s'agit d'un acte de disposition.

142. Aliénation d'une partie des biens par les héritiers - On peut s'interroger également sur la formule de l'article 812-4 qui parle de l'aliénation « *des biens mentionnés dans le mandat.* » Quid alors lorsque les héritiers ne disposent que d'une partie des biens du mandat ou lorsque le mandat concerne toute la succession ? Continue-t-il avec les biens restants et avec le prix de vente du bien cédé ? En d'autres termes, le patrimoine successoral serait-il compris comme une universalité ? Ou alors cela entraîne-t-il la fin du mandat pour le tout ? On peut penser que le mandat continuera avec les biens restants.

143. Une mission de surveillance – Toutefois, les héritiers ne sont pas dépourvus de tout droit de regard sur la mission du mandataire à effet posthume. En effet, l'article 812-7 du Code civil impose que chaque année et en fin de mandat, le mandataire rende compte de sa gestion aux héritiers et les informe de l'ensemble des actes accomplis. Cette obligation impose au mandataire de fournir aux héritiers un compte détaillé de l'ensemble des recettes et des dépenses effectuées par le mandataire dans le cadre de sa mission ainsi que de l'ensemble des actes accomplis.

Cette disposition protège les héritiers en leur permettant de contrôler la gestion du mandataire et ainsi d'éviter que la gestion ne diminue la valeur des biens successoraux ou ne soit menée dans leur intérêt. En cas d'inexécution de cette obligation, les héritiers peuvent demander la révocation du mandat. Cette révocation peut être demandée dès le premier manquement, il n'est en aucun cas nécessaire de prouver un préjudice.

Dans le mandat de droit commun, le mandataire est tenu d'informer le mandant de la bonne exécution de sa mission tout au long de celle-ci. Pourrait-on envisager de transposer cette obligation d'information au mandat à effet posthume ? Il semblerait que non puisque, contrairement au mandat de droit commun, le mandat à effet posthume fixe la périodicité de la remise des comptes. En outre, l'article 813-8

permet à chaque héritier de demander au mandataire la consultation des documents relatifs à l'exécution du mandat⁴⁷⁸. Toutefois, il paraîtrait opportun de prévoir une obligation d'information telle que celle présente dans le mandat de droit commun afin d'éviter que les héritiers ne découvrent une situation difficile lors de la présentation des comptes annuels et le risque d'une disparition des biens successoraux.

En revanche, selon l'article 1992, le mandataire est tenu de répondre des fautes qu'il commet dans sa gestion et de son dol. Ainsi, s'il cause un préjudice aux héritiers en commettant des fautes dans sa gestion, il engagera sa responsabilité civile contractuelle⁴⁷⁹. Cette faute sera caractérisée dès lors que le mandataire exécutera mal, partiellement ou pas du tout sa mission. Toutefois, si le mandat est gratuit, la faute de gestion sera appliquée moins rigoureusement⁴⁸⁰.

La nature particulière du mandat à effet posthume, privant largement les héritiers de leurs droits, rend les effets de celui-ci particulièrement efficaces.

B – Un mandat d'une nature particulière

144. Un mandat post-mortem ? - Le mandat à effet posthume n'est pas une invention du législateur contemporain puisque la jurisprudence⁴⁸¹ antérieure

⁴⁷⁸ WICKER G., *Juris-Classeur Notarial Répertoire, V° SUCCESSIONS – Mandats successoraux – Le mandat à effet posthume*, 2014, n° 98.

⁴⁷⁹ WICKER G., *Juris-Classeur Notarial Répertoire, V° SUCCESSIONS – Mandats successoraux – Le mandat à effet posthume*, 2014, n° 99.

⁴⁸⁰ Article 1992 du Code civil. La jurisprudence est plus clémentaire dans l'appréciation de la faute lorsque le mandat est gratuit : Voir Cass. 1^{re} Civ., 4 janv. 1980, *Bull. civ. I*, n° 11 ; *RTD civ.* 1981. 407, obs. CORNU G..

⁴⁸¹ « Attendu que s'il est vrai que le mandat prend fin par la mort du mandant, ce principe fléchit devant une volonté contraire exprimée par le mandant ou s'induisant de l'objet du mandat et des circonstances dans lesquelles il a été donné. » Cass. req., 22 mai 1860, S. 1860, p. 724 in LAURENT-BONNE N., « Aux origines du mandat à effet posthume », *Revue des contrats* 2013, n° 3, p. 827.

à la loi du 23 juin 2006 convenait déjà que les parties pouvaient renoncer aux dispositions de l'article 2003, selon lequel la mort emporte extinction du mandat, dans des cas limités, en considération de la nature de la mission⁴⁸². Toutefois, le mandat ne pouvait porter atteinte à l'ordre public successoral⁴⁸³. Pourtant, même s'il prend le nom de mandat, le mandat à effet posthume créé par la loi du 23 juin 2006 s'éloigne du mandat post-mortem puisque le mandat à effet posthume prend effet au décès du mandant et non avant le décès. En outre, à la différence du mandat *post-mortem* de l'ancien droit, le mandat à effet posthume déroge à la réserve héréditaire puisqu'il prive l'héritier réservataire de la jouissance de la réserve⁴⁸⁴ et de la saisine. Enfin, le mandat post-mortem ne dessaisit pas les héritiers lesquels acquièrent la qualité de mandant avec les prérogatives qui y sont attachées, notamment la faculté de dessaisir ou révoquer le mandataire, contrairement au mandat à effet posthume⁴⁸⁵.

145. La nature du mandat à effet posthume est malaisée à définir. Lors des travaux parlementaires, il a été rapproché du *trust*. Pourtant, ces deux instruments ne sont en rien comparables puisque dans le *trust*, la propriété est transférée au *trustee* tandis que le mandat à effet posthume n'emporte à aucun moment transfert de propriété. Il ne peut s'agir que d'un mandat. Toutefois, le mandat à effet posthume diffère du mandat de droit commun. D'une part, dans le mandat de droit commun et conformément à l'article 1984 du Code civil, le mandant tient ses pouvoirs du mandataire pour lequel il agit. Or dans le mandat à effet posthume, le mandataire tient ses pouvoirs du *de cuius* mais agit pour le compte des héritiers de ce dernier⁴⁸⁶. D'autre

⁴⁸² DE RICHEMONT H., *Rapport Sénat* n° 343, p. 130.

⁴⁸³ Cass. 1^{re} Civ., 28 juin 1988, n° 86-13639 : *Bull. civ.* I, n° 209 : D. 1989, p. 181, note NAJJAR ; *Defrénois* 1990, p. 40, note BEAUBRUN M. ; *JCP G* 1989, II, n° 21366, note MARTIN D. ; *RTD Civ.* 1989, p. 116, obs. PATARIN J.

⁴⁸⁴ Certains auteurs sont d'avis que le mandat à effet posthume ne peut grever la réserve. Toutefois, cette opinion minoritaire ne peut être retenue : SAGAUT Jean-François, « Le mandat à effet posthume : regard notarial à destination des chefs d'entreprise », *Droit et Patrimoine* 2007, n° 162, p.62.

⁴⁸⁵ TERRÉ F., LEQUETTE Y., GAUDEMET S., *op. cit.*, p. 776, § 863.

⁴⁸⁶ TERRÉ F., LEQUETTE Y., GAUDEMET S., *op. cit.*, p. 775, § 862.

part, le mandat ordinaire ne prive pas le mandant de ses pouvoirs de propriétaire puisque celui-ci peut valablement accomplir l'acte pour lequel il a mandaté le mandataire, tandis que le mandat à effet posthume dessaisit les héritiers et les prive de leurs pouvoirs d'administration et de gestion contrairement au mandat de droit commun⁴⁸⁷. Même si la loi ne l'indique pas expressément, il ne paraît pas concevable que les héritiers et le mandataire puissent exercer les mêmes pouvoirs sur les biens successoraux puisque cela ferait perdre tout intérêt au mandat à effet posthume. En outre, le mandataire a été choisi pour ses compétences particulières eu égard au manque de compétence des héritiers, il ne paraît pas possible de permettre aux héritiers de défaire ce que le mandataire aura pu faire. Enfin, le mandant peut révoquer partiellement le mandat en accomplissant un acte relevant du mandataire. Or, les héritiers sont privés de cette faculté de révocation⁴⁸⁸.

Ce mandat se distingue également du mandat de droit commun puisque le mandat à effet posthume s'impose aux héritiers qui ne peuvent y renoncer⁴⁸⁹ ni y mettre fin même en indemnisant le mandataire⁴⁹⁰. Il s'agit ainsi d'un mandat d'une nature particulière.

146. Mandat avec ou sans représentation ? - On peut, toutefois, se demander s'il s'agit d'un mandat avec ou sans représentation. La majorité de la doctrine s'accorde à dire qu'il s'agit d'un mandat sans représentation⁴⁹¹. En effet, admettre un mandat avec représentation présenterait des risques importants. Ce mandat permettrait d'appliquer le droit commun du mandat ce qui aurait pour effet d'engager les biens successoraux des héritiers et plus largement l'ensemble du patrimoine de ces derniers en raison de l'obligation

⁴⁸⁷ TERRÉ F., LEQUETTE Y., GAUDEMET S., *op. cit.*, p. 775, § 862.

⁴⁸⁸ AYNÈS A., « L'administration de la succession par autrui », *JCP N* 2008 1246.

⁴⁸⁹ A moins de vendre les biens successoraux. Voir *supra* n°

⁴⁹⁰ TERRÉ F., LEQUETTE Y., GAUDEMET S., *op. cit.*, p. 775, § 862.

ultra vires des héritiers. Les héritiers n'auraient aucun droit de regard sur la gestion du mandataire à l'exception de la reddition des comptes annuels. Ainsi, cette thèse doit être écartée en raison des risques qu'elle fait courir au patrimoine de l'héritier et parce qu'elle n'est pas conforme à l'esprit de la loi. Celle-ci a limité la liberté du *de cuius* par l'intérêt des héritiers dans le but de pérenniser les biens successoraux ou de préparer la cession de ceux-ci⁴⁹². En aucun cas, le mandat à effet posthume ne peut porter atteinte à la consistance des biens successoraux soumis au mandat.

Dans le mandat sans représentation, les engagements contractés par le mandataire dans le cadre de sa mission le sont en son nom propre et pas en celui des héritiers. Il a, seul, qualité de partie, de créancier ou débiteur dans l'exercice de son mandat à l'égard des tiers. L'expression « pour le compte des héritiers » démontre que le mandataire agit en lieu et place des héritiers⁴⁹³. Les héritiers sont par conséquent tiers et les créanciers n'ont aucun droit de gage sur leur patrimoine. Toutefois, le mandataire à effet posthume ne peut engager les biens que dans la limite de ses pouvoirs, ainsi seule la jouissance des biens sera engagée puisque ces derniers restent la propriété des héritiers⁴⁹⁴. Les actes du mandataire à effet posthume sont toutefois opposables aux héritiers et ceux-ci devront indemniser le mandataire à effet posthume des obligations qu'il a assumées personnellement. Par conséquent, il s'agirait d'une représentation imparfaite puisque le mandataire agit en son nom propre pour le compte d'autrui⁴⁹⁵.

Ainsi, le mandat sans représentation permet une gestion efficace des biens sans compromettre la situation des héritiers. Le mandat à effet posthume est par

⁴⁹¹ WICKER G., *Juris-Classeur Notarial Répertoire, V° SUCCESSIONS – Mandats successoraux – Le mandat à effet posthume*, 2014, n° 10 ; LEVILLAIN N., *Juris-Classeur Notarial Formulaire, V° SUCCESSION – Mandat à effet posthume*, 2011, n° 89 ; PRIEUR J. et CLERMON M., « La gestion de l'entreprise par un mandataire », *JCP N* 2006, n° 38, 1297 ; TERRÉ, LEQUETTE Y., GAUDEMET S., *op. cit.*, p. 775, § 862.

⁴⁹² HUYGUE S., *Rapport AN* n° 2850, p. 172.

⁴⁹³ TERRÉ F., LEQUETTE Y., GAUDEMET S., *op. cit.*, p. 775, § 862.

⁴⁹⁴ WICKER G., *Juris-Classeur Notarial Répertoire, V° SUCCESSIONS – Mandats successoraux – Le mandat à effet posthume*, 2014, § 12.

⁴⁹⁵ WICKER G., *Juris-Classeur Notarial Répertoire, V° SUCCESSIONS – Mandats successoraux – Le mandat à effet posthume*, 2014, § 10 ; TERRÉ F., LEQUETTE Y., GAUDEMET S., *op. cit.*, p. 775, § 862.

conséquent un mandat particulier, sans représentation, donnant la liberté au *de cuius* de confier la gestion de sa succession, après son décès, à un tiers.

Outre les effets étendus du mandat, les héritiers ne peuvent mettre fin à celui-ci qu'en vendant les biens successoraux.

C – La difficulté de mettre fin au mandat pour les héritiers

147. La possibilité de mettre fin au mandat - Les héritiers peuvent mettre fin à tout moment au mandat en aliénant les biens successoraux, objet du mandat. Cette possibilité doit toutefois être nuancée. Si les héritiers souhaitent conserver les biens, pour des raisons affectives ou économiques, ils sont alors privés de toute possibilité de mettre fin au mandat.

Les pouvoirs du mandataire à effet posthume ne lui permettent pas de s'opposer à l'aliénation⁴⁹⁶. Un arrêt rendu par la 1^{ère} chambre civile de la Cour de cassation confirme cette solution. Dans cette espèce, une mère de deux enfants mineurs avait institué son père mandataire posthume de toute la succession. Après son décès, le père des enfants, administrateur légal, avait été autorisé par le juge des tutelles à vendre un appartement dépendant de la succession, ce à quoi s'opposait le mandataire posthume. La Cour de cassation confirme que le mandataire à effet posthume ne peut pas s'opposer à l'aliénation des biens mentionnés dans le mandat, laquelle constitue une cause d'extinction du mandat.

⁴⁹⁶ Cass. 1^{re} Civ., 12 mai 2010 : Juris-data n° 2010-005870; *Bull. Civ.* 2010, I, n° 117 ; *Dr. Fam.*, comm. 104, note BEIGNIER B. ; *JCP N* 2010, 1351, note MAHINGA ; *RJPF* sept. 2010, p. 36, note LEPROVAUX J. ; *Defrénois* 2010, art. 39142 note MASSIP J. ; *Defrénois* 2010, art. 39149 note SAUVAGE F. ; *RTD civ.* 2010, p. 602, obs. GRIMALDI M. ; *AJF* 2010, p. 287, obs. VERNIÈRES ; *Gaz. Pal.* 2010, n° 231, p. 22, note DENIZOT A. ; *Revue Lamy droit civil*, 2010, n° 72, p. 52-53, note POULIQUEN ; *Revue des contrats* 2011, n° 1, p. 203, note BICHERON F. ; *Petites affiches*, 2010, n° 207, p. 4, note PERROTIN ; *JCP N* 2013, 1191, note COMBRET J. ; *Defrénois* 2010, art. 39149 note n° 72 SAUVAGE F..

Cette solution doit être approuvée. Même si cette solution a été critiquée par une partie de la doctrine⁴⁹⁷, elle paraît conforme à la lettre et à l'esprit du mandat à effet posthume. En effet, celui-ci est une aide apportée aux héritiers en permettant à un mandataire plus apte, pour des raisons tenant aux héritiers ou aux biens successoraux, de conserver la substance des biens en gérant ceux-ci dans l'intérêt des héritiers. En aucun cas, le mandat à effet posthume ne peut être vu comme une sanction de la part du *de cuius*. Ainsi, il n'est envisageable que dans un climat apaisé de coopération et de confiance entre le mandataire et les héritiers. Si ces éléments ne sont pas présents, il paraît plus indiqué de vendre les biens successoraux et de mettre fin au mandat. Le mandat à effet posthume n'est qu'un outil de gestion du patrimoine successoral et n'a pas pour but de conserver les biens contre le gré des héritiers⁴⁹⁸.

Ainsi, la proposition de certains auteurs⁴⁹⁹ de recourir à la clause d'inaliénabilité afin de priver les héritiers de leur droit d'aliéner les biens successoraux, objets du mandat, ne paraît pas opportune. Cette clause devrait alors être limitée dans le temps et soumise à un intérêt sérieux et légitime. Le mandat à effet posthume étant limité dans le temps légalement, cette condition serait remplie. En outre, l'intérêt sérieux et légitime de la clause pourrait recouvrir l'intérêt sérieux et légitime du mandat. Toutefois, cet intérêt devrait être interprété rigoureusement car il a pour effet de priver les héritiers de leur faculté de révoquer le mandat en aliénant les biens successoraux.

148. Conclusion de section – Le mandat à effet posthume donne la liberté au *de cuius* de priver ses héritiers réservataires de la gestion des biens successoraux, après son décès, en la confiant à un tiers. Il porte ainsi atteinte à la transmission de la réserve libre de charges. Même si le législateur a

⁴⁹⁷ En ce sens, DENIZOT A., « Triste départ pour le mandat à effet posthume », *Gazette du Palais* 2010, n° 231, p. 22, note sous Cass. 1^{re} Civ. 12 mai 2010.

⁴⁹⁸ LÉPROVAUX J., « Les pouvoirs du mandataire dans le mandat à effet posthume » *Petites Affiches* 2012, n° 183, p. 59.

⁴⁹⁹ OMARJEE I., « Bref aperçu des mandats de protection future, de fin de vie et à effet posthume », *Dr. et Patr.* 2007, n° 157, p. 20 ; LUZU F., « Pratique des mandats à effet posthume » *JCP N* 2009, 1358 ; GRIMALDI M., « Le mandat à effet posthume », *Deffrénois* 2007, n° 1, p. 3, AYNÈS A., « L'administration de la succession par autrui », *JCP N* 2008, 1246.

strictement borné la possibilité de désigner un mandataire à effet posthume par l'obligation d'avoir un intérêt légitime et sérieux au regard de l'héritier ou du patrimoine successoral, l'atteinte à la réserve est considérable. En effet, les pouvoirs du mandataire sont extrêmement étendus. En outre, l'héritier réservataire ne peut retrouver la libre disposition des biens successoraux qu'en procédant à leur vente ou en arguant judiciairement de la disparition de l'intérêt sérieux et légitime. S'il ne souhaite pas vendre les biens, objets du mandat, il devra attendre la durée déterminée par le *de cuius* ou étendue par le juge. Ainsi, le mandat à effet posthume porte une première atteinte à la réserve héréditaire d'anticiper les difficultés successorales.

Le législateur a, également, dans le but de promouvoir la liberté du *de cuius*, ranimé les libéralités substitutives.

Section II – La liberté de priver son enfant de la disposition de la succession : les libéralités substitutives

149. Plan - Alors que le Code civil les avaient supprimées pour promouvoir l'égalité, le législateur du 23 juin 2006⁵⁰⁰ a choisi de ranimer les substitutions⁵⁰¹. La raison invoquée dans le rapport préliminaire est de donner la liberté au *de cuius* d'anticiper sa succession en faveur, notamment,

⁵⁰⁰ La validité des legs résiduels étaient reconnus depuis le début du XIX^e siècle : Cass. Req., 5 juillet 1832 : S. 1832, 1, p. 430 : La jurisprudence analysait le legs *de residuo* comme un legs conditionnel soumis à la condition qu'au décès du premier légataire, la chose léguée subsiste et le second légataire survive.

⁵⁰¹ Ainsi, l'article 896 dispose désormais que « *la disposition par laquelle une personne est chargée de conserver et de rendre à un tiers ne produit d'effet que dans le cas où elle est autorisée par la loi.* » L'article 1048 prévoit, quant à lui, qu'« *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.* » Quant à l'article 1057, il dispose qu'« *il peut être prévu dans une libéralité qu'une personne sera appelée à recueillir ce qui subsistera du don ou legs fait à un premier gratifié à la mort de celui-ci.* »

du conjoint survivant⁵⁰² ou d'enfants handicapés⁵⁰³ puisque par un acte de disposition unique, le disposant pourra gratifier deux bénéficiaires, lesquels vont se succéder dans le temps. Les hypothèses envisagées par le législateur sont la transmission à titre gratuit de biens à un nouvel époux à charge de rendre, à son décès, cette libéralité aux enfants du premier lit ou encore la transmission de biens à un enfant handicapé à charge, à son décès, de les rendre à ses frères et sœurs. Le grand intérêt de ces libéralités tient au fait que le second gratifié est censé tenir ses droits du disposant grâce à une charge de conserver et/ou transmettre, soit dans nos exemples de leur parent, évitant ainsi les droits de mutation à titre gratuit entre étrangers ou frères et sœurs.

L'Assemblée nationale, lors de la discussion de la loi du 23 juin 2006, voulut introduire les nouvelles libéralités substitutives et abroger l'article 896, lequel posait la prohibition des substitutions fidéicommissaires. Toutefois, le Sénat refusa cette abrogation et souhaita réaffirmer le principe de la prohibition assorti d'exceptions⁵⁰⁴. C'est la raison pour laquelle on trouve dans le Code civil un principe, celui de la prohibition des substitutions fidéicommissaires, vidé de sa substance puisque les libéralités substitutives sont désormais autorisées. Toutefois, la liberté du *de cuius* peut-elle porter sur la réserve héréditaire et ainsi rompre l'égalité entre les héritiers réservataires ? Avant d'étudier les effets des libéralités substitutives sur la réserve héréditaire (§ III), il apparaît nécessaire de préciser les conditions de formation communes des libéralités substitutives (§ I) et leur mécanisme juridique (§ II).

§ I – Les conditions communes des libéralités substitutives

150. Plan - Les libéralités substitutives obéissent à des conditions communes quant aux bénéficiaires (A), à leur support (B) et à leur objet (C).

⁵⁰² HUYGUE S., *Rapport AN* n° 2850.

⁵⁰³ DE RICHEMONT H., *Rapport Sénat* n° 343.

⁵⁰⁴ TERRÉ F., LEQUETTE Y., GAUDEMET S., *op. cit.*, p 540, § 612.

A – Les bénéficiaires

Alors qu'avant 2006, les substitutions n'étaient permises qu'en faveur des descendants ou des neveux et nièces en l'absence de descendant, les libéralités substitutives sont désormais permises en faveur de toute personne physique ou morale. La loi ne désigne plus nommément ses bénéficiaires.

151. Le grevé ou premier gratifié - En l'absence de précision dans la loi, le grevé, dans la donation graduelle, ou premier gratifié, dans la donation résiduelle, peut être toute personne physique ou morale. Pourtant, le vocabulaire employé dans la loi, notamment à l'article 1048 visant le décès du grevé, laisse à penser que le législateur n'envisageait pas que le grevé ou premier gratifié puisse être une personne morale⁵⁰⁵ puisque celle-ci ne peut mourir. Certains auteurs admettent, néanmoins, qu'une personne morale puisse être grevée puisque la dissolution de la personne morale est toujours possible par une cause légale ou une clause des statuts⁵⁰⁶. En outre, la loi ne distinguant pas, il n'y aurait pas lieu de distinguer⁵⁰⁷. Toutefois, permettre à une personne morale d'être grevée ou première gratifiée paraît inopportun puisque sa vie est bien plus longue que celle d'une personne humaine. Cela aboutirait à rendre le bien indisponible pendant un temps bien plus long que la durée de la vie humaine, ce qui conduirait à s'approcher des biens de mainmorte de l'ancien régime⁵⁰⁸. Il paraît ainsi souhaitable de ne pas

⁵⁰⁵ GRIMALDI M., « Les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles », *JCP N* 2006, 1387 ; NAUDIN E., « Les libéralités graduelles et résiduelles », *Petites affiches* 2007, n° 129, p. 21.

⁵⁰⁶ *Contra* : NICOD M., *Juris-classeur Civil Code, V° LIBERALITES – Libéralités graduelles – Notion, Domaine*, 2007, § 41 pour lequel il suffit de fixer un terme au droit de la personne morale.

⁵⁰⁷ NICOD M., *Juris-classeur Civil Code, V° LIBERALITES – Libéralités graduelles – Notion, Domaine*, 2007, § 2.

⁵⁰⁸ NAUDIN E., « Les libéralités graduelles et résiduelles », *Petites affiches* 2007, n° 129, p. 21.

permettre qu'une personne morale soit grevée ou première gratifiée en modifiant l'article 1048.

152. Le second gratifié ou appelé - Le disposant peut désigner toute personne morale ou physique de son choix comme second gratifié. Il est également possible de prévoir plusieurs seconds gratifiés.

Le second gratifié doit être désigné dans l'acte et il doit accepter la libéralité substitutive. Sa vocation à recevoir la libéralité naît au moment de l'acceptation et tant qu'elle n'a pas eu lieu, le disposant peut révoquer la libéralité substitutive. Ainsi, le donateur peut faire le choix de laisser le second gratifié dans l'ignorance afin de conserver sa faculté de révocation de la donation à l'égard du second gratifié⁵⁰⁹.

La loi prévoit également, à l'inverse des donations de droit commun, que la donation graduelle peut être acceptée par le second gratifié après le décès du donateur. Cette règle permet d'instituer les enfants nés et à naître du grevé même s'ils ne naissent qu'après le décès du donateur même si, bien évidemment, l'acceptation devra intervenir avant le décès du grevé. Le second bénéficiaire ne sera alors pas partie au contrat qui le gratifie, ce qui met à mal la notion d'unité d'acte⁵¹⁰.

La règle selon laquelle l'acceptation peut intervenir après le décès du disposant est opportune, toutefois le silence gardé par le second gratifié peut perturber la liquidation de la succession du donateur quant au calcul de la réduction de la donation graduelle ou du rapport⁵¹¹. C'est pourquoi, « *L'offre de loi* » proposait dans son projet d'article 1035 que l'appelé puisse, au décès du grevé lorsque s'ouvrirait sa vocation, accepter ou répudier la libéralité qu'il n'aurait pas acceptée du vivant du donateur⁵¹². Ce principe n'a pas été repris dans la loi du 23 juin 2006, ce qui paraît

⁵⁰⁹ MATHIEU M., *Juris-classeur Notarial Formulaire, V° DONATIONS ENTRE VIFS – Donations graduelles – Régime général*, 2011, § 26.

⁵¹⁰ NICOD M., *Juris-classeur Civil Code, V° LIBERALITES – Libéralités graduelles – Notion, Domaine*, 2007, § 69.

⁵¹¹ MATHIEU M., *Juris-classeur Notarial Formulaire, V° DONATIONS ENTRE VIFS – Donations graduelles – Régime général*, 2011, § 28.

⁵¹² CARBONNIER J., CATALA P., DE SAINT AFFRIQUE J., MORIN G., *Des libéralités, une offre de loi*, éd. Defrénois, 2003, p. 86.

déraisonnable puisque, outre les difficultés liquidatives, le premier gratifié ne saura pas s'il peut disposer ou non du bien.

La charge ne peut être stipulée au delà du premier degré. Ainsi, il est interdit d'obliger le second gratifié à transmettre les biens à un troisième gratifié. Si le disposant le prévoit, la libéralité reste valable pour le premier degré seulement⁵¹³.

En revanche, le disposant peut anticiper la disparition prématurée du second gratifié en prévoyant un second gratifié subsidiaire qui peut être un tiers ou encore les héritiers du second gratifié. A défaut d'une telle stipulation, les biens resteront dans le patrimoine du premier gratifié, puisque la représentation ne joue pas en matière de substitution⁵¹⁴, ce dont se sont émus certains auteurs⁵¹⁵. En effet, si le disposant dispose par un legs graduel au profit de sa seconde épouse à charge de rendre à ses enfants et que l'un d'eux meurt avant la seconde épouse, ses descendants ne pourront le représenter et le bien sera entièrement dévolu aux autres enfants du *de cuius*. Ne pas permettre la représentation est regrettable.

En revanche, il n'y a plus aucune restriction entre les gratifiés. Ainsi, il est tout à fait possible de gratifier seulement un seul enfant même si la réserve constitue une limite⁵¹⁶.

B – Le support de la libéralité substitutive

153. Quelle libéralité ? - La libéralité substitutive ne peut être consentie qu'au moyen d'une donation ou d'un legs. On s'est demandé s'il fallait

⁵¹³ Alors qu'avant la loi du 23 juin 2006, la sanction était la nullité de la libéralité entière.

⁵¹⁴ C'était déjà le cas dans l'ordonnance de D'Aguesseau.

⁵¹⁵ NAUDIN E., « Les libéralités graduelles et résiduelles », *Petites affiches* 2007, n° 129, p.21. Certains auteurs approuvent cette décision : MATHIEU M., *Juris-classeur Notarial Formulaire V° DONATIONS ENTRE VIFS – Donation graduelle au profit d'un héritier réservataire – Rapport des donations graduelles*, n° 32 et LEPROVAUX J., DELEROT M. ET MERCIER V., « L'impact de la réserve héréditaire sur la réalisation des libéralités graduelles et résiduelles », *DP* 2008, n° 175, p. 28.

nécessairement une donation par acte authentique puisque l'acte doit contenir des mentions expresses⁵¹⁷ afin que la libéralité soit substitutive, ce qui paraît difficilement compatible avec une donation indirecte⁵¹⁸. Pourtant, la substitution est une charge et comme toute charge, elle peut accompagner une libéralité opérée par don manuel à condition que la charge de conserver et transmettre soit précisée dans un pacte adjoint⁵¹⁹. La Cour de Cassation a déjà validé un don manuel de bijoux consenti à un fils sous la double charge de les prêter à sa femme puis de les transmettre à ses enfants⁵²⁰. Toutefois un acte authentique sera nécessaire lorsque la substitution portera sur un immeuble puisque la charge de conserver et transmettre doit être publiée à la conservation des hypothèques ou au livre foncier.

154. Une donation-partage ? – En revanche, on peut douter de la validité d'une stipulation graduelle ou résiduelle dans une donation-partage. Si les droits du premier gratifié sont anéantis rétroactivement, comment admettre le plein effet d'une donation-partage qui impose que tous les bénéficiaires aient été gratifiés ?

Pourtant, pour certains auteurs, cela est tout à fait possible⁵²¹ à condition qu'elle ne bénéficie qu'aux héritiers présomptifs du donateur. Ainsi, le tiers qui reçoit l'entreprise ne pourrait participer à une telle donation-partage puisqu'il n'a pas la qualité pour y participer.

⁵¹⁶ TERRÉ F., LEQUETTE Y., GAUDEMET S., *op. cit.*, p 542, § 614.

⁵¹⁷ Notamment la désignation du second gratifié conformément à l'article 1048 du Code civil.

⁵¹⁸ En ce sens, DELFOSSE A. et PENIGUEL J.-F., *La réforme des successions et libéralités*, Coll. De l'institut national de la formation notariale, éd. Litec, 2007, p. 237, note 70.

⁵¹⁹ En ce sens : NAUDIN E., « Les libéralités graduelles et résiduelles », *Petites affiches* 2007, n° 129, p. 21.

⁵²⁰ Civ. 1^{re}, 29 juin 1961 : *D.* 1961, jur. p. 641.

⁵²¹ NICOD M., « Libéralités graduelles et résiduelles : quelques difficultés d'application », *JCP N* 2008, 1249 ; *La transmission*, rapport du 108^{ème} Congrès des Notaires de France, Montpellier 2012, éd. Association congrès des Notaires de France, 2012, § 3337 ; MATHIEU M., *Juris-classeur Notarial Formulaire, V° DONATIONS ENTRE VIFS – Donations graduelles – Régime général*, 2011, § 10.

C - Objet de la libéralité substitutive

155. Plan - Les libéralités substitutives se différencient selon la charge qui grève la libéralité : charge de conserver et rendre pour la libéralité graduelle (1) et charge de rendre pour la libéralité résiduelle (2). Ces charges ne peuvent toutefois pas être stipulées sur certains biens (3).

1 – Les charges des libéralités graduelles

Le grevé est tenu d'une charge de conserver et de transmettre.

156. Teneur de l'obligation de conserver - Le grevé a l'obligation de conserver les biens ou droits par lui reçus afin de pouvoir les transmettre au second gratifié dans la libéralité graduelle⁵²². En effet, l'article 1049 prévoit que la libéralité graduelle ne peut produire effet que sur les biens subsistant en nature au décès du grevé.

Les rédacteurs de l'offre de loi avaient proposé d'imposer au grevé une obligation de conserver en valeur tout en constatant que le contrôle serait difficile. Le Sénat a repoussé cette proposition en arguant de l'unité d'acte puisque le bien donné au

⁵²² En raison de l'obligation de conserver, le premier bénéficiaire est qualifié de « grevé » tandis que le bénéficiaire d'une libéralité résiduelle peut jouir pleinement de son statut de gratifié et est donc appelé « premier gratifié » : MATHIEU M., *Juris-classeur Notarial Formulaire, V° DONATIONS ENTRE VIFS – Donations graduelles – Régime général, 2011, § 48.*

premier gratifié doit être le même que celui transmis au second gratifié⁵²³. On peut le regretter⁵²⁴ même si la conservation en valeur aurait pu être facilement contournée en organisant son insolvabilité ; c'est pourquoi certains auteurs affirment que le disposant pourrait stipuler que la conservation ne se ferait qu'en valeur⁵²⁵.

157. Droits du grevé sur les biens durant sa vie - Le grevé devient pleinement propriétaire des biens donnés. La loi ne distinguant pas, on applique les conséquences d'une donation entre vifs normale⁵²⁶. Ainsi, le grevé peut consentir des droits réels sur les biens et droits, objets de la donation graduelle, et même les aliéner⁵²⁷. De la même manière, les créanciers du grevé peuvent se prévaloir de leur droit de gage général sur le patrimoine de l'intéressé. En outre, le grevé n'est en aucun cas limité dans sa gestion des biens grevés. Toutefois, seuls les actes de gestion conserveront leurs effets lors de la transmission au second gratifié⁵²⁸ puisque l'obligation de transmettre implique chez le grevé de ne pas porter atteinte aux biens ou droits reçus. La charge va limiter les prérogatives de propriétaire du premier gratifié et les actes passés au mépris de cette charge pourront être résolus rétroactivement au décès du grevé. Ne seront alors maintenus que les actes conservatoires et d'administration. Le grevé conservera également les fruits récoltés durant sa vie et aucune réclamation ne pourra être faite par le second gratifié.

⁵²³ Toutefois, il existe une parade : apporter à une société les biens que le donateur entend transmettre. La libéralité résiduelle portera alors sur des parts de société. Ainsi le premier gratifié pourra arbitrer les actifs de la société et transmettre au second gratifié les biens acquis en remploi à condition de garder les parts en l'état. En ce sens : FAUCHER D., « De l'intérêt d'une libéralité résiduelle sur des parts de SCI », *La revue fiscale notariale*, 2008, n° 3, étude 5 ; WICKER G., « Le nouveau droit des libéralités : entre évolution, révolution et contre-révolution », *Droit et Patrimoine* 2007, n° 157,

⁵²⁴ MALAURIE P., BRENNER C., *Les successions, les libéralités*, 6^{ème} éd. LGDJ, 2014, p. 344, § 650.

⁵²⁵ TERRÉ F., LEQUETTE Y., GAUDEMET S., *op. cit.*, p. 545, § 615.

⁵²⁶ Cela a été antérieurement admis par la Cour de cassation quant aux legs de *residuo* : Cass 1^{re} Civ., 6 mai 1997 : *Bull. Civ.* 1997, I, n° 149 ; D.1997, p. 483, rapport THIERRY J. ; *RTD civ.* 1998, p. 171, obs. PATARIN J.

⁵²⁷ GRIMALDI M., « Les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles : *JCP N* 2006, 1387.

⁵²⁸ En ce sens : T. Civ. Seine, 26 mai 1922, *DP*. 1925, 2, p. 149, note PLASSARD.

En outre, le grevé doit donc apporter aux biens les soins d'un bon père de famille et s'abstenir, sous peine d'engager sa responsabilité, de toute attitude qui mettrait en péril l'existence même des biens⁵²⁹.

158. Droits du second gratifié durant la vie du grevé – Durant la vie du grevé, les droits du second gratifié sont purement éventuels. C'est pourquoi, il n'a pas qualité pour contester les actes passés par le grevé⁵³⁰. Toutefois, le second gratifié peut prendre des mesures conservatoires permettant de conforter sa vocation⁵³¹, en interrompant une prescription par exemple ou encore en s'opposant à une initiative de la part du grevé qui risquerait d'être contraire à ses intérêts⁵³².

159. Mesures permettant d'assurer l'efficacité de l'obligation de conserver - Alors que les anciennes substitutions prévoyaient de nombreuses mesures pour protéger le second bénéficiaire, l'article 1052 énonce simplement qu'il appartient au disposant de prendre toutes les mesures et sûretés pour garantir la bonne exécution de la charge de conserver et transmettre. Ainsi, la loi s'en remet entièrement au disposant, le risque étant que le disposant ne prévoie rien. Il appartient donc au notaire de conseiller son client en prévoyant, selon la situation, de nommer un tuteur ou encore de faire établir un inventaire voire de prescrire une clause d'inaliénabilité.

2 – La charge de la libéralité résiduelle

⁵²⁹ Par exemple, pour l'interdiction d'exploiter une carrière : Cass. Civ., 28 février 1923 : *D.* 1925, 1, p. 189, note PLASSARD; *S.* 1925, 1, p. 273, note VIALLETON.

⁵³⁰ Cass. Req. 13 novembre 1893 : *DP* 1894,1, p 268 ; *S.* 1897, 1, p. 516.

⁵³¹ GRIMALDI M., « Les libéralités graduées et les libéralités résiduelles : *JCP N* 2006, 1387.

⁵³² MATHIEU M., *Juris-classeur Notarial Formulaire, V° DONATIONS ENTRE VIFS – Donations graduées – Régime général*, 2011, § 67.

160. Une obligation de transmettre sans obligation de conserver - La libéralité résiduelle ne comprend qu'une obligation de transmettre mais pas de conserver. Ainsi, conformément à l'article 1057, le second gratifié sera appelé à recueillir ce qui subsistera du don ou legs fait à un premier gratifié à la mort de celui-ci. La transmission au second gratifié est, par conséquent, aléatoire et dépendra du bon vouloir du premier gratifié.

Le premier bénéficiaire d'une donation résiduelle peut ainsi exercer presque toutes les prérogatives d'un propriétaire : disposer librement à titre onéreux ou encore constituer tous droits réels.

161. Limite à l'absence d'obligation de conserver - La seule limite dans les droits du premier gratifié sur le bien, objet de la libéralité résiduelle est que le premier gratifié ne peut disposer à cause de mort conformément à l'article 1059 alinéa 1^{er}. La jurisprudence⁵³³ avait posé cette interdiction afin de respecter la volonté libérale du disposant au profit du second gratifié mais avait pourtant fini par admettre la solution contraire concernant le legs *de residuo* lorsque le testateur en avait disposé ainsi dans le testament⁵³⁴. Ainsi, deux opinions s'affrontent désormais. Pour certains, la possibilité de disposer à cause de mort est désormais écartée parce que la loi nouvelle ne l'a pas envisagée et que cela contredirait la définition même de donation résiduelle si le premier gratifié pouvait priver le second de tout droit sur le résidu⁵³⁵. Mais selon une autre opinion, le législateur n'a rejeté aucune des solutions jurisprudentielles antérieures donc on peut considérer que celle-ci est acceptable et que le disposant peut écarter ce principe⁵³⁶. L'article 1059 alinéa 2 précise en outre que le disposant peut interdire au premier gratifié

⁵³³ Cass. 1^{re} Civ., 1er octobre 1996 : Juris-data n° 1996-003594 ; *Bull. Civ.* 1996, I, 337 ; *D.* 1996, somm. 392, obs. GRIMALDI M. ; *RTD civ.* 1997, p. 200, obs. PATARIN J. ; *Defrénois* 1997, art. 36532, obs. SAVATIER R.

⁵³⁴ Cass. 1^{re} Civ., 27 juin 1961 : *Bull. civ.* 1961, I, n° 346 ; *D.* 1962, p. 285, note ANCEL ; *RTD civ.* 1962, p. 534, obs. SAVATIER R.

⁵³⁵ GRIMALDI M., « Les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles : *JCP N* 2006, 1387.

⁵³⁶ NICOD M., *Juris-classeur Civil Code, V° LIBERALITES – Libéralités graduelles – Notion, Domaine*, 2007, § 67.

de disposer des biens par donation entre vifs, ainsi, on doit considérer que le disposant peut autoriser le premier gratifié à disposer à cause de mort.

162. Droits du premier gratifié – Conformément à l'article 1060 du Code civil, le premier gratifié devient pleinement propriétaire des biens transmis et n'a aucune obligation de conservation. Il n'aura, par conséquent, pas à rendre des comptes sur la manière dont il a géré le bien même s'il l'a laissé se déprécier, conformément à l'article 1060, bien que certains auteurs considèrent qu'on pourrait y déroger⁵³⁷. Toutefois, admettre cette dérogation serait préjudiciable pour le second gratifié puisque le premier gratifié pourrait échapper à cette obligation en vendant le bien. En revanche, s'il a fait des améliorations, le premier gratifié pourra se voir indemnisé sur le fondement de l'enrichissement sans cause⁵³⁸.

163. Transmission au second gratifié – Afin d'être transmis au second gratifié, les biens doivent subsister en nature au décès du premier gratifié. Les droits du second bénéficiaire ne se reportent pas sur le produit des aliénations ni sur les biens nouvellement acquis. Toutefois, certains auteurs pensent que le *de cuius* pourrait écarter cette règle et permettre que le résidu porte sur le bien subrogé ou le produit de l'aliénation⁵³⁹. Les valeurs mobilières échappent à cette règle et suivent celle des donations graduelles⁵⁴⁰.

⁵³⁷ NICOD M., Juris-classeur Civil Code, V° LIBERALITES – Libéralités résiduelles – Notion, Formation, effets, 2009, § 63 et MATHIEU M., Juris-classeur Notarial Formulaire, V° DONATIONS ENTRE VIFS – Donations résiduelles, 2011, § 69.

⁵³⁸ BUFFETEAU, « Réflexions sur le legs *de residuo* », *Defrénois* 1993, art. 35626, n° 9 ; NICOD M., Juris-classeur Civil Code, V° LIBERALITES – Libéralités résiduelles – Notion, Formation, effets, 2009, § 77 ; MATHIEU M., Juris-classeur Notarial Formulaire, V° DONATIONS ENTRE VIFS – Donations résiduelles, 2011, § 68.

⁵³⁹ De cet avis : MALAURIE P., note sous Cass. 1^{re} Civ., 20 févr. 2008, *LPA* 2008, n° 140, p. 15 ; NICOD M., Juris-classeur Civil Code, V° LIBERALITES – Libéralités résiduelles – Notion, Formation, effets, 2009, § 40 ; MATHIEU M., Juris-classeur Notarial Formulaire, V° DONATIONS ENTRE VIFS – Donations résiduelles, 2011, § 62.

⁵⁴⁰ Cf. *supra* n° 166.

La transmission s'opère de plein droit en vertu de la charge résiduelle stipulée dans l'acte par le seul effet du décès. Aucune formalité n'est nécessaire.

Le second gratifié est censé tenir ses droits de l'auteur de la libéralité ce qui pose les mêmes conséquences civiles que dans la donation graduelle.

Il s'agit de s'interroger, dorénavant, sur les biens objets de la libéralité substitutive.

3 – les biens grevés

164. Caractère identifiable des biens ou droits - L'article 1049 dispose que la libéralité substitutive ne peut produire effet « *que sur des biens ou droits identifiables à la date de la transmission* » et qui subsistent en nature au décès du grevé. La date de la transmission visée serait la date de l'acte de donation ou du décès pour un legs. En effet, on veut les identifier au moment où ils deviennent la propriété du grevé, de sorte qu'ils puissent, durant la vie de celui-ci, être distingués des autres biens constituant le patrimoine du grevé.

Cela laisse planer le doute sur la validité des libéralités graduelles universelles ou à titre universel puisque la condition d'identification dans l'acte ne sera pas remplie⁵⁴¹.

165. Somme d'argent - La libéralité substitutive peut-elle avoir pour objet une somme d'argent? En effet, la fongibilité et la consomptibilité des sommes d'argent rendent difficiles l'identification des fonds et l'application de l'article 1049. On peut penser que lorsque les capitaux en numéraires présentent une individualité en raison de leur traduction financière, comme par exemple, une assurance-vie ou un investissement en produits de

⁵⁴¹ MALAURIE P., BRENNER C., *op. cit.*, p 344, § 650.

capitalisation, ils peuvent faire l'objet d'une libéralité substitutive. En effet, ils sont alors suffisamment identifiés en raison de leur placement sur un compte. Ainsi, une libéralité substitutive ne pourrait avoir pour objet une somme d'argent qu'à condition qu'elle soit juridiquement identifiable⁵⁴².

Pourtant, l'ancien mécanisme des substitutions permettait une substitution sur une somme d'argent à condition que le grevé employât les fonds conformément aux instructions du disposant et, à défaut en immeuble ou créances hypothécaires. La substitution portait alors sur les biens acquis en remploi. Pourrait-on imaginer procéder de la sorte en stipulant une clause de remploi dans l'acte ? On peut penser que cela n'est pas possible. En effet, tout d'abord, l'article 1049 du Code civil impose l'identification des biens à la date de la transmission, soit de l'acte, ce qui ne serait pas le cas si les fonds donnés devaient être remployés par après. Ensuite, les biens ou droits doivent subsister en nature au décès du grevé. La loi ne laisse ainsi aucune place à la subrogation réelle, ce qui paraît regrettable⁵⁴³.

166. Valeurs – Pourtant, il existe une exception à l'identification des biens au jour de la transmission. L'article 1049 alinéa 2 précise que lorsqu'elle porte sur des valeurs mobilières, la libéralité produit également son effet, en cas d'aliénation, sur les valeurs mobilières qui y ont été subrogées. Cette disposition, reprise de la jurisprudence⁵⁴⁴, part du principe que les arbitrages sont des actes d'administration et pas des actes de disposition, de sorte que les valeurs acquises sont comprises dans le résidu. En outre, cette jurisprudence s'insère dans la qualification d'universalité de fait des portefeuilles de valeurs mobilières⁵⁴⁵. La Cour de cassation est même allée plus loin dans une récente décision portant sur un legs *de residuo* dans lequel la totalité des valeurs mobilières avaient été vendues sans être remplacées,

⁵⁴² NICOD M., « Libéralités graduelles et résiduelles : quelques difficultés d'application » *JCP N* 2008, 1249 ; PIEDELIÈVRE S., *op. cit.*, p. 520, § 466.

⁵⁴³ *Contra* TERRÉ F., LEQUETTE Y., GAUDEMET S., *op. cit.*, p. 546, § 615 pour lesquels le disposant peut prévoir le jeu de la subrogation réelle par une clause expresse.

⁵⁴⁴ Cass. 1^{re} Civ., 2 juin 1993, *D.* 1993, p. 613.

puisque le testament instituant le legs *de residuo* au profit du petit-fils n'avait été découvert qu'après le décès de la veuve du testateur, première gratifiée⁵⁴⁶ : « en procédant à leur réalisation et en conservant les fonds sur un compte « succession », le premier bénéficiaire n'avait pas effectué un acte de disposition quant à ces valeurs, mais une simple opération de gestion ; que même si l'on retenait qu'il avait l'intention de constituer un capital pour ses fils, force est de constater que les fonds n'avaient subi aucun transfert de propriété et qu'il n'en avait pas disposé ». Ainsi, il résultait que le second bénéficiaire devait recevoir au titre du *residuum* le produit de ces aliénations. Toutefois, on peut penser que cette solution n'est pas transposable aux libéralités substitutives telles qu'issues de la loi du 23 juin 2006 puisque la subrogation n'est pas admise sauf pour les valeurs mobilières⁵⁴⁷.

Une autre difficulté se pose à la lecture de l'article 1049 alinéa 2 : seules sont visées les valeurs mobilières subrogées. Si on interprète strictement cette disposition, il faudrait exclure de l'objet de la donation graduelle les valeurs financées par d'autres sources que le prix d'aliénation des valeurs subrogées comme par exemple au moyen des revenus générés par le portefeuille⁵⁴⁸.

Quel est le mécanisme juridique permettant les libéralités substitutives ?

§ II – Mécanisme juridique des libéralités substitutives : une libéralité avec charge

⁵⁴⁵ Cass. 1^{re} Civ., 12 novembre 1998 : *Bull. civ.* 1998, I, n° 315 ; *JCP G* 1999, 351, note HOVASSE H. ; *JCP G* 1999, II, 10027, note PIEDELIÈVRE S. ; *RTD Civ.* 1999, 422, obs. ZENATI F. ; *RTD Civ.* 1999, 674, obs. PATARIN J.

⁵⁴⁶ Cass. 1^{re} Civ., 7 juin 2006, *JCP N* 2006, 1359 note BUFFETEAU.

⁵⁴⁷ En ce sens également : OMARJEE I. et LAPIERRE J., « La libéralisation des libéralités avec charge de transmettre : les libéralités graduelles et résiduelles », *Petites affiches* 2007, n° 26, p. 6

⁵⁴⁸ De cet avis : CRÉMONT et LENOUEVEL, « Les libéralités graduelles et résiduelles au service des personnes vulnérables », *Dr. et Patr.* 2008, n° 169, p. 72.

Contra : MATHIEU M., *Juris-Classeur Notarial Formulaire, V° DONATIONS ENTRE VIFS – Donations graduelles – Régime général, 2011*, § 54 pour laquelle cette interprétation n'est pas compatible avec les impératifs de la gestion du type de bien en cause et le souci de réalisme manifesté sur ce point par les auteurs de la loi du 23 juin 2006.

La doctrine s'est interrogée sur le mécanisme juridique régissant les substitutions anciennes et nouvelles.

167. Une double libéralité démembrée ? - Au premier abord, la substitution permise semblait ressembler à une double libéralité, en usufruit au profit du grevé et en nue-propiété au bénéfice des appelés. Mais cette apparence était infirmée par l'obligation existant antérieurement, que tous les descendants du grevé soient appelés au jeu de la substitution même ceux non encore conçus⁵⁴⁹.

168. Une libéralité sous condition ? - Une autre analyse doctrinale ancienne consistait à regarder la substitution comme une disposition conditionnelle, la condition étant la survie des appelés. Le grevé serait propriétaire sous condition résolutoire et les appelés, propriétaires sous condition suspensive. Si les derniers survivaient au premier, les droits de celui-ci s'évanouissaient dans le passé par effet rétroactif de la condition ; le grevé n'avait jamais rien recueilli, ni rien reçu du disposant dont les biens étaient passés, directement et dès le jour de la disposition, sur la tête des appelés. Dans le cas contraire, si les appelés mouraient les premiers, la condition ne se réalisant pas en leur faveur, c'est le grevé qui avait toujours été le seul bénéficiaire de la libéralité⁵⁵⁰. Toutefois, on peut faire observer que cette théorie aboutissait au résultat selon lequel il n'y avait qu'une propriété, celle du grevé ou celle des appelés et par suite une seule libéralité, alors que la substitution supposait forcément deux libéralités séparées par un *tractus*

⁵⁴⁹ MARTIN D. ET CATALA P., *Juris-Classeur Civil, V° SUBSTITUTIONS – Substitutions permises – Conditions*, 2004, § 12.

⁵⁵⁰ Explication fournie par les anciens auteurs : THÉVENOT, *Substitutions*, ch. XXIII, n° 583 ; POTHIER, *Substitutions*, sect. 5, art. 2 ; AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, 6^e éd., t. XI, § 696, n° 64 : in MARTIN D. ET CATALA P., *Juris-Classeur Civil, V° SUBSTITUTIONS – Substitutions permises – Conditions*, 2004, § 13.

*tempori*⁵⁵¹. En outre, les appelés pouvaient ne naître que longtemps après la mort du disposant et si l'on supposait le droit du grevé effacé rétroactivement, il n'y aurait pas eu de propriété du tout pendant tout le temps qui séparait le décès du disposant de la naissance des appelés⁵⁵². On peut aussi arguer que la disparition rétroactive de tout droit du grevé était difficilement conciliable avec l'exercice des pouvoirs qui lui appartenaient. Enfin la substitution, n'avait pas pour effet de conférer au grevé un droit incertain, mais seulement d'immobiliser les biens entre ses mains pour en assurer la transmission à ses enfants ; en effet le disposant avait la volonté de gratifier successivement une personne et ses descendants et non alternativement selon les circonstances⁵⁵³. Pourtant la jurisprudence dominante plaidait pour cette solution⁵⁵⁴.

169. Une libéralité avec charge de conserver et transmettre - La doctrine moderne analyse désormais la substitution comme une libéralité directe au grevé, assortie d'une double charge de conserver et de transmettre qui fait naître un droit éventuel pour les appelés. Toutefois, cette charge est affectée de la condition de survie des appelés. Dans cette perspective, le grevé est bien, dès l'origine, plein propriétaire, mais la charge rend les biens inaliénables entre ses mains. Si la condition de survie des appelés se réalise, les aliénations éventuellement consenties sont donc annulables, non pas au

⁵⁵¹ RIPERT et BOULANGER, *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, 3319 et suiv. in MARTIN D. ET CATALA P., *Juris-Classeur Civil*, V° SUBSTITUTIONS – Substitutions permises – Conditions, 2004, § 14.

⁵⁵² BAUDRY-LACANTINERIE et COLIN A., *Traité pratique et théorique du Droit civil*, t. II, 3073 in MARTIN D. ET CATALA P., *Juris-Classeur Civil*, V° SUBSTITUTIONS – Substitutions permises – Conditions, 2004, § 14.

⁵⁵³ MARTIN D. et CATALA P., *Juris-Classeur Civil*, V° SUBSTITUTIONS – Substitutions permises – Conditions, 2004, § 14.

⁵⁵⁴ Cass. Req., 5 mai 1830 : S.1830, 1, 513 ; Cass. Civ. 18 juin 1873 : DP 1873, 1, 283 ; Cass. Req. 2 juin 1875 : DP 1875, 1, 494 ; 18 mars 1884 : S. 1884, 1, 345 ; 7 avril 1886 : S. 1886, 1, 485 ; Cass. Civ. 10 novembre 1896 : S. 1896, 1, 321 ; Cass. Req. 19 avril 1913 : S.1914, 1, 94.

titre de la vente de la chose d'autrui, mais pour violation de la charge stipulée⁵⁵⁵.

Ainsi, le droit de propriété du grevé n'est pas conditionnel mais en revanche, son droit d'aliéner les biens, objets de la libéralité, l'est. Les droits du grevé sont affectés d'une inaliénabilité conditionnelle car tributaire de l'ordre des décès du second gratifié et du grevé. Ainsi en cas de prédécès du second gratifié, les actes de disposition consentis sont consolidés. En revanche, en cas de décès du grevé en premier, le second gratifié devient propriétaire des biens sans rétroactivité mais les actes de disposition faits par le grevé sont anéantis. Cela est conforme à la loi du 23 juin 2006 puisque l'article 1050 dispose que les « *droits du second gratifié s'ouvrent à la mort du grevé* ». Toutefois, il n'y a aucun lien juridique entre le grevé et le second gratifié⁵⁵⁶.

Cette analyse est la plus convaincante. En effet, l'article 896 du Code civil nous dit clairement que la libéralité graduelle est une disposition par laquelle une personne est chargée de conserver et de rendre à un tiers. L'article 1048 dispose qu'« *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.* » Ainsi, nous sommes en présence d'une libéralité avec charge consacrant la théorie moderne.

⁵⁵⁵ PLANIOL M., RIPERT G., *Traité pratique de droit civil*, t. V, 2^e éd. par TRASBOT, n° 794 ; VIALLETON, S.1925, 1, 273 ; PLASSARD, DP 1925, 1, 189 ; BOUZAT, *de la nature juridique des droits du grevé et de l'appelé dans les substitutions permises*, Thèse droit, Rennes, 1931, p. 50, 79 ; SAVATIER R., *Cours de droit civil*, t. III, 929 ; JOSSERAND L., *Cours de droit civil positif français*, t. III, 1894. cités par MARTIN D. ET CATALA P., *Juris-Classeur Civil*, V° SUBSTITUTIONS – Substitutions permises – Conditions, 2004, § 15 ; GRIMALDI M., « Les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles », JCP N 2006, 1387, MALAURIE P., BRENNER C., *op. cit.*, p. 342, § 647.

⁵⁵⁶ *La transmission*, rapport du 108^{ème} Congrès des Notaires de France, Montpellier 2012, éd. Association congrès des Notaires de France, 2012, p. 652 § 3335. Du même avis : MATHIEU M., *Juris-classeur Notarial Formulaire*, V° DONATIONS ENTRE VIFS – Donations graduelles – Régime général, 2011, § 61 ; NICOD M., *Juris-classeur Civil Code*, V° LIBERALITES – Libéralités graduelles – Notion, Domaine, 2007, § 15.

Toutefois, elle laisse subsister une incohérence : le non-respect de la charge n'entraîne qu'une invalidation des dispositions accomplies et non une révocation judiciaire de la libéralité elle-même⁵⁵⁷.

Il s'agit désormais d'étudier les effets des donations graduelles et résiduelles et leur incidence sur la réserve héréditaire.

§ III – Les effets des libéralités substitutives et leur incidence sur la réserve

170. Plan - Le Code civil protège la réserve du grevé et de ses descendants (A) au moyen de l'article 1054. Toutefois, cette protection risque d'être difficile à mettre en œuvre puisque le secteur d'imputation de la libéralité graduelle (B) ou résiduelle (C) ne sera connu qu'à la liquidation de la succession du disposant (D).

A – la protection de la réserve du grevé en présence d'une libéralité substitutive

171. La protection de la réserve du grevé par l'article 1054 - L'article 1054 précise que la charge de conserver et de transmettre ne peut être imposée que sur le disponible. Ainsi, la réserve paraît protégée. Toutefois, le grevé peut consentir à ce que la charge greève tout ou partie de sa réserve. Cette acceptation doit intervenir, soit dans l'acte de donation, soit postérieurement dans les conditions de la renonciation anticipée à l'action en réduction⁵⁵⁸. Le formalisme de l'acceptation de la charge sur la réserve est différent selon le

⁵⁵⁷ En ce sens : Cass 1^{re} Civ. , 6 mai 1997 : *Bull. Civ.* 1997, I, n° 149 ; *D.*1997, p. 483, note THIERRY J. ; *RTD civ.* 1998, p. 171, obs. PATARIN J. ; GRIMALDI M., « Les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles », *JCP N* 2006, 1387

⁵⁵⁸ Cf. *supra* n° 207 et suiv.

moment de cette acceptation, ce dont on peut s'étonner. Les travaux préparatoires ont argué que la donation concrétise un accord global entre le donateur et le grevé dans lequel l'intérêt du premier et du second gratifié a été pris en compte. Il accepte donc la donation en toute connaissance de cause. Pourtant, le grevé peut être victime de pressions lors de la donation. En outre, il ignore quelle sera la composition du patrimoine de son parent à son décès. S'il n'y a pas de biens existants au décès et que la chose donnée s'avère constituer la totalité de la masse de calcul de la réserve, le grevé peut être totalement privé de sa réserve. Ainsi, la réserve du grevé pourrait être éludée très facilement. Il faudrait envisager que l'acceptation n'intervienne que dans les conditions de la renonciation anticipée à l'action en réduction lors de la donation ou alors que cette acceptation puisse être donnée au décès du disposant afin que le grevé renonce à sa réserve en toute connaissance de cause et qu'il ne puisse plus faire l'objet de pressions.

En revanche, lorsque l'acceptation intervient postérieurement à la donation, elle doit intervenir dans les conditions prévues à l'article 930 afin de s'assurer que la volonté du grevé est sérieuse et éclairée.

Lorsque la charge a été stipulée dans un legs, l'acceptation est présumée mais le grevé a un an à compter de sa connaissance du testament pour demander que sa part de réserve soit en tout ou partie libérée de sa charge. Cette disposition va à l'encontre de la réserve. En effet, on ne peut présumer que le grevé accepte que sa réserve soit grevée d'une charge ; il faudrait au contraire, présumer que sa réserve soit libérée de la charge et qu'il puisse l'accepter s'il le souhaite.

172. La protection de la réserve des enfants du grevé - L'alinéa 4 de l'article 1054 indique en outre que « la charge portant sur la part de réserve du grevé, avec son consentement, bénéficie de plein droit, dans cette mesure, à tous les enfants nés ou à naître ». Cette disposition a été empruntée à « l'Offre de loi⁵⁵⁹ ». Selon l'interprétation retenue par le rapporteur de la commission des lois de l'Assemblée nationale, il en résulte que l'accord du

⁵⁵⁹ CARBONNIER J., CATALA P., DE SAINT AFFRIQUE J., MORIN G., *Des libéralités, une offre de loi*, éd. Defrénois, 2003, p. 84.

grevé à voir sa réserve grevée d'une charge « ne peut être valablement donné que si l'acte prévoit de gratifier en second l'ensemble de ses propres enfants qu'ils soient nés ou non lors de la signature de l'acte⁵⁶⁰ ». Toutefois, le texte de l'article 1054 n'est pas clair. Si l'on s'en tient à la lettre du texte, on peut penser que la présence des mots « dans cette mesure » signifie que le bénéfice de la charge de conserver et de transmettre est transféré aux enfants du grevé à concurrence seulement de la part de réserve du grevé à laquelle ladite charge s'est trouvée étendue par l'effet de l'acceptation de l'intéressé. Ainsi, le second gratifié initialement désigné conserverait vocation au disponible compris dans la donation⁵⁶¹. Pourtant, les travaux préparatoires laissent à penser que l'acceptation donnée en application du deuxième alinéa de l'article 1054 a pour effet de conférer à l'ensemble des biens ou droits donnés, c'est-à-dire sans distinguer entre part de réserve du grevé et fraction du disponible, la qualité de second gratifié aux enfants du grevé nés et à naître, excluant ainsi toute autre personne, même originellement désignée en cette qualité.

Il faut appliquer cette solution non seulement lorsque l'acceptation concerne la totalité de sa part de réserve comprise dans la donation mais aussi lorsqu'elle concernerait une fraction de cette part⁵⁶². En effet, cette solution est la plus respectueuse de la réserve des enfants du grevé puisque cette disposition a pour but de protéger les intérêts des enfants qui auraient dû recueillir la réserve du grevé et de déjouer une collusion entre le disposant et le grevé destinée à les priver de la réserve ; les descendants du grevé sont destinés à recevoir en nature les biens ou droits représentatifs de la part de réserve du grevé lorsque ce dernier a accepté que ladite part soit grevée de la charge graduelle⁵⁶³.

⁵⁶⁰ HUYGUE S., *rapport AN n° 3122*, p. 56.

⁵⁶¹ PETERKA N., « Les libéralités graduelles et résiduelles, entre rupture et continuité », *D.* 2006, p. 2580.

⁵⁶² En ce sens, notamment MATHIEU M., *Juris-classeur Notarial Formulaire, V° Donation graduelle au profit d'un héritier réservataire – Rapport des donations graduelles*, 2011, n° 26.

⁵⁶³ Exemple : Z souhaite consentir une donation graduelle à son fils A à charge de la transmettre à son frère B à son décès. A a une fille C. La succession de Z ne comprenant pas d'autres biens, Z demande à A de consentir à ce que la charge greve sa part de réserve. Toutefois, cette acceptation ne sera pas valable puisque le second gratifié n'est pas C.

On peut également se demander si cette règle ne devrait pas s'appliquer au légataire qui a laissé s'écouler le délai d'un an sans demander le cantonnement de sa charge puisqu'il n'a pas consenti expressément à ce que la charge porte sur sa part de réserve⁵⁶⁴.

La liquidation de la succession en présence d'une libéralité graduelle s'annonce délicate.

B - Liquidation de la succession du disposant en présence d'une libéralité graduelle

173. Donation consentie à un présomptif héritier réservataire en avancement de part successorale - La libéralité opère par la volonté du disposant, deux transmissions successives et le second gratifié est censé tenir ses droits de l'auteur de la libéralité. Toutefois, les donations graduelles demeurent assujetties aux règles gouvernant les donations entre vifs en général.

Lorsque la donation graduelle est faite en avancement de part successorale, elle est imputable prioritairement sur la part de réserve du grevé. Ainsi, la charge graduelle est dépourvue d'effet à concurrence de la réserve du grevé sauf s'il accepte la charge dans les conditions de l'article 1054.

174. Donation graduelle consentie à un présomptif héritier réservataire hors part successorale - Lorsque la donation graduelle est consentie hors part successorale, la charge de conserver et transmettre est censée pouvoir s'exercer pleinement. Toutefois cette affirmation n'est pas si simple à

⁵⁶⁴ GRIMALDI M., « Les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles : JCP N 2006,

exécuter. Tout d'abord, les conséquences de l'imputation ne seront connues qu'au moment de la liquidation. En effet, si des legs ou donations postérieurs ont été faits par le disposant, la quotité disponible pourrait être épuisée et la donation serait réductible. L'article 924 prévoit, dans ce cas, que le paiement de l'indemnité se fait en moins prenant et en priorité par voie d'imputation sur ses droits à réserve. Ainsi, le grevé se verrait privé d'une partie de sa réserve par la réduction et en outre, conserverait une libéralité grevée d'une charge de conserver et transmettre. Il a été proposé, pour pallier cette situation, de considérer que, bien qu'ayant été consentie hors part, la libéralité graduelle soit réputée avoir fourni sa part de réserve afin que le grevé puisse se prévaloir de l'article 912 et demander le dégrèvement de la libéralité graduelle de la charge de conserver et transmettre⁵⁶⁵. Cette solution, même si elle n'a pas été prévue par le législateur, doit être retenue puisque le grevé doit recevoir sa réserve libre de toute charge.

175. Cantonnement de la charge graduelle – Une fois le donateur décédé, le donataire grevé, gratifié par une libéralité graduelle en avancement de part successorale peut, après avoir procédé à l'imputation de cette donation, en application de l'article 919-1, avoir constaté que la donation lui fournissait à la fois sa part de réserve et une fraction du disponible. Dans ce cas, il lui faudra procéder à un cantonnement c'est-à-dire déterminer le ou les biens ou droits objets de la donation qui seront réputés constituer l'assiette de sa part de réserve et celui ou ceux réputés constituer l'assiette de la fraction du disponible inclus dans la donation. Une fois cette constatation opérée et si la charge grève la réserve, alors le grevé devra se prévaloir de l'action en réduction afin d'obtenir sa réserve libre de charge. Si les héritiers du grevé viennent à la succession du disposant par représentation, ils devront prendre l'initiative du cantonnement. La charge n'est en aucun cas libérée automatiquement. Toutefois, le cantonnement n'est possible que lorsque la libéralité graduelle est constituée de plusieurs biens divisibles. Lorsque le

1387 ; NAUDIN E., « Les libéralités graduelles et résiduelles », *Petites affiches* 2007, n° 129, p. 21.

⁵⁶⁵ MATHIEU M., *Juris-classeur Notarial Formulaire, V° DONATIONS ENTRE VIFS – Donation graduelle au profit d'un héritier réservataire – Rapport des donations graduelles*, 2011, § 35.

bien transmis n'est pas divisible, le cantonnement ne pourra se faire en nature. Plusieurs solutions ont été proposées : tout d'abord, considérer que la charge graduelle se trouve entièrement caduque dès le décès du disposant⁵⁶⁶ ou encore fractionner la propriété du bien en quotes-parts⁵⁶⁷ et enfin que le principe de la réserve en valeur laisse à penser qu'on puisse individualiser les droits par une répartition du prix du bien⁵⁶⁸. La Cour de cassation a eu à connaître de cette difficulté et avait admis qu'en présence de biens indivisibles, la protection de la réserve héréditaire implique que la charge disparaisse pour le tout⁵⁶⁹. Ainsi, on peut penser que malgré la loi de 2006, le principe demeure celui de la disparition complète de la charge⁵⁷⁰ en raison de la protection de la réserve héréditaire.

176. Prédécès du grevé - En revanche, lorsque le grevé décède avant le donateur, la donation graduelle va se transmettre au second gratifié alors même que ces opérations n'ont pas eu lieu et que la vérification du secteur d'imputation de la donation graduelle n'a pu être faite. Si le grevé laisse des héritiers ayant vocation à le représenter, ceux-ci pourraient se prévaloir de la réserve de leur auteur. Toutefois l'article 1048 du Code civil ne distingue pas et dispose que, dès le décès du grevé, l'ensemble des biens et droits, objets de la donation graduelle sont transmis au second gratifié⁵⁷¹. Dans ce cas, il est nécessaire de considérer que la charge continue de grever le bien jusqu'au moment du décès du disposant afin de vérifier que les représentants du grevé sont bien remplis de la réserve du grevé dans la succession du

⁵⁶⁶ GRIMALDI M., *Droit civil – Successions*, 6^{ème} éd. Litec, 2001, n° 388.

⁵⁶⁷ PATARIN J., obs. sous Cass. 1^{re} Civ. 6 mai 1997, *RTD civ.* 1998, p. 171. Arrêt cité note 569.

⁵⁶⁸ MATHIEU M., *Juris-classeur Notarial Formulaire, V° DONATIONS ENTRE VIFS – Donation graduelle au profit d'un héritier réservataire – Rapport des donations graduelles*, 2011, § 16.

⁵⁶⁹ Cass. 1^{re} Civ. 6 mai 1997 : *Bull. Civ.* 1997, I, n° 149 ; *RTD civ.* 1998, p. 171, obs. PATARIN J. ; *D.* 1997, jurispr., p. 483, note THIERRY J.

⁵⁷⁰ LEPROVAUX J., DELEROT M. ET MERCIER V., « L'impact de la réserve héréditaire sur la réalisation des libéralités graduelles et résiduelles », *DP* 2008, n° 175, p. 28.

⁵⁷¹ En ce sens, Cf. : MATHIEU M., *Juris-classeur Notarial Formulaire, V° DONATIONS ENTRE VIFS – Donation graduelle au profit d'un héritier réservataire – Rapport des donations graduelles*, 2011, § 6.

disposant⁵⁷². Ainsi les héritiers réservataires du grevé pourront déterminer l'assiette de la part de réserve dans la succession du donateur par le biais d'un cantonnement afin de libérer la charge graduelle et le second gratifié recouvrera alors ses prérogatives sur les biens formant l'assiette du disponible.

Qu'en est-il de la liquidation de la succession du disposant ayant consenti une libéralité résiduelle ?

C– Liquidation de la succession du disposant en présence d'une libéralité résiduelle

177. Donation résiduelle consentie à un présomptif héritier réservataire - Selon l'article 1059 alinéa 3, lorsque le premier gratifié est héritier réservataire alors il conserve la possibilité de disposer entre vifs ou à cause de mort des biens donnés en avancement de part successorale. En l'absence de précision dans l'article 1061 du Code civil, l'article 1054 n'est pas applicable aux libéralités résiduelles. Ainsi, la charge de transmettre ne peut être stipulée sur la réserve du premier gratifié. Toutefois, on peut se demander quel va être le sort de cette libéralité résiduelle lorsque le premier gratifié n'a pas usé de sa faculté de disposer à titre gratuit. Doit-on exclure totalement l'obligation de transmettre au second gratifié et considérer que le bien rentre dans la succession du premier gratifié ou doit-on considérer que le second gratifié conserve quand même sa vocation à recueillir les biens ou droits dont il s'agit ? La doctrine majoritaire considère que, comme les héritiers du premier gratifié n'ont pas qualité à demander le cantonnement de la réserve de leur auteur, l'obligation de transmettre le résidu est conservée. La raison invoquée est que cette règle vise à protéger la part de réserve du premier gratifié dans la succession du disposant ce qui est le cas

⁵⁷² MATHIEU M., *Juris-classeur Notarial Formulaire, V° DONATIONS ENTRE VIFS – Donation graduelle au profit d'un héritier réservataire – Rapport des donations graduellenes*, 2011, § 6.

dès lors que le premier gratifié peut disposer à cause de mort, librement du bien⁵⁷³.

Lorsque la donation résiduelle s'impute subsidiairement sur la quotité disponible alors l'article 1059 alinéa 3 peut poser difficulté. Doit-on interpréter littéralement cet article ? Il paraît plus judicieux de considérer que seule la part de réserve a vocation à être libérée de la charge. On ne voit pas pour quelle raison l'obligation de transmettre devrait être écartée pour la quotité disponible⁵⁷⁴. Il serait en outre injuste que la charge tombe seulement parce que la donation est qualifiée d'avancement de part successorale alors qu'elle s'impute sur la quotité disponible. Enfin, la jurisprudence avait jugé dans le sens de cette solution pour le legs *de residuo*⁵⁷⁵.

178. Libération de la réserve par un cantonnement - Au décès du donateur, le premier gratifié, héritier réservataire, peut libérer sa part de réserve de l'obligation de transmettre en procédant à un cantonnement destiné à déterminer l'assiette de la part de réserve⁵⁷⁶. Toutefois, en présence d'une donation résiduelle, le montant théorique de la part de réserve sera calculé conformément à l'article 922 soit en tenant compte des biens et droits aliénés par le premier gratifié avant le décès du donateur. Ainsi, le cantonnement ne pourra porter que sur des biens ou droits figurant encore dans le patrimoine du premier gratifié à la date du décès du donateur. Ces

⁵⁷³ Cass. 1^{re} civ, 31 janvier 1995 : *JCP N* 1996, prat. 3968, n° 8, obs. LE GUIDEC R. ; *JCP G* 1995, II, 22529, note VIGNAL ; *Defrénois* 1995, art. 36159 note DELMAS-SAINT-HILAIRE P.

⁵⁷⁴ MATHIEU M., *Juris-classeur Notarial Formulaire, V° DONATIONS ENTRE VIFS – Donations résiduelles, 2011, § 78* ; GRIMALDI M., « Les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles : *JCP N* 2006, 1387 ; LEPROVAUX J., DELEROT M. ET MERCIER V., « L'impact de la réserve héréditaire sur la réalisation des libéralités graduelles et résiduelles », *DP* 2008, n° 175, p. 28.

⁵⁷⁵ Cass. 1^{re} Civ., 31 janvier 1995 : *JCP N* 1996, prat. 3968, n° 8, obs. LE GUIDEC R. ; *JCP G* 1995, II, 22529, note VIGNAL ; *Defrénois* 1995, art. 36159 note DELMAS-SAINT-HILAIRE P.

⁵⁷⁶ GRIMALDI M., « Les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles : *JCP N* 2006, 1387 ; LEPROVAUX J., DELEROT M. ET MERCIER V., « L'impact de la réserve héréditaire sur la réalisation des libéralités graduelles et résiduelles », *DP* 2008, n° 175, p. 28.

biens ou droits pourraient-ils être affectés en priorité à la réserve du premier gratifié ? Une réponse positive s'impose⁵⁷⁷.

Si la donation porte sur un bien unique et indivisible qui s'impute à la fois sur la réserve et sur la quotité disponible, il convient de se reporter à la discussion portant sur la libéralité graduelle⁵⁷⁸.

179. Donation hors-part successorale - Lorsque la donation consentie hors part successorale est frappée de réduction, se pose le même problème que dans la donation graduelle. Si on reprend la solution évoquée, on considérerait que cette donation hors part a fourni sa part de réserve au grevé ce qui l'autoriserait à demander à disposer entre vifs ou à cause de mort du bien, objet de la libéralité résiduelle, conformément à l'article 1059 du Code civil⁵⁷⁹. Toutefois, une difficulté se pose, en l'espèce : l'article 1059 ne vise que les donations en avancement de part successorale ce qui laisse à penser qu'il s'agit d'une omission du législateur.

Quelles seront les conséquences du décès du grevé sur la libéralité substitutive ?

D- L'ouverture des droits du second gratifié et la liquidation de la succession du grevé

Le moment de l'ouverture des droits du second gratifié pose la question de la liquidation de la succession du grevé.

⁵⁷⁷ MATHIEU M., *Juris-classeur Notarial Formulaire, V° DONATIONS ENTRE VIFS – Donations résiduelles*, 2011, § 81.

⁵⁷⁸ Cf. *infra* n° 175.

180. Date de l'ouverture - Les droits du second gratifié s'ouvrent à la mort du grevé, conformément à l'article 1050 du Code civil. Le second gratifié, doit, pour bénéficier de la transmission, être en vie et en mesure de se prévaloir de sa vocation. La vocation du second gratifié peut s'éteindre si le donateur révoque la donation alors que le second gratifié ne l'a pas acceptée ou encore s'il subit une révocation judiciaire, s'il renonce à la donation et enfin s'il devient incapable de recevoir. En cas de pluralité de seconds gratifiés, si l'un d'eux meurt avant le grevé, ceux qui restent recueilleront l'ensemble des biens⁵⁸⁰.

La transmission s'opère de plein droit lors du décès du grevé. Aucune formalité n'est nécessaire.

Selon l'article 1051, le second gratifié est censé tenir ses droits de l'auteur de la libéralité. Cela confirme que la libéralité graduelle est une double libéralité émanant du disposant : l'une qui bénéficie au grevé et s'exécute dans un premier temps, l'autre qui bénéficie au second gratifié et prend effet dans un second temps, sans toutefois effacer la période durant laquelle le grevé était propriétaire des biens même si les droits réels disparaissent à partir du moment où le second gratifié devient propriétaire en titre.

181. Conséquences lors de la liquidation de la succession du grevé - Les conséquences civiles de la libéralité graduelle sont particulières puisque le second gratifié est réputé tenir ses droits du disposant. Le second gratifié est un ayant-cause du disposant et non un successeur du grevé. Par conséquent, il ne subit ni rapport ni réduction dans la succession du grevé. La charge crée une succession anormale qui fait échapper le bien de la succession du grevé. Cela signifie que, même si la succession du grevé ne comprend aucun autre bien, le bien grevé n'entrera pas dans la masse de calcul de la réserve et de la quotité disponible et échappera totalement aux héritiers réservataires du

⁵⁷⁹ MATHIEU M., *Juris-classeur Notarial Formulaire, V° DONATIONS ENTRE VIFS – Donations résiduelles*, 2011, § 88.

⁵⁸⁰ MATHIEU M., *Juris-classeur Notarial Formulaire, V° DONATIONS ENTRE VIFS – Donations graduelles – Régime général*, 2011, § 108.

grevé. Ainsi, le disposant et le grevé peuvent, à condition que le bien, objet de la libéralité graduelle, ne constitue pas la réserve du grevé et ne soit pas soumis à l'exception de l'article 1054, faire totalement échapper ce bien de la réserve des descendants ou de son conjoint⁵⁸¹. Toutefois, cela participe de l'esprit des libéralités substitutives qui n'ont pour but que de donner une subsistance temporaire à une personne tout en destinant définitivement ce bien à une autre. Il en est de même lors d'une donation d'usufruit et de nue-propiété à deux personnes différentes. La première a vocation à jouir du bien uniquement.

182. Sort du passif – On peut se demander quel sera le sort du passif lié au bien. Ainsi, si le grevé procède à des travaux coûteux pour sauvegarder le bien, qui sera tenu de ce passif ? Est-ce que ses héritiers, qui verront le bien leur échapper en seront tenus ou suivra-t-il le sort du bien ? Le législateur est muet à ce sujet. Toutefois, on peut penser que le passif suit l'actif et que l'appelé sera tenu du passif relatif au bien.

183. Problèmes des améliorations ou dégradations apportées sur le bien par le grevé - Comment indemniser la succession du grevé de la modification de l'état des biens revenant au second gratifié alors que celui-ci est censé tenir ses droits du disposant et qu'il est étranger à la succession du grevé ? En effet, il devrait recueillir les biens dans le même état que lorsque le disposant les a transmis au grevé⁵⁸². Mais si des améliorations ont été apportées, le second gratifié devrait en indemniser la succession du grevé et inversement, le second gratifié pourrait prétendre à indemnité en cas de dégradation imputable au grevé car le grevé aurait alors agi en contravention de son obligation de conserver. La loi est muette sur ce point.

⁵⁸¹ VAREILLE B. ET COMBRET J., « Sécuriser la transmission du patrimoine », *Dr. et patrimoine* avr. 2007, n° 158, p. 84 ; GRIMALDI M., « Les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles : JCP N 2006, 1387.

⁵⁸² MATHIEU M., *Juris-classeur Notarial Formulaire, V° DONATIONS ENTRE VIFS – Donations graduelles – Régime général*, 2011, § 119.

On peut rapprocher cette situation de la détermination du montant de l'indemnité de rapport ou de réduction. En effet, ces indemnités se calculent en fonction de l'état du bien au jour de la donation et de la valeur au jour de la succession et du partage. Ainsi, lors de la liquidation de la libéralité substitutive, il faudrait comparer l'état du bien à chaque transmission⁵⁸³.

Une indemnisation sur le fondement de l'enrichissement sans cause est également envisageable.

184. Conclusion– Bien que reposant sur une charge pouvant grever la réserve, le législateur a entouré les libéralités substitutives de dispositions protectrices de la réserve en refusant que le grevé puisse voir sa réserve grevée de cette charge sans son accord. Toutefois, cette affirmation est à nuancer puisque l'article 1054 permet que la charge greve sa réserve par un simple consentement du grevé dans l'acte de donation et en présumant l'acceptation de la charge à l'issue d'une année dans le cas des legs. Il aurait été utile de prévoir un formalisme analogue à la renonciation anticipée à l'action en réduction puisque la charge peut avoir les mêmes conséquences qu'une renonciation anticipée à l'action en réduction. En outre, il s'avère difficile de savoir, avant le décès du disposant, si la libéralité substitutive grèvera la quotité disponible ou la réserve. Par conséquent, le risque est que le grevé fasse comme si le bien n'était pas grevé de la charge, pensant qu'il greve sa réserve, et qu'au décès du disposant, les actes consentis aux tiers soient anéantis ; ou à l'inverse, qu'il s'empêche de disposer du bien alors qu'il fait partie de sa réserve.

Afin de permettre l'anticipation de la succession, les derniers pactes successoraux créés par la loi du 23 juin 2006 sont les pactes de renonciation. Ceux-ci permettent de renoncer par anticipation à sa réserve ou à son action en réduction.

⁵⁸³ MATHIEU M., *Juris-classeur Notarial Formulaire, V° DONATIONS ENTRE VIFS* –

Section III – Les pactes de renonciation

185. Plan - Nous avons déjà relaté l'importance des successions contractuelles et des renonciations anticipées à la succession de son auteur dans l'ancien droit. Ces renonciations avaient pour but de transmettre le patrimoine au fils aîné afin de conserver la fortune dans la main d'un seul. La Révolution, puis le Code civil ont choisi de prohiber strictement ces pactes de renonciation pour conserver l'égalité entre les enfants et disperser les biens. Ainsi, l'héritier réservataire pouvait toujours renoncer à sa part de réserve héréditaire, une fois son droit acquis et la succession ouverte, en s'abstenant d'agir en réduction des libéralités excessives. Toutefois, il n'était pas possible d'y renoncer par anticipation, dès avant le décès du *de cuius*, puisqu'il s'agissait d'un pacte sur succession future prohibé⁵⁸⁴.

Le législateur de 2006 a considéré que cette exception ne se justifiait plus aujourd'hui. En effet, les renonciations anticipées peuvent rendre plus de services qu'elles n'ont d'inconvénients. Elles donneraient la liberté au *de cuius* d'organiser la transmission de son patrimoine par anticipation lorsque cette volonté s'accorde avec celle de l'ensemble des héritiers réservataires⁵⁸⁵ et de sécuriser les libéralités en garantissant au disposant que la libéralité ne sera pas remise en cause par une action en réduction. Cette liberté est accordée au *de cuius* sous couvert de solidarité familiale puisque elle lui donne la possibilité d'aider un héritier en situation de faiblesse comme un enfant handicapé par exemple. Les considérations économiques entrent également en ligne de compte puisque ces pactes peuvent faciliter la transmission d'une entreprise. Enfin, le législateur s'est appuyé sur les législations suisses et allemandes dans lesquelles de telles renonciations à la réserve existent depuis longtemps.

Ainsi, le législateur crée deux nouveaux pactes de renonciation : la donation-partage transgénérationnelle (§ I) et la renonciation anticipée à l'action en réduction (§ II).

Donations graduelles – Régime général, 2011, § 119.

⁵⁸⁴ Cela a été plusieurs fois rappelé par la Cour de cassation : voir notamment Cass. Civ., 16 septembre 1940 : *DH* 1940, p. 173.

⁵⁸⁵ CLÉMENT, *Doc. AN* n° 2427, p. 4 et 23.

Ces pactes sont tous fondés sur le principe de la renonciation d'un héritier à la succession non encore ouverte de l'un de ses parents⁵⁸⁶. Même si le législateur de 2006 a entouré ces actes de précautions, celles-ci paraissent bien vaines lorsqu'on étudie de manière approfondie ces mécanismes.

§ I - La libéralité-partage transgénérationnelle : la renonciation à la réserve par un pacte successoral de famille

186. Plan - Avant la loi du 23 juin 2006, on ne pouvait gratifier que ses descendants par donation-partage. Par exception, lorsqu'une entreprise était incluse dans la donation-partage, il était possible d'y faire participer un tiers. L'élargissement de la donation-partage était ardemment souhaité par les praticiens. Il n'était en effet possible de gratifier ses petits-enfants qu'au moyen de donation ordinaire, hors part successorale et par conséquent dans la limite de la quotité disponible. En raison de l'allongement de la vie et de l'âge avancé auquel les enfants héritent, il a été estimé souhaitable de raccourcir la chaîne des transmissions en permettant de gratifier les petits-enfants sur la réserve de leur auteur.

La loi du 23 juin 2006 a étendu la donation-partage à tous les héritiers présomptifs du *de cuius* et a autorisé les donations-partages transgénérationnelles, créant ainsi un pacte successoral familial. Cet élargissement de la donation-partage répond aux mêmes impératifs que la renonciation anticipée à l'action en réduction, à savoir la renaissance de la succession contractuelle et l'allotissement de la génération qui en a besoin.

La donation-partage qui va nous retenir est la donation-partage transgénérationnelle puisque celle-ci s'affranchit des règles de la réserve en permettant de renoncer à sa part de réserve au profit de ses descendants. Il conviendra d'en étudier les conditions (A) et les effets notamment sur la réserve (B).

⁵⁸⁶ LEPROVAUX J., « Les nouveaux pactes de famille en droit des successions et des libéralités », *Petites Affiches*, 2009, n° 215, p. 5.

A - Conditions de la donation-partage transgénérationnelle

187. Plan - La donation-partage transgénérationnelle obéit à des règles spécifiques. Ses acteurs sont limités (1) tout comme son support (2) tandis que l'objet du partage (3) est étendu par rapport à la donation-partage ordinaire.

1 – Les acteurs de la donation-partage transgénérationnelle

188. Donateur - Conformément à l'article 1078-4 du Code civil, le donateur ne peut être qu'un ascendant. Ainsi, la donation-partage transgénérationnelle ne peut intervenir en ligne collatérale voire ascendante.

Le donateur doit avoir la capacité de consentir une donation-partage ordinaire

189. Donataire – Alors que la donation-partage ordinaire peut avoir lieu en faveur de tous présomptifs héritiers, la donation-partage transgénérationnelle ne peut être conclue qu'au profit de ses descendants. Toutefois, afin de pouvoir gratifier différentes générations de descendants, ceux-ci n'ont pas besoin d'être présomptifs héritiers du donateur même si la donation-partage transgénérationnelle exige que le disposant ait un enfant toujours vivant et qu'il gratifie un descendant de cet enfant⁵⁸⁷. En outre, la condition essentielle est que cet enfant consente à céder sa place au profit de son enfant conformément à l'article 1078-4 du Code civil.

⁵⁸⁷ En effet, la donation-partage gratifiant des enfants et petits-enfants venant en représentation d'un enfant prédécédé est ordinaire et pas transgénérationnelle.

Il est possible de réaliser une donation-partage transgénérationnelle n'allotissant qu'une seule souche conformément à l'article 1078-5 soit un enfant et ses descendants à l'exclusion des autres enfants et descendants.

Si un donataire est mineur, le représentant légal de celui-ci peut accepter à sa place, la donation-partage transgénérationnelle. Toutefois, si le représentant légal est également partie à la donation-partage, il y aura un conflit d'intérêt. Dans ce cas, l'autre parent peut accepter la donation. En revanche, si le parent s'est effacé dans la donation-partage transgénérationnelle, il peut accepter la donation-partage transgénérationnelle en faveur de son enfant mais si une charge est stipulée, la désignation d'un représentant *ad hoc* sera nécessaire.

2 – Support de la libéralité-partage

190. Une donation-partage – La libéralité-partage transgénérationnelle peut avoir pour support une donation-partage. Cela ne pose pas de difficulté s'agissant d'un contrat entre les parties. En revanche, on peut s'interroger sur la validité du testament-partage transgénérationnel.

191. Validité du testament-partage transgénérationnel ? - Lors de la promulgation de la loi du 23 juin 2006, la majorité de la doctrine soutenait que le testament-partage ne pouvait être transgénérationnel. En effet, deux arguments militaient en ce sens. Tout d'abord, les articles 1079 et 1080 relatifs au testament-partage n'opèrent aucun renvoi aux règles spéciales applicables aux donations-partages faites à des descendants de degrés différents prévus aux articles 1078-4 à 1078-10. En outre, le testament-partage est un acte unilatéral et il paraît difficile d'y appliquer le régime de la donation-partage transgénérationnelle, laquelle requiert l'accord de l'enfant qui s'efface. Il

paraît difficilement envisageable que le défunt puisse attribuer unilatéralement la réserve de l'enfant aux petits-enfants⁵⁸⁸.

Pourtant, un arrêt de la Cour de cassation du 7 novembre 2012⁵⁸⁹ paraît valider le testament-partage transgénérationnel. Dans cet arrêt, une femme avait rédigé un testament intitulé « testament-partage » léguant une partie de l'actif successoral à sa fille, l'autre partie étant dévolue à ses trois petits-enfants « à titre de legs ». L'un des petits-enfants a assigné sa mère en délivrance de son legs. Celle-ci a opposé la nullité du testament au motif que le testament-partage ne peut bénéficier qu'aux héritiers présomptifs, conformément à l'article 1075 du Code civil. Déboutée en appel, la fille de la testatrice s'est pourvue en cassation au motif que les descendants non-présomptifs ne peuvent bénéficier d'une libéralité-partage que sous forme de donation-partage. Toutefois, la Cour de cassation rejette le pourvoi au motif que l'article 1075-1 dispose que toute personne peut faire la distribution et le partage de ses biens et de ses droits entre des descendants de degrés différents, qu'ils soient ou non héritiers présomptifs et qu'en l'absence de distinction entre les libéralités, un ascendant peut valablement partager ses biens entre ses enfants et petits-enfants par un testament-partage.

Malgré l'apparente validation du testament-partage transgénérationnel dans cet arrêt, il faut n'y voir qu'un testament-partage intergénérationnel⁵⁹⁰. En effet, le testament-partage ordinaire ne laisse que deux choix à l'héritier présomptif : accepter la répartition décidée par le testateur ou refuser la succession, en ce compris sa réserve. Il ne peut, comme dans le testament ordinaire, répudier la succession testamentaire au profit de la succession légale. En l'espèce, la décision ne portait que sur la validité du testament et sur la demande de délivrance des legs particuliers. Ni la Cour d'appel ni la Cour de cassation n'ont examiné une éventuelle atteinte à la réserve héréditaire,

⁵⁸⁸ En ce sens : AZINCOURT, note sous Cass 1^{re} Civ., 7 novembre 2012, *JCP N* 2013, p. 69 ; LE GUIDEC R., *JCP G* 2013, doct. 250 ; LEVENEUR L., « Les nouveaux visages des libéralités-partages » *Le monde du droit, Ecrits rédigés en l'honneur de J. Foyer*, éd. Economica, 2008, p. 637.

⁵⁸⁹ Cass 1^{re} Civ., 7 novembre 2012, n° 11-23396, *Juris-Data* 2012-024861 : *JCP N* 2013, 1056, note AZINCOURT ; *JCP N* 2014, 1186 note NICOD M. ; *RTD. Civ.* 2013, n° 1, p. 164 obs. GRIMALDI M. ; *JCP N* 2013, 1060, obs. LE GUIDEC R. ; *Defrénois* 2013, 11214, note VAREILLE B. ; *AJ Famille*, 2013, 58, note LEVILLAIN N. ; *D.* 2013, n° 33, p. 2242, obs. NICOD M. ; *Gaz. Pal.* N° 54, p. 31, obs. LEROND S. ; *Defrénois* 2013, n° 5, p. 225, note DAURIAC I. ; *Petites Affiches*, 2014, n° 77, p. 3, note PETRONI-MAUDIÈRE ; *JCP G* 2013, 203, note SAUVAGE F. ; *RJPF*, 2013, n° 1, p. 37, note HANNECART-WEYTH ; *Revue Lamy Droit civil*, n° 102, p. 52, note CORPART I.

laquelle est protégée par l'action en réduction qui doit être intentée après la délivrance des legs. Ainsi, on ne peut voir, dans cet arrêt, la validation du testament-partage transgénérationnel.

En outre, valider le testament-partage transgénérationnel signifierait qu'un enfant pourrait découvrir le jour de l'ouverture du testament que sa réserve est attribuée à ses propres enfants et qu'il n'a pas d'autre choix que d'accepter cette répartition. Cela paraît douteux puisque le testament est un acte unilatéral tandis que la donation-partage transgénérationnelle est un pacte de famille, fruit d'un accord entre les parties. En aucun cas, on ne peut priver un héritier réservataire de sa réserve sans son accord exprès. Ainsi, il ne paraît pas possible d'appliquer les règles de la donation-partage transgénérationnelle au testament-partage⁵⁹¹.

192. Le formalisme de la donation-partage transgénérationnelle – La donation-partage transgénérationnelle nécessite l'accord de l'enfant qui s'efface afin que les lots attribués à ses enfants soient pris sur sa part de réserve. Ce consentement s'apparente à une renonciation anticipée à l'action en réduction car elle constitue un pacte sur succession future en permettant à un enfant de consentir à attribuer ses droits à réserve à ses propres enfants dans la succession non ouverte d'un ascendant. On peut se demander pourquoi le législateur n'a pas souhaité appliquer le même formalisme à la donation-partage transgénérationnelle qu'à la renonciation anticipée à l'action en réduction. Toutefois, les risques sont moindres dans la donation-partage transgénérationnelle puisque le renonçant sait parfaitement à quoi il renonce et qui est attribué à ses propres enfants. Il lui est loisible d'exiger une contrepartie ou un allotissement à son égard dans la donation-partage. Ainsi, il n'apparaît pas opportun d'appliquer les conditions de forme de la renonciation anticipée à l'action en réduction à la donation-partage transgénérationnelle.

⁵⁹⁰ NICOD M., *JCP N* 2014, 1186 ; DAURIAC I., *Defrénois* 2013, p. 225.

⁵⁹¹ En ce sens, LEVENEUR L., « Les nouveaux visages des libéralités-partages » *Le monde du droit, Ecrits rédigés en l'honneur de J. Foyer*, éd. Economica, 2008, p. 637 ; NICOD M., *JCP N* 2014, 1186 ; GRIMALDI M., *RTD. Civ.* 2013, n° 1, p. 164 ; LE GUIDEC R., *JCP N* 2013, 1060 ; DAURIAC I., *Defrénois* 2013, n° 5 p. 225 .

Quel est l'objet du partage anticipé ?

3 – Objet du partage anticipé

193. Biens donnés et partagés - La donation-partage doit porter sur des biens présents appartenant au disposant et dont celui-ci a la libre disposition. Les biens doivent être divis, il n'est pas permis de procéder à une donation-partage portant sur des biens indivis⁵⁹². Toutefois, la donation-partage transgénérationnelle échappe à cette exigence en permettant la donation-partage de biens indivis puisque l'article 1078-6 précise que dans la donation-partage transgénérationnelle, le partage s'opère par souche. Ainsi, il serait possible d'attribuer des droits indivis dans un bien divis attribué à la souche.

Il est possible de faire porter la donation-partage transgénérationnelle sur des biens déjà donnés en y incorporant les donations antérieures. Cela présente trois avantages : tout d'abord, cela permet que tous les biens donnés par le disposant soient évalués à la même date lors du contrôle de la réserve. Ensuite, le donataire qui accepte l'incorporation d'une donation en avancement de part est libéré du rapport. Enfin, cela permet de redistribuer les biens donnés à un enfant aux descendants de sa souche ou même de les faire changer de souche. Toutefois, il est nécessaire que le gratifié consente à la réincorporation de la donation.

194. Un partage par souche - La souche regroupe l'enfant et ses descendants. Ainsi, dans la souche, le donateur n'est pas tenu de respecter l'égalité ni en nature, ni en valeur, ni même par tête. L'ascendant donateur fixe des droits collectifs par souche et le partage se fait à l'intérieur de celle-ci. Toutefois, le partage par souche n'est qu'un passage transitoire vers l'octroi d'une part de réserve individuelle⁵⁹³.

B - Effets de la donation-partage transgénérationnelle

Il s'agit d'étudier la liquidation (1) et le respect de la réserve du renonçant (2).

1 – La prise en compte de la donation-partage transgénérationnelle dans la liquidation successorale

La prise en compte de la donation-partage transgénérationnelle dans la liquidation de la succession est spécifique au vu de sa particularité. En effet, elle concerne deux successions : celle du disposant et celle de l'enfant ayant renoncé.

⁵⁹² Cela a été rappelé par la Cour de cassation dans les arrêts du 6 mars 2013 : Cass. 1^{re} Civ., 6 mars 2013, n° 11-21.892 : *JurisData* n° 2013-003727 ; *JCP N* 2013, n° 23, 1162, note GARÇON J.-P. ; *Defrénois* 2013, p. 463, note SAUVAGE F. ; *RTD civ.* 2013, p. 424, note GRIMALDI M. ; *AJ Famille* 2013, p. 301, obs. VERNIÈRES ; *Dr. famille* 2013, comm. 91, obs. BEIGNIER B. ; *Rev. Lamy dr. civ.* juill.-août 2013, p. 47, note NICOD M. ; *JCP N* 2014, n° 11, 1122, TAUDIN L., « La « vraie » donation-partage selon la Cour de cassation » ; POTENTIER, « La donation-partage à propos de deux arrêts récents de la Cour de cassation : consonances et dissonances » : *JCP N* 2014, n° 16-17, 1168.

Et 20 novembre 2013 : Cass. 1^{re} Civ., 20 nov. 2013, n° 12-25.681 : *JurisData* n° 2013-026113 ; *JCP G* 2014, 92, SAUVAGE ; *JCP N* 2013, n° 51-52, 1296, n° 3, obs. FRULEUX et SAUVAGE F. ; *Dr. famille* 2014, comm. 25, obs. NICOD M. ; *Defrénois* 2013, p. 1259, note GRIMALDI M. ; *JCP N* 2014, n° 1-2, 1002, note GARÇON J.-P. ; TAUDIN L., « La « vraie » donation-partage selon la Cour de cassation » : *JCP N* 2014, n° 11, 1122 ; POTENTIER, « La donation-partage à propos de deux arrêts récents de la Cour de cassation : consonances et dissonances » : *JCP N* 2014, n° 16-17, 1168.

195. La liquidation de la succession du disposant - Au décès de l'ascendant donateur, tout se passe comme si c'était l'enfant représenté qui avait été alloti par la fiction de la réserve par souche. Ainsi, les biens donnés aux petits-enfants s'imputent sur la part de réserve de leur auteur dans la succession du disposant. Cela permet d'utiliser les règles spécifiques de la donation-partage sans que tous les enfants du disposant aient reçu de lot dans la donation-partage transgénérationnelle⁵⁹⁴. Toutefois, il faut que tous les enfants du disposant aient consenti à celle-ci. Le consentement est la condition incontournable⁵⁹⁵.

En revanche, la réserve par souche pose une conséquence qui peut être dommageable : si la donation-partage doit être réduite pour atteinte à la réserve, la réduction sera infligée à l'enfant qui a cédé sa place⁵⁹⁶. Ainsi, celui-ci prend le risque de devoir régler une indemnité de réduction sur des biens dont il n'a jamais profité.

196. Liquidation de la succession de l'enfant renonçant - Lors du règlement de la succession de l'enfant représenté, tout se passe comme si c'était de lui que ses enfants tenaient les biens reçus de l'ascendant donateur. Toutefois, s'agissant du titre en vertu duquel les petits enfants sont réputés ayant cause de leur auteur, la loi énonce un principe qu'elle assortit de deux tempéraments. Tout d'abord, le principe est que les lots reçus par les petits enfants sont, lors du règlement de la succession de l'enfant représenté, traités comme des donations ordinaires consenties par celui-ci en avancement de part successorale⁵⁹⁷. Ce principe emporte deux conséquences : d'une part ces lots sont rapportables à la succession du *de cuius* pour leur valeur à la date

⁵⁹³ *La transmission*, rapport du 108^{ème} Congrès des Notaires de France, Montpellier 2012, éd. Association congrès des Notaires de France, 2012, § 2157.

⁵⁹⁴ Article 1078-8 du Code civil.

⁵⁹⁵ LE GUIDE R., « Les libéralités-partages », *D.* 2006, 2585.

⁵⁹⁶ LE GUIDE R., « Le redéploiement des donations-partages », *JCP N* 2008, 1250.

du partage de celle-ci, selon les règles de l'article 860 ; d'autre part, pour le calcul de la réserve, ils sont fictivement réunis aux biens existants, et ce pour leur valeur à la date du décès, selon l'article 922. Le rapport rétablit entre les petits-enfants, au jour du partage de la succession, l'égalité que la donation-partage de leur aïeul avait pu rompre et la réunion fictive consolide les libéralités auxquelles leur auteur avait renoncé, leur réserve dans la succession de celui-ci leur étant fournie par les lots reçus de leur aïeul⁵⁹⁸.

Le premier tempérament est prévu par le 3^{ème} alinéa de l'article 1078-9 lequel dispose que si tous les enfants du *de cuius* ont été allotés par leur aïeul, c'est la donation-partage transgénérationnelle elle-même qui, lors du règlement de la succession de leur auteur, est réputée leur avoir été faite par ce dernier. Cela emporte deux conséquences. D'une part, les lots ne sont pas rapportables à sa succession puisqu'une donation-partage n'est jamais rapportable à la succession du donateur. D'autre part, s'il n'avait pas été stipulé de réserve d'usufruit sur une somme d'argent, les biens sont évalués pour le calcul de la réserve, non pas à la date du décès du *de cuius* mais à celle de la donation-partage. Ainsi, on retrouve dans ce cas tous les avantages d'une donation-partage⁵⁹⁹.

Toutefois, ce tempérament peut diminuer la liberté de disposer à titre gratuit de l'enfant représenté. Cette conséquence est à prendre en compte lors de la donation-

⁵⁹⁷ Article 1078-9 du Code civil.

⁵⁹⁸ GRIMALDI M., « Des donations-partages et des testaments-partages au lendemain de la loi du 23 juin 2006 », *JCP N* 2006, 1320.

Prenons un exemple : par une donation-partage transgénérationnelle, X a gratifié un de ses deux petits-fils B d'une maison de famille d'une valeur de 500 000 euros. Au décès de leur père X, B doit rapporter la valeur de la maison à la succession de X. Cette maison vaut 1 000 000 d'euros au partage et il n'y a pas d'autres biens dans la succession. A sera donc créancier d'une indemnité de rapport de 500 000 euros ce qui aura permis de rétablir l'égalité.

⁵⁹⁹ Exemple : par une donation-partage transgénérationnelle, Y a gratifié les deux fils A et B de son fils X. A et B ont reçu chacun une maison valant 500 000 euros. Au décès de X, la maison de A vaut 700 000 et la maison de B vaut 1 500 000 euros. Aucun rapport ne sera dû et pour le calcul de la réserve, la valeur des biens à retenir sera celle de la donation-partage soit 500 000 euros. Aucune indemnité de réduction ne sera due.

partage transgénérationnelle d'autant que ces calculs auront lieu de longues années après⁶⁰⁰.

Le second tempérament est prévu par l'article 1078-10 : l'enfant représenté qui fait à son tour une donation-partage entre ses enfants peut y incorporer les biens compris dans la donation-partage transgénérationnelle et lors du règlement de la succession, c'est de cette donation-partage ordinaire faite par leur auteur que ses enfants sont réputés tenir les biens de leur aïeul. Cela emporte deux conséquences : aucun rapport ne sera dû à la succession et les biens que ses enfants ont reçus de leur aïeul seront pris pour leur valeur à la date de la donation-partage faite par leur auteur dès lors que celle-ci remplit les conditions requises par l'article 1078 pour le calcul de la réserve⁶⁰¹. Cette seconde donation-partage incorporant la première sera utile lorsqu'un des petits enfants n'aura pas été alloti par son aïeul ou insuffisamment⁶⁰².

Ainsi, le législateur a veillé à ce que la donation-partage transgénérationnelle ne devienne pas un instrument permettant d'exclure un petit-enfant par son parent, que cette exclusion soit volontaire ou involontaire⁶⁰³. Il a également souhaité éviter que l'enfant représenté souffre, par son effacement, d'une diminution de son droit de disposer à titre gratuit. Or, ce serait le cas si ses enfants pouvaient ne calculer leur réserve que sur les biens lui ayant appartenu, en excluant les biens de la donation-partage transgénérationnelle.

⁶⁰⁰ Exemple : Y a gratifié ses deux petits fils A et B d'une maison valant 200 000 euros. 30 ans plus tard, au décès de X, les maisons valent 1 000 000 euros. Il laisse également un appartement qu'il a légué à sa concubine et qui vaut 500 000 euros au jour du décès. La réserve sera calculée sur la valeur des maisons au jour de la donation-partage soit $2 \times 200\,000 + 500\,000 = 900\,000$. La quotité disponible est par conséquent de $1/3 \times 900\,000 = 300\,000$. Le legs devra être réduit. Sans la donation-partage, la quotité disponible aurait été de $2\,500\,000 \times 1/3$ soit 833 333 euros et le legs n'aurait pas été réduit.

⁶⁰¹ Et non à la date de la donation-partage transgénérationnelle comme dans le premier tempérament.

⁶⁰² Exemple : Par une donation-partage transgénérationnelle, Y a gratifié le fils de X, B d'une maison valant 500 000, en omettant son autre petit-fils A. Plus tard, X décide de faire une donation-partage en incorporant la précédente. Il y allote A d'une autre maison valant 1 000 000. La maison reçue par B y est évaluée pour 1 000 000 puisque sa valeur a augmenté avec les années. Au décès de X aucun rapport ne sera dû et pour le calcul de la réserve, la valeur retenue pour chaque maison sera celle au jour de la donation-partage soit 1 000 000.

⁶⁰³ GRIMALDI M., « Des donations-partages et des testaments-partages au lendemain de la loi du 23 juin 2006 », *JCP N* 2006, 1320.

2 – Les effets sur la réserve héréditaire des descendants

197. La protection de la réserve héréditaire des descendants - L'article 1078-8 dispose que les descendants d'une souche sont « *remplis de leurs droits selon les règles prévues par les articles 1077-1 et 1077-2.* » Or, l'article 1077-1 n'ouvre l'action en réduction qu'à l'héritier réservataire qui n'a pas été rempli de sa réserve dans la donation-partage. La transposition de cet article à la réserve par souche pose question. Trois interprétations sont possibles.

Tout d'abord, on pourrait penser que le groupe prévaut et que la totalité de ses membres devrait agir en réduction. Toutefois, cela paraîtrait difficile à mettre en œuvre lorsqu'un des petits-enfants a été alloué de la totalité au détriment des autres.

Selon la deuxième interprétation, on pourrait envisager que chaque descendant de la souche puisse agir individuellement en réduction. Mais la part de réserve individuelle ne correspond à aucune réalité juridique et le demandeur ne pourrait réclamer qu'une indemnité de réduction pour la souche.

La troisième analyse limite le bénéfice des articles 1077-1 et 1077-2 aux seuls descendants de la souche « appelés à la succession »⁶⁰⁴. Ainsi, la réserve par souche, utile dans la succession du disposant, s'efface pour devenir individuelle dans la succession de l'enfant renonçant. En effet, la donation-partage transgénérationnelle ne permet pas d'exclure, volontairement ou involontairement, un enfant. Au moment du règlement de la succession du renonçant, les biens reçus du disposant sont traités comme s'ils venaient du renonçant et la protection ordinaire de la réserve reprend sa place⁶⁰⁵. Ainsi, une répartition inégale entre les descendants n'a aucune incidence sur la succession du disposant mais ne prive pas les descendants de leur réserve dans la succession du renonçant. Cette interprétation doit être consacrée car elle offre la plus grande protection à la réserve.

⁶⁰⁴ *La transmission*, rapport du 108^{ème} Congrès des Notaires de France, Montpellier 2012, éd. Association congrès des Notaires de France, 2012, § 2159.

⁶⁰⁵ Article 1078-9 du Code civil.

Ainsi, la donation-partage transgénérationnelle paraît être un véritable pacte de famille permettant de transmettre des biens aux petits-enfants tout en protégeant efficacement la réserve héréditaire de chaque héritier.

Le second pacte de renonciation créé par la loi du 23 juin 2006 est la renonciation anticipée à l'action en réduction, laquelle apparaît bien moins protectrice que la donation-partage transgénérationnelle.

§ II – La possibilité de renoncer par anticipation à l'action en réduction

198. Plan - La loi du 23 juin 2006 a introduit à l'article 929 du Code civil un nouveau pacte sur succession future autorisé permettant à un héritier réservataire de renoncer à intenter l'action en réduction des libéralités excessives par anticipation, dès avant le décès du *de cuius*. La renonciation anticipée n'a pas d'effet sur la réserve, elle-même, laquelle reste garantie par la loi, mais uniquement sur sa sanction : la réduction des libéralités excessives.

La renonciation anticipée à l'action en réduction a été présentée comme un pacte de famille négocié permettant d'allier liberté d'anticiper sa succession par le *de cuius* et protection du réservataire. Toutefois, l'étude des conditions de la renonciation anticipée à l'action en réduction (A) et de ses effets (B) nous montre que la renonciation n'a rien à voir avec les pactes de famille négociés des droits suisses et allemands mais que la renonciation du renonçant a une portée excessive. La possibilité de révoquer la renonciation est, en outre, très limitée.

A – Le régime de la renonciation anticipée à l'action en réduction

199. Plan - La nature de la renonciation anticipée à l'action en réduction n'est pas définie de manière claire, ni par les textes ni par les travaux préparatoires⁶⁰⁶ (3). Ses acteurs (1) et ses conditions de fond et de forme, pourtant strictes, nous montrent qu'elle protège insuffisamment la réserve héréditaire (2).

1 – Les acteurs de la renonciation anticipée à l'action en réduction

200. Plan - La renonciation anticipée à l'action en réduction met en scène trois personnes : un renonçant (a), un bénéficiaire de la renonciation (b) et le *de cuius* (c).

a – Un renonçant à l'action en réduction

201. Qualité du renonçant – Le renonçant à l'action en réduction doit être un héritier réservataire présomptif. Ainsi, ne peuvent renoncer par anticipation à leur réserve que les descendants et, en l'absence de précision dans la loi, le conjoint survivant en l'absence de descendant⁶⁰⁷. Cette qualité s'apprécie au jour de la renonciation⁶⁰⁸.

La renonciation anticipée à l'action en réduction n'a pas d'incidence sur l'option successorale du renonçant. Il ne renonce en aucun cas à la succession du *de cuius* mais uniquement à demander la réduction des libéralités excessives. Le renonçant

⁶⁰⁶ Selon Sébastien HUYGUE, la renonciation à l'action en réduction est un acte unilatéral ayant une dimension contractuelle. Cf. HUYGUE S., *Rapport AN n° 2850*, 8 février 2006, p. 257.

⁶⁰⁷ Les travaux préparatoires sont contradictoires sur ce point puisque les rapports excluaient le conjoint survivant de la renonciation à l'action en réduction. Toutefois en l'absence de distinction dans la loi, on ne peut exclure le conjoint survivant de ce dispositif : Cf. HUYGUE S., *Rapport AN n° 2850*, 8 février 2006, p. 256 et DE RICHEMONT H., *rapport Sénat n° 343*, p. 236.

⁶⁰⁸ Ainsi, il n'est pas permis au futur époux, ni à un héritier de rang subséquent de procéder à une renonciation anticipée.

garde ainsi son option de sorte qu'il peut, au décès, choisir de renoncer à la succession ou de l'accepter simplement ou à concurrence de l'actif net.

202. Renonciation anticipée à l'action en réduction et prédécès du renonçant- La renonciation anticipée à l'action en réduction est opposable aux représentants du renonçant conformément à l'article 930-5 du Code civil. Par conséquent, le renonçant ne renonce pas que pour lui-même mais aussi pour sa souche. Ainsi, s'il décède avant le *de cuius*, renonce ou se rend indigne, sa réserve est transmise grevée de la renonciation anticipée à l'action en réduction, conformément à la vocation familiale et collective de la réserve⁶⁰⁹. Cette solution permet d'éviter qu'un enfant ne contourne le mécanisme de la renonciation à succession en renonçant au profit de ses enfants privant ainsi d'effet sa renonciation anticipée à l'action en réduction. L'opposabilité de la renonciation à l'action en réduction paraît conforme à la sécurité juridique et à l'efficacité de l'institution⁶¹⁰. Toutefois, cette solution paraît inopportune. En effet, la réserve ne peut céder que par un acte positif et réfléchi du renonçant, ce qui n'est pas le cas en l'espèce puisque les représentants se trouvent privés de la réserve de leur auteur sans l'avoir décidé. En outre, le droit successoral admet que la représentation joue en faveur de l'enfant de l'indigne et du renonçant. Par conséquent, il paraît difficile d'accepter que les descendants du renonçant ne puissent le représenter et que sa renonciation leur soit opposable. La renonciation anticipée à l'action en réduction ne devrait être opposable aux descendants du renonçant que si ceux-ci ont également renoncé par anticipation à exercer leur action en réduction. Les exceptions à la réserve héréditaire ne peuvent être envisagées que strictement et ne peuvent être la conséquence du choix d'un tiers. Par conséquent, l'article 930-5 devrait être supprimé.

En revanche, il semblerait que certains descendants du renonçant ne soient pas tenus par la renonciation anticipée à l'action en réduction de leur parent. En effet, si l'on

⁶⁰⁹ Ainsi, imaginons que le *de cuius* ait deux enfants : A et B. A renonce par anticipation à l'action en réduction en faveur de B. A décède en laissant un enfant C. Le *de cuius* lègue la totalité de sa succession à B. B verra le legs entièrement délivré tandis que C ne pourra pas demander la réduction de la libéralité excessive.

suit la lettre du texte, les descendants venant de leur propre chef en raison d'une unité de souche, et non pas par représentation, ne devraient pas être tenus par la renonciation anticipée à l'action en réduction de leur auteur. Toutefois, admettre cette solution et cantonner l'opposabilité de la renonciation anticipée à l'action en réduction aux seuls représentants du renonçant compromettrait la sécurité du mécanisme en permettant à certains renonçants de passer outre leur renonciation anticipée à l'action en réduction⁶¹¹. Il faudrait alors admettre l'opposabilité de la renonciation anticipée à l'action en réduction au descendant venant de son propre chef.

Toutefois, la volonté de sécurité juridique ne peut engendrer une telle conséquence à l'égard des descendants du renonçant. La renonciation ne devrait jamais être opposable aux descendants du renonçant, qu'ils le représentent ou qu'ils viennent de leur propre chef.

En revanche, les cohéritiers du renonçant ne sont pas tenus par la renonciation⁶¹².

203. Capacité du renonçant – Le législateur a fait le choix d'une capacité renforcée pour le renonçant. Ainsi, la capacité requise est celle exigée pour consentir une donation entre vifs⁶¹³ ce qui signifie que le majeur sous tutelle et le mineur émancipé ne peuvent renoncer par anticipation et que le majeur sous curatelle ne peut le faire qu'assisté de son curateur.

Le second acteur de la renonciation anticipée à l'action en réduction est le bénéficiaire de celle-ci.

⁶¹⁰ PIEDELIÈVRE S., *op. cit.*, p. 452, § 402.

⁶¹¹ En ce sens, également WICKER G., « Le nouveau droit des libéralités : entre évolution, révolution et contre-révolution » *Dr. et Patr.* 2007, n° 157, p. 74 ; BRENNER C., *Juris-Classeur Civil Code, V° SUCCESSIONS – Réserve héréditaire. Quotité disponible. Réduction des libéralités excessives. – Renonciation anticipée à l'action en réduction*, 2014, § 49

204. Qualité du bénéficiaire – La renonciation ne peut être faite qu’au profit d’un ou plusieurs bénéficiaires déterminés à peine de nullité⁶¹⁴. Ainsi, seul ce bénéficiaire pourra se prévaloir de la renonciation anticipée à l’action en réduction. Ce bénéficiaire peut ne pas être nommément désigné mais il doit être déterminable⁶¹⁵. La renonciation peut également être faite au profit de plusieurs bénéficiaires soit de manière globale ce qui permet à chacun de profiter de la renonciation, soit pour une somme limitée⁶¹⁶

La désignation du bénéficiaire, dans la renonciation anticipée à l’action en réduction, permet au renonçant de renoncer en considération d’une libéralité déterminée⁶¹⁷ et éviter ainsi les renonciations faites à l’aveugle qui pourraient être ensuite utilisées comme moyen de pression par le *de cuius*. Toutefois, on peut douter de l’efficacité d’une telle stipulation. En effet, le renonçant renonce en faveur d’un bénéficiaire mais pas forcément en faveur d’une libéralité donnée. Il est possible que le *de cuius* amène son héritier à renoncer au profit d’un bénéficiaire, en lui faisant croire qu’il renonce en faveur d’une libéralité précise mais sans préciser plus avant l’étendue de sa renonciation dans l’acte, et ensuite de le menacer d’exhérédation⁶¹⁸. Le *de cuius*

⁶¹² Ainsi, imaginons que X soit père de deux enfants A et B. A renonce à exercer l’action en réduction contre une libéralité adressée à la concubine de X. A décède sans postérité. Au décès de X, B pourra exercer l’action en réduction pour la totalité de sa réserve de moitié de la succession conformément à l’article 913 et ne sera pas tenu par la renonciation de A.

⁶¹³ Article 930-1 du Code civil

⁶¹⁴ Article 929 alinéa 1er du Code civil.

⁶¹⁵ Ainsi la renonciation peut être faite, par exemple, au profit de sa soeur et de ses descendants nés ou à naître. En ce sens, BRENNER C., *Juris-Classeur Civil Code*, V° SUCCESSIONS – Réserve héréditaire. Quotité disponible. Réduction des libéralités excessives. – Renonciation anticipée à l’action en réduction, 2014, § 18.

⁶¹⁶ En ce sens, BRENNER C., *Juris-Classeur Civil Code*, V° SUCCESSIONS – Réserve héréditaire. Quotité disponible. Réduction des libéralités excessives. – Renonciation anticipée à l’action en réduction, 2014, § 19.

⁶¹⁷ HUYGUE S., *Rapport AN n° 2850*, 8 février 2006, p. 256.

⁶¹⁸ Pourtant, le rapporteur de la loi a précisé que « la motivation conduisant un héritier réservataire à signer une RAAR doit être clairement fondée et juridiquement établie. » HUYGUE S., *Rapport AN n° 2850*, p. 256.

possèdera alors un moyen de pression intolérable puisqu'il peut, ensuite, faire tous les donations ou legs qu'il souhaite, au profit du bénéficiaire. Ainsi, la protection du renonçant n'est absolument pas assurée par la désignation du bénéficiaire.

Il aurait été bien plus protecteur pour le renonçant de le faire renoncer pour une libéralité déterminée en imposant par exemple au renonçant de renoncer dans l'acte de donation ou dans le testament afin qu'il connaisse exactement l'étendue de son engagement.

En revanche, le bénéficiaire n'a pas à accepter la renonciation puisque son droit est issu de la libéralité qui lui est consentie par le *de cuius* et non de la renonciation.

Le dernier acteur de la renonciation anticipée à l'action en réduction est le *de cuius*.

c – Le de cuius

205. Qualité du *de cuius* – Le *de cuius* est la personne dont le renonçant a vocation à hériter. Ce *de cuius* doit accepter la renonciation. Ainsi la renonciation n'engage le renonçant qu'à partir du moment où elle est acceptée par le *de cuius*. Le législateur a souhaité que le *de cuius* accepte la renonciation afin de lui permettre de garder la maîtrise de sa succession en empêchant le renonçant de renoncer sous le coup de la colère ou encore d'être influencé par un frère ou une sœur. C'est, par conséquent, pour protéger le renonçant que le *de cuius* doit accepter sa renonciation. Toutefois, cette explication paraît peu convaincante. Il est probable, en effet, que la renonciation sera sollicitée par le *de cuius* afin de pouvoir prendre les dispositions successorales qu'il souhaite. Afin d'assurer la protection du renonçant, il aurait mieux valu tenir le *de cuius* à l'écart de l'acte de

renonciation. Cette acceptation aurait été nécessaire si une contrepartie avait été promise par le *de cuius* afin qu'il accepte de la fournir⁶¹⁹

L'acceptation peut avoir lieu à tout moment, avant le décès du *de cuius*.

La renonciation anticipée à l'action en réduction est un acte d'une gravité exceptionnelle en raison de ses conséquences inconnues par avance. C'est pour cette raison que le législateur l'a entouré de conditions de forme et de fond exceptionnelles mais insuffisantes pour protéger réellement le renonçant.

2 – Un acte grave nécessitant des conditions de fond et de forme strictes

206. Plan - La renonciation anticipée à l'action en réduction est un acte d'une gravité exceptionnelle puisqu'on peut craindre que le renonçant subisse des pressions l'incitant à renoncer. En outre, jusqu'au jour du décès, date à laquelle la renonciation pourra être évaluée, le renonçant ignore le montant de son engagement. Si la libéralité est antérieure à sa renonciation, il peut en avoir une idée. Mais si la libéralité est postérieure ou si le *de cuius* souhaite faire un legs au bénéficiaire, l'incertitude quant au montant de la renonciation peut perdurer jusqu'au décès du *de cuius*. Cette incertitude est également liée à la composition du patrimoine du *de cuius*, laquelle peut varier entre le moment de la renonciation et le décès du *de cuius*. C'est la raison pour laquelle, le législateur a entouré la renonciation de conditions de forme (1) et de fond (2) spécifiques à la renonciation lesquelles s'ajoutent aux moyens de protection traditionnels.

⁶¹⁹ En ce sens également, BRENNER C., Juris-Classeur Civil Code, V° SUCCESSIONS – Réserve héréditaire. Quotité disponible. Réduction des libéralités excessives. – Renonciation anticipée à l'action en réduction, 2014, § 35.

207. Un acte authentique – Lors des discussions parlementaires, il avait été proposé de soumettre la renonciation anticipée à l'action en réduction à une homologation judiciaire. Toutefois, en raison de son coût, sa lenteur et de son efficacité limitée, cette solution n'a pas été retenue. On a préféré soumettre la renonciation anticipée à l'action en réduction à une forme authentique. L'acte authentique doit, en outre, être reçu par deux notaires. En effet, la présence du seul notaire rédacteur n'a pas été jugée suffisante. Un second notaire, désigné par le président de la chambre des notaires, doit être présent afin de garantir une parfaite impartialité. En effet, cela permet d'éviter les risques de conflits d'intérêts puisqu'il est probable que le notaire de la famille soit, avant tout, celui du *de cuius*. Cela permet de s'assurer que le consentement du renonçant est réellement libre et éclairé.

Afin de remplir au mieux leur devoir de conseil, les deux notaires ne peuvent recevoir le renonçant que seul, afin que ce dernier ait la possibilité de poser toutes les questions qu'il souhaite et de mesurer précisément son engagement.

208. Un acte séparé – Outre la présence de deux notaires, la renonciation doit faire l'objet d'un acte séparé. Elle ne peut être incluse dans la libéralité pour laquelle le renonçant renonce à la réduction des libéralités excessives.

Toutefois, l'acte de renonciation peut contenir la renonciation de plusieurs héritiers réservataires, à condition que chaque renonçant soit reçu seul par les deux notaires. Par simplicité, on pourrait croire préférable de ne rédiger qu'une renonciation par bénéficiaire ; pourtant, en présence d'un pacte de famille négocié avec plusieurs renonçants, cette solution apparaît dangereuse. En effet, l'un des renonçants pourrait

se rétracter avant de signer sa renonciation ou avant l'acceptation du *de cuius* alors que les autres ont déjà renoncé⁶²⁰.

Ces formes prescrites le sont à peine de nullité. Toutefois, elles ne sont requises que pour le renonçant. L'acceptation du *de cuius* n'a pas à revêtir de formes spéciales et peut résulter de toute manifestation de volonté explicite, voire implicite⁶²¹.

Outre des conditions de forme contraignantes, l'acte doit respecter des conditions de fond spécifiques.

b - Des conditions de fond particulières

209. Un acte décrivant précisément les conséquences juridiques de la renonciation – L'acte doit décrire précisément les conséquences juridiques de la renonciation pour chaque renonçant⁶²². Cette obligation est destinée à s'assurer que le renonçant prend toute la mesure de sa renonciation et éviter qu'il puisse invoquer un vice du consentement. Toutefois, cette obligation ne peut pas réellement remplir son but. En effet, la liquidation de la succession, comprenant le calcul de la réserve héréditaire et l'imputation des libéralités, ne peut avoir lieu qu'au jour du décès. Il n'est pas possible de connaître avant cette date la composition du patrimoine du *de cuius* et le nombre d'héritiers réservataires et par conséquent de présenter une information

⁶²⁰ Dans ce cas, le notaire rédacteur pourrait introduire dans l'acte une condition suspensive de renonciation par les autres réservataires afin que le renonçant soit libéré de son engagement dans le cas où les autres réservataires refusent d'honorer leur promesse : BRENNER C., *Juris-Classeur Civil Code, V° SUCCESSIONS – Réserve héréditaire. Quotité disponible. Réduction des libéralités excessives. – Renonciation anticipée à l'action en réduction*, 2014, § 42.

⁶²¹ Une libéralité au profit du bénéficiaire par exemple, Cf. BRENNER C., *Juris-Classeur Civil Code, V° SUCCESSIONS – Réserve héréditaire. Quotité disponible. Réduction des libéralités excessives. – Renonciation anticipée à l'action en réduction*, 2014, § 44.

⁶²² Article 930 du Code civil.

chiffrée⁶²³. En outre, la renonciation a lieu en faveur d'un bénéficiaire mais pas dans l'optique d'une libéralité donnée. Sans connaître la libéralité, il paraît difficile de pouvoir informer le renonçant des conséquences de sa renonciation.

Ainsi, cette information ne sera qu'une litanie d'écrits et d'explications liquidatives, peu accessibles au profane, qui ne peut remplir son but. On ne peut la considérer comme une mesure de protection contrairement à ce que le législateur a souhaité.

210. L'interdiction d'une contrepartie – La renonciation ne peut créer d'obligation à la charge du *de cuius* puisqu'il s'agit d'un contrat unilatéral. La seule obligation est celle prise par le renonçant de ne pas agir en réduction. Toute obligation supplémentaire constituerait un pacte sur succession future prohibé. Ainsi la renonciation doit être sans contrepartie. Le *de cuius* ne peut s'engager à gratifier le renonçant. En effet, le législateur n'a pas souhaité permettre au renonçant de monnayer sa renonciation, en négociant une contrepartie, afin de sécuriser la renonciation anticipée à l'action en réduction puisque le non-respect par le *de cuius* de son obligation aurait pu permettre au renonçant de demander la révocation de la renonciation. En outre, le législateur a souhaité sauvegarder la liberté de tester du *de cuius*. Ainsi, sous couvert de protéger la liberté du *de cuius*, le législateur a, au contraire, insécurisé la renonciation puisque son objet n'est pas déterminé et qu'il porte sur un droit futur impossible à déterminer⁶²⁴. On ne peut, dans ces conditions, parler de pacte de famille et il faut déplorer cette interdiction d'une contrepartie⁶²⁵. Les pactes allemands et suisses associent fréquemment engagement de renonciation et dispositions à titre gratuit ou contre-

⁶²³ Pour un exemple d'information voir HÉRAIL J., « L'information dans la renonciation anticipée à l'action en réduction », *JCP N* 2007, 1214.

⁶²⁴ BRENNER C., *Juris-Classeur Civil Code*, V° SUCCESSIONS – Réserve héréditaire. Quotité disponible. Réduction des libéralités excessives. – Renonciation anticipée à l'action en réduction, 2014, § 23.

⁶²⁵ BRENNER C., *Juris-Classeur Civil Code*, V° SUCCESSIONS – Réserve héréditaire. Quotité disponible. Réduction des libéralités excessives. – Renonciation anticipée à l'action en réduction, 2014, § 23; HUYGUE S., *Rapport AN* n° 2850, p. 257.

prestations⁶²⁶. Ainsi, la renonciation anticipée à l'action en réduction n'est traitée comme un pacte de famille qu'au niveau de sa formation en imposant l'acceptation par le *de cuius* tout en excluant un engagement de sa part⁶²⁷. Or l'idée du pacte de famille impose un règlement global de la succession du *de cuius* tandis que la renonciation anticipée à l'action en réduction n'engage que le renonçant.

211. Interdiction d'une renonciation conditionnelle – La loi exclut également que la renonciation anticipée à l'action en réduction soit conclue sous la condition d'un acte émanant du *de cuius*⁶²⁸. Ainsi, le renonçant ne peut renoncer sous la condition suspensive ou résolutoire de recevoir une libéralité du *de cuius*⁶²⁹.

En revanche, la renonciation peut être donnée sous la condition d'un acte émanant d'une autre personne. Il serait possible de renoncer sous condition suspensive qu'un autre héritier réservataire renonce ou que tous les réservataires renoncent.

212. La protection par les vices du consentement - L'article 930-2 rappelle que la renonciation anticipée à l'action en réduction doit être exempte de vices du consentement. En effet, la renonciation anticipée à l'action en réduction est un acte qui paraît particulièrement sensible aux pressions familiales. Toutefois, cette précision est tout à fait inutile puisque la théorie des vices du consentement s'applique à tous les actes juridiques.

⁶²⁶ BECKER M., « Le pacte successoral : un nouvel instrument au service du couple ? », *JCP N*, 2012, 1271.

⁶²⁷ Seules deux hypothèses permettent de lier renonciation et engagement : tout d'abord, dans la donation-partage transgénérationnelle, il est possible d'inclure une renonciation implicite à agir en réduction contre ses enfants en consentant à ce qu'ils soient gratifiés à ses lieu et place et ensuite dans la libéralité graduelle en acceptant que la charge de conserver et transmettre grève sa réserve dans l'acte de donation.

⁶²⁸ Article 929 alinéa 3.

⁶²⁹ DE RICHEMONT H., *Rapport Sénat n° 343*, p. 237 : « La renonciation de l'héritier réservataire est purement gratuite. Il ne peut conditionner sa renonciation au versement d'une somme d'argent ou à la passation d'un acte par le futur défunt. En revanche, rien n'empêche le futur défunt de faire par acte séparé une donation au renonçant en contrepartie de sa renonciation. Les deux actes ne peuvent toutefois être liés : si le pacte est caduc, la donation subsistera. »

On peut penser que l'erreur sur la portée de la renonciation sera peu fréquente en raison de l'obligation d'informer le renonçant des conséquences de sa renonciation. En revanche, on peut douter qu'une erreur sur la personne puisse être invoquée : en effet, la personne du bénéficiaire n'est pas celle avec laquelle on a l'intention de contracter puisque nous sommes en présence d'un acte unilatéral. Toutefois, il est admis par les auteurs que cette erreur puisse malgré tout être source de nullité dans un acte unilatéral lorsqu'elle porte sur le bénéficiaire de l'acte⁶³⁰.

On peut également penser que le dol et la violence seront rarement utilisés. Les manœuvres et pressions dans un contexte familial consisteront plutôt en des pressions larvées ou des promesses de contrepartie. En outre, dans ce contexte, la frontière est mince entre le dol, la violence et la crainte révérencielle d'un ascendant⁶³¹, laquelle est expressément exclue de la théorie des vices du consentement.

La preuve du vice pèsera sur le renonçant.

Le régime spécial de la renonciation anticipée à l'action en réduction invite à s'interroger sur la nature de cet acte.

c – Une nature discutée

La renonciation anticipée à l'action en réduction met en scène trois personnes tout en n'en engageant qu'une seule. Ainsi, la nature de cette renonciation est malaisée à définir.

⁶³⁰ TERRÉ F., LEQUETTE Y., GAUDEMET S., *op. cit.*, p. 1098, § 1233.

⁶³¹ Article 1114 du Code civil.

213. Un contrat ? – Certains auteurs qualifient la renonciation anticipée à l'action en réduction de contrat⁶³². En effet, l'article 929 énonce clairement que le renonçant n'est engagé qu'à compter du jour où celui dont il a vocation à hériter accepte cette renonciation. L'acceptation constituerait, dans ce cas, une condition de formation de la renonciation anticipée à l'action en réduction. Toutefois, ce contrat ne créerait d'obligation qu'à la charge du renonçant, ce qui permettrait de le qualifier de contrat unilatéral.

214. Un acte unilatéral ? - Toutefois, cet argument ne convainc pas la majorité de la doctrine qui préfère retenir la qualification d'acte unilatéral⁶³³. Plusieurs arguments militent en ce sens. Tout d'abord, la renonciation, bien que devant être acceptée par le *de cuius*, n'a pas à être acceptée par son bénéficiaire⁶³⁴. Ainsi, l'acceptation par le *de cuius* ne serait qu'une condition d'efficacité de l'acte et pas une condition de validité. En effet, la loi ne subordonne pas l'acceptation à des conditions de forme spécifiques, contrairement à la renonciation. L'acceptation peut être faite par tout moyen⁶³⁵. Enfin, la renonciation ne crée d'obligations qu'à la charge du renonçant. La renonciation anticipée à l'action en réduction serait par conséquent une renonciation *in favorem*⁶³⁶.

Il faut préciser que la renonciation anticipée à l'action en réduction n'est pas une libéralité⁶³⁷. Le législateur a jugé bon de préciser que la renonciation anticipée à

⁶³² En ce sens, LEVILLAIN N., « La renonciation anticipée à l'action en réduction », *JCP N* 2006, 1349.

⁶³³ En ce sens : DAURIAC I., *D.* 2006, p. 2574 ; SAUVAGE F., « La renonciation anticipée à l'action en réduction », *AJ Famille* 2006, p. 355 ; FORGEARD M.-C., CRONE R. et GELOT B., *Le nouveau droit des successions et des libéralités : loi du 23 juin 2006*, éd. Defrénois, 2007, p. 151, § 282, DELFOSSE A. ET PENIGUEL J.-F., *La réforme des successions et des libéralités*, Coll. De l'institut national de formation notariale, éd. Litec, 2007, p.193, § 437-438 ; BRENNER C., *Juris-Classeur Civil Code, V° SUCCESSIONS – Réserve héréditaire. Quotité disponible. Réduction des libéralités excessives. – Renonciation anticipée à l'action en réduction*, 2014, § 37.

⁶³⁴ SAUVAGE F., « La renonciation anticipée à l'action en réduction », *AJ Famille* 2006, p. 355.

⁶³⁵ BRENNER C., *Juris-Classeur Civil Code, V° SUCCESSIONS – Réserve héréditaire. Quotité disponible. Réduction des libéralités excessives. – Renonciation anticipée à l'action en réduction*, 2014, § 37.

⁶³⁶ SAUVAGE F., « La renonciation anticipée à l'action en réduction », *AJ Famille* 2006, p. 355.

⁶³⁷ Article 930-1 alinéa 2.

l'action en réduction n'a pas d'effet translatif afin d'éviter la taxation aux droits de mutation à titre gratuit.

Après avoir étudié les conditions de la renonciation anticipée à l'action en réduction, il s'agit d'en déterminer les effets.

B– Les effets de la renonciation anticipée à l'action en réduction : l'accroissement de la liberté de disposer du de *cujus*

215. Plan - La renonciation anticipée à l'action en réduction a pour effet d'accroître la liberté de disposer du *de cuius*. Toutefois, la doctrine ne s'accorde pas sur la portée de cette renonciation puisqu'elle propose deux méthodes de liquidation (1). Il faut également s'interroger sur ses effets quant au passif successoral (2).

1 – L'objet de la renonciation

216. Limitation de la renonciation – La renonciation peut porter sur une fraction de l'action en réduction ou encore la totalité de celle-ci. Elle peut également porter sur une libéralité déterminée.

Certains auteurs⁶³⁸ retiennent qu'il pourrait être établi un ordre de priorité entre les renonciations. Mais cet ordre de priorité ne pourrait être décidé qu'avec le consentement de tous les réservataires puisque cela modifie les droits et obligations de chacun⁶³⁹.

217. Rapport et renonciation anticipée à l'action en réduction -

Lorsqu'une libéralité rapportable est adressée à un héritier réservataire, elle peut heurter les règles de la renonciation anticipée à l'action en réduction. En effet, le rapport a pour but de préserver l'égalité entre les héritiers en réintégrant dans la masse partageable les libéralités données par avance, sans dispense de rapport. Sa finalité est, par conséquent, opposée à celle de la renonciation anticipée à l'action en réduction. Si l'on admettait le rapport sur la libéralité bénéficiant de la renonciation anticipée à l'action en réduction, cela aurait pour effet d'anéantir la renonciation anticipée à l'action en réduction⁶⁴⁰.

⁶³⁸ LEVILLAIN N., « La renonciation anticipée à l'action en réduction », JCP N 2006, 1349 ; BRENNER C., Juris-Classeur Civil Code, V° SUCCESSIONS – Réserve héréditaire. Quotité disponible. Réduction des libéralités excessives. – Renonciation anticipée à l'action en réduction, 2014, § 69.

⁶³⁹ Nathalie LEVILLAIN N. pense que cela doit pouvoir être imposé par un seul réservataire. Toutefois, nous réfutons cette hypothèse puisque cela modifierait complètement la liquidation à l'insu des autres renonçants et réservataires.

⁶⁴⁰ Prenons un exemple : le *de cujus* laisse deux enfants A et B. Il a souhaité transmettre son entreprise à A, qui a toujours travaillé avec lui. X a donc consenti à A une donation de l'entreprise d'une valeur de 300 avec stipulation expresse de rapport. La valeur et l'état du bien sont inchangés au décès. B a renoncé par anticipation à agir en réduction en faveur de A. Il n'y a pas de biens existants au décès.

En présence de deux héritiers réservataires, la réserve est donc de 2/3 et la quotité disponible d'1/3.

La masse de calcul de la réserve comprend les biens existants et la réunion fictive des donations : 300

Quotité disponible : 100

Réserve individuelle : 100

La donation de A s'impute sur sa part de réserve pour 100 puis subsidiairement sur la quotité disponible qu'elle excède pour 100. A devrait par conséquent verser une indemnité de réduction à B mais ce dernier a renoncé à demander son indemnité de réduction. A devrait pouvoir conserver sa donation sans rien devoir verser à B. Toutefois, la renonciation à l'indemnité de réduction ne dispense pas A de son rapport.

La masse partageable comprend par conséquent : L'indemnité de rapport de A de 300. A et B ont droit à la moitié de la masse partageable soit 150 chacun. Par conséquent, la renonciation anticipée n'a eu aucun effet en l'espèce.

Plusieurs auteurs⁶⁴¹ considèrent, par conséquent, que la renonciation anticipée à l'action en réduction écarte implicitement le droit au rapport afin de ne pas le priver d'efficacité mais uniquement pour le montant de l'indemnité de réduction. D'autres auteurs⁶⁴² retiennent que le renonçant a voulu lever tout obstacle à l'exécution et au maintien de la libéralité concernée et qu'il a accepté, en renonçant, d'être privé de sa part dans le disponible dans la mesure où cela obligerait le bénéficiaire à verser une indemnité de rapport. Mais cette interprétation ne nous paraît pas admissible car elle élargit l'objet de la renonciation anticipée à l'action en réduction.

218. Renonciation anticipée à l'action en réduction et inaptitude à la succession - Une autre question se pose : la renonciation à l'action en réduction conserve-t-elle ses effets lorsque le renonçant renonce à la succession, décède ou est indigne et qu'il n'a pas d'héritier le représentant ? Depuis la loi du 23 juin 2006, le renonçant n'est plus pris en compte pour le calcul de la réserve conformément à l'article 913 du Code civil. Ainsi, le renonçant n'a aucune part de réserve et corrélativement aucune action en réduction à laquelle renoncer⁶⁴³. Ainsi, cette renonciation déjoue les prévisions du défunt pour deux raisons : si le renonçant a reçu une libéralité antérieure à celle du bénéficiaire de la renonciation, celle-ci s'imputera sur la quotité disponible qu'elle diminuera d'autant. En outre, si un autre héritier

⁶⁴¹ BRENNER C., *Juris-Classeur Civil Code, V° SUCCESSIONS – Réserve héréditaire. Quotité disponible. Réduction des libéralités excessives. – Renonciation anticipée à l'action en réduction*, 2014, § 72.

⁶⁴² LEVILLAIN N., « La renonciation anticipée à l'action en réduction », *JCP N* 2006, 1349.

⁶⁴³ La solution aurait été moins évidente sous l'empire de la rédaction antérieure de l'article 913 puisque le renonçant faisait nombre dans la réserve : *Cf. supra* n° 90.

réservataire a renoncé, également, à son action en réduction par anticipation, sans limiter sa renonciation, il pourra ne rien recevoir dans la succession⁶⁴⁴.

Il en est de même lorsque la succession est finalement dévolue aux cohéritiers du renonçant puisque ceux-ci ne bénéficient plus de la part de réserve du renonçant par voie d'accroissement⁶⁴⁵.

En revanche, une difficulté se pose : qu'en est-il lorsque le renonçant a bénéficié d'une libéralité grevée d'une clause expresse de rapport ? Dans ce cas, pour les besoins de la liquidation, le renonçant est traité comme un héritier acceptant pour le calcul du nombre d'enfants laissés par le défunt pour la détermination du taux de la quotité disponible et l'imputation des libéralités et le calcul de la réduction. Toutefois, comme le renonçant n'est pas partie au partage, il faut comparer ce qu'il aurait reçu s'il n'avait pas renoncé avec la réduction due. Si la réduction est inférieure aux droits qu'il aurait du recevoir s'il n'avait pas renoncé, il peut conserver la donation. Dans le cas contraire, il doit indemniser ses cohéritiers. Dans le cas où la réduction qu'il aurait due le renonçant est inférieure à ses droits, peut-on utiliser l'excédent pour imputer la donation du bénéficiaire en faisant comme si le renonçant n'avait pas renoncé ? En effet, la renonciation déjoue les prévisions du défunt puisque le renonçant conserve sa donation alors que le bénéficiaire de la

⁶⁴⁴ Prenons un exemple : le *de cuius* laisse deux enfants A et B. Le *de cuius* a fait une donation rapportable de 600 à A. Puis il a donné un bien d'une valeur de 600 à un tiers, X, dont la valeur et l'état sont inchangés au décès. A et B ont renoncé par anticipation à agir en réduction en faveur de X. A renonce finalement à la succession. Au décès, le défunt ne laisse pas de bien existant.

En présence d'un héritier réservataire, la réserve est donc de 1/2 et la quotité disponible d'1/2.

La masse de calcul de la réserve comprend les biens existants et la réunion fictive des donations : $600+600 = 1200$

Quotité disponible : 600

Réserve individuelle : 600

La donation faite à A s'impute sur la quotité disponible qu'elle remplit sans l'excéder. La donation faite à X est donc entièrement réductible.

La masse à partager comprend l'indemnité de réduction de X soit 600. Toutefois, B a renoncé à demander son indemnité de réduction, il ne recevra donc rien.

Si A n'avait pas renoncé, la réserve individuelle et la quotité disponible aurait été de 1/3 soit 400. La donation de A se serait imputée sur sa part de réserve soit 400 puis sur la quotité disponible pour 200. La donation de X se serait imputée sur le surplus de la quotité disponible qu'elle aurait excédé de 400.

La masse partageable aurait compris : l'indemnité de rapport de A : 600 et l'indemnité de réduction de 400 soit 1000. Chaque enfant aurait du recevoir 500. Toutefois, comme ils avaient renoncé à exercer leur action en réduction, A aurait du verser 300 à B en raison de son indemnité de rapport. Ainsi B aurait reçu 300 contre 0 dans l'exemple précédent.

renonciation anticipée ne pourra pas conserver le bénéfice de la renonciation anticipée du renonçant. En outre, les cohéritiers sont avantagés par la renonciation du donataire car ils reçoivent la différence entre les droits qu’auraient dû avoir le renonçant et la valeur de sa donation⁶⁴⁶.

Certains auteurs soutiennent que la libéralité du bénéficiaire de la renonciation anticipée à l'action en réduction pourrait s'imputer sur la part de réserve laissée libre du renonçant pour deux raisons : tout d'abord, l'engagement du renonçant étant irrévocable, cette interprétation permettrait de faire respecter cette irrévocabilité. Ensuite, l'article 845 dispose que le renonçant doit indemniser les cohéritiers acceptants dans la mesure « *ou là valeur rapportée excède les droits qu'il aurait dû avoir dans le partage* » ce qui invite à tenir compte de la renonciation anticipée à

⁶⁴⁵ Cf. *supra* n° 91.

l'action en réduction dès lors qu'elle a pour effet de diminuer cette part⁶⁴⁷. Toutefois, ces arguments ne nous paraissent pas devoir être retenus car la loi ne prévoit pas la prise en compte du renonçant dans la renonciation anticipée à l'action en réduction mais seulement pour le rapport. Or, les exceptions doivent être interprétées strictement.

La méthode de liquidation de la renonciation anticipée à l'action en réduction n'est pas déterminée par le législateur, ce qui entraîne des hésitations.

⁶⁴⁶ Prenons un exemple : Le *de cuius* laisse deux enfants A et B. A a reçu une donation d'une valeur de 100 avec stipulation expresse de rapport nonobstant sa renonciation à succession. La valeur et l'état du bien sont inchangés au décès. Le *de cuius* a ensuite fait une donation de 400 à un tiers, X, dont la valeur et l'état sont inchangés au décès. A a renoncé par anticipation à agir en réduction en faveur de X. A renonce finalement à la succession. Au décès, les biens existants sont de 100.

A ayant reçu une donation avec obligation au rapport malgré sa renonciation, il doit être traité comme un héritier acceptant pour la réunion fictive, l'imputation et le cas échéant, la réduction de la libéralité comprenant une stipulation expresse de rapport. La libéralité doit donc être réunie fictivement à la masse de calcul de la réserve et de la quotité disponible puis s'imputer comme une libéralité rapportable. En cas d'excédent, elle doit être réduite. En présence de deux héritiers réservataires, la réserve est donc de 2/3 et la quotité disponible d'1/3.

La masse de calcul de la réserve comprend les biens existants et la réunion fictive des donations : $100 + 400 + 100 = 600$

Quotité disponible : 200

Réserve individuelle : 200

Si l'on considère que la renonciation anticipée à l'action en réduction de A est caduque du fait de sa renonciation : on impute d'abord la donation faite à A sur la part de réserve à laquelle il aurait eu droit, s'il n'avait pas renoncé, sans l'excéder. Il reste 100 dans sa part de réserve. Ensuite, la donation faite à X s'impute sur la quotité disponible laissée libre qu'elle excède de 200. Elle serait donc réductible pour ce montant. A ne doit donc pas d'indemnité de réduction.

La masse à partager comprend : les biens existants : 100, l'indemnité de réduction de X : 200 = 300 qui reviennent entièrement à B du fait de la renonciation de A. Ainsi, la renonciation de A profite à B puisqu'en l'absence de renonciation, la masse à partager aurait compris en plus l'indemnité de rapport de A soit 100 = 400 à partager entre les deux héritiers réservataires : 200 pour chacun. En outre, A n'aurait pu réclamer son indemnité de réduction à X, lequel n'aurait eu qu'une indemnité de réduction de 100 à régler à B.

Si l'on considère que l'on peut imputer la donation de X sur la part de réserve non utilisée de A :

La donation de A s'impute sur sa part de réserve, il reste 100. La donation de X s'impute sur la quotité disponible pour 200 puis sur la part de réserve restante de A soit 100. Il doit, par conséquent, une indemnité de réduction de 100.

La masse à partager comprend : les biens existants : 100, l'indemnité de réduction de X : 100 = 200 qui reviennent entièrement à B du fait de la renonciation de A. Ainsi, la renonciation de A ne profite pas à B.

⁶⁴⁷ BRENNER C., *Juris-Classeur Civil Code, V° SUCCESSIONS – Réserve héréditaire. Quotité disponible. Réduction des libéralités excessives. – Renonciation anticipée à l'action en réduction*, 2014, § 51.

2 – Une renonciation à la réserve ou à la réduction ? Le choix d'une méthode de liquidation

219. Plan - La doctrine ne s'accorde pas sur la liquidation de la renonciation anticipée à l'action en réduction. En effet, deux méthodes sont proposées : la méthode de l'imputation (a) et celle de la réduction (b). Il nous faudra retenir celle de la réduction (c).

a – La renonciation à invoquer une atteinte à la réserve ou la méthode de l'imputation

Selon une première opinion, en concluant une renonciation anticipée à l'action en réduction, le renonçant renonce à invoquer une atteinte à sa réserve héréditaire⁶⁴⁸. Trois arguments militent en ce sens.

220. Les arguments tirés de la lettre de la loi – Tout d'abord, les auteurs interprètent l'article 929 à la lumière de l'article 930-2. En effet, cet article précise que « *la renonciation ne produit aucun effet s'il n'a pas été porté atteinte à la réserve héréditaire. Si l'atteinte à la réserve héréditaire n'a été exercée que partiellement, la renonciation ne produit d'effets qu'à hauteur de l'atteinte à la réserve du renonçant résultant de la libéralité consentie. Si l'atteinte à la réserve porte sur une fraction supérieure à celle prévue dans la renonciation, l'excédent est sujet à réduction.* » L'article 930-2 contiendrait ainsi des règles d'imputation complétant les articles 919-1 et 919-2. On procéderait en premier lieu, aux imputations conformément aux articles 919-1 et 919-2 puis, si la libéralité excède la quotité disponible, il conviendrait de l'imputer en second lieu sur la part de réserve du renonçant ainsi qu'il est précisé dans l'article 930-2. L'atteinte à la réserve serait en effet déterminée lors de l'imputation des libéralités et pas au moment du partage⁶⁴⁹.

Ensuite, l'article 930-3, dans son deuxième alinéa précise que le renonçant peut demander la révocation de sa renonciation si au jour de l'ouverture de la succession, il est dans un état de besoin qui disparaîtrait « *s'il n'avait pas renoncé à ses droits réservataires* ». Le renonçant renoncerait ainsi à sa réserve héréditaire et à cette fin,

⁶⁴⁸ En ce sens : LEVILLAIN N., « La renonciation anticipée à l'action en réduction », *JCP N* 2006, 1349 ; ZALEWSKI V., « La renonciation anticipée à l'action en réduction : imputation et/ou réduction? », *D.* 2007, 38679 ; FORGEARD M.-C., CRONE R. et GELOT B., *Le nouveau droit des successions et des libéralités : loi du 23 juin 2006*, éd. *Deffrénois*, 2007, n° 285 ; BRAC DE LA PERRIÈRE D., « Les pactes successoraux et la réserve héréditaire », *JCP N* n° 38, 1302 ; VIGNEAU D., « Précision ministérielle sur la portée liquidative de la renonciation anticipée à l'action en réduction – Fin du danger? » *JCP N* 2009, 1106 ; HÉRAIL J., « L'information dans la renonciation anticipée à l'action en réduction », *JCP N* 2007, 1214, *Les successions et libéralités après la réforme*, ed. F. Lefèbvre 2006, p. 78 ; PILLEBOUT J.-F., « à propos de la renonciation à l'action en réduction – Retour sur une fâcheuse controverse » *JCP N* 2008, act. 279.

⁶⁴⁹ LEVILLAIN N., « La renonciation anticipée à l'action en réduction », *JCP N* 2006, 1349 ; FORGEARD M.-C., CRONE R. et GELOT B., *Le nouveau droit des successions et des libéralités – Loi du 23 juin 2006, Commentaire et formules*, *Deffrénois*, 2007, § 284.

accepterait d'imputer la libéralité sur sa part de réserve puisque la conséquence de la renonciation à ses droits réservataires est une augmentation du disponible⁶⁵⁰.

Enfin, la loi, elle-même préconise d'imputer la libéralité sur la réserve du renonçant. En effet, L'article 929 contiendrait l'exception à l'article 920 puisqu'il précise que « *la renonciation peut viser une atteinte portant sur la totalité de la réserve ou sur une fraction seulement* ». On trouve d'ailleurs une autre exception dans l'article 1078-8 qui permet à un enfant de consentir à ce que ses propres enfants soient allotés par son ascendant et que leurs lots s'imputent sur sa part de réserve. Ainsi l'article 920 serait le principe dont les articles 929 et 1078-8 seraient les exceptions.

La totalité de la fraction réductible devrait alors être imputée sur la réserve du renonçant puisque la loi ne précise pas que la fraction réductible doit être divisée entre les héritiers réservataires⁶⁵¹.

221. L'argument tiré de l'esprit de la loi - Outre l'argument textuel, les auteurs s'appuient sur l'esprit de la loi pour valider cette interprétation⁶⁵². La renonciation anticipée à l'action en réduction a été créée afin d'éviter que le bénéficiaire de la libéralité ne soit tenu de verser une indemnité⁶⁵³. Or, en utilisant la méthode de la réduction, on réduit considérablement la possibilité pour le bénéficiaire d'être gratifié sans avoir à verser d'indemnité. En effet, il faudrait pour cela que tous les héritiers réservataires renoncent par anticipation à l'action en réduction ou que le renonçant soit enfant unique. Dans tous les autres cas, une indemnité de réduction serait due.

⁶⁵⁰ ZALEWSKI V., « La renonciation anticipée à l'action en réduction : imputation et/ou réduction? », D. 2007, 38679.

⁶⁵¹ LEVILLAIN N., « La renonciation anticipée à l'action en réduction », JCP N 2006, 1349.

⁶⁵² LEVILLAIN N., « La renonciation anticipée à l'action en réduction », JCP N 2006, 1349 ; FORGEARD M.-C., CRONE R. et GELOT B., *Le nouveau droit des successions et des libéralités – Loi du 23 juin 2006, Commentaire et formules, Defrénois*, 2007, § 284.

⁶⁵³ DE RICHEMONT H., *Rapport Sénat n° 343*, p. 235 : « *en effet, si des mécanismes d'attribution préférentielle existent, ils supposent tous l'acquittement d'une soulte si la valeur des biens en question excède celle des droits du bénéficiaire* » ; HUYGUE S., *Rapport AN n° 2850*, 8 février 2006, p. 255.

222. Méthode de liquidation – Ainsi, afin de calculer la renonciation, il faudrait procéder à une double imputation lors de la liquidation successorale. Tout d’abord, on imputerait la libéralité sur la quotité disponible, puis l’excédent serait imputé sur la part de réserve individuelle du renonçant. L’excédent serait alors sujet à réduction.

Il a été proposé de retenir la méthode de liquidation suivante⁶⁵⁴ :

- Procéder aux calculs d’intégrité de la réserve et déterminer la réserve individuelle de chaque héritier réservataire.
- Calculer la valeur de la quote-part de réserve sur laquelle chaque héritier réservataire accepte l’imputation des libéralités consenties aux bénéficiaires de la renonciation.
- Calculer le total de la réserve sur lequel les libéralités consenties aux bénéficiaires peuvent s’imputer.
- Procéder aux imputations en imputant selon l’ordre légal et le secteur prévus par les articles 919-1 et 919-2. Si les libéralités consenties aux bénéficiaires de la renonciation anticipée à l’action en réduction excèdent la quotité disponible, il faut alors imputer subsidiairement l’excédent sur le total de réserve auquel les héritiers réservataires ont renoncé. Si les libéralités excèdent ce total de réserve, elles sont alors réductibles.
- Si les héritiers réservataires n’ont pas renoncé à la totalité de leur part de réserve ou si la renonciation est caduque pour partie, il faut alors calculer la quote-part de réserve individuelle leur restant.
- Enfin, lors de l’établissement de la masse partageable, les droits des héritiers réservataires sont déterminés en fonction de la quote-part de réserve qu’ils ont conservée.

L’autre méthode liquidative proposée est celle de la réduction.

⁶⁵⁴ LEVILLAIN N., « La renonciation anticipée à l’action en réduction », JCP N 2006, 1349.

b – La renonciation à sa quote-part d'indemnité de réduction ou la méthode de la réduction

223. Justification textuelle - Selon cette interprétation défendue par une partie de la doctrine⁶⁵⁵, la renonciation porte sur l'action en réduction uniquement.

Les auteurs se fondent, pour justifier cette méthode, sur les articles 929, 919-2 et 920.

Tout d'abord, l'article 929 précise dans son premier alinéa que tout héritier présomptif peut renoncer à exercer une action en réduction dans une succession non ouverte.

Ensuite, l'article 919-2 dispose que la libéralité faite hors part successorale s'impute sur la quotité disponible et l'excédent est sujet à réduction ; quant à l'article 920, les libéralités portant atteinte à la réserve ne sont réductibles à la quotité disponible que lors de l'ouverture de la succession.

On peut, par conséquent, déduire de ces trois articles que la libéralité excessive est réductible mais que le renonçant se prive de sa quote-part d'indemnité de réduction.

224. Conséquences liquidatives - Le renonçant se prive de réclamer la réduction de la libéralité adressée au bénéficiaire dans la mesure où elle est

⁶⁵⁵ LEPROVAUX J., « Les nouveaux pactes de famille en droit des successions et des libéralités », *Petites Affiches*, 2009, n° 215, p. 5 ; SAUVAGE F., « La renonciation anticipée à l'action en réduction », *AJ Famille* 2006, p. 355 ; BRENNER C., *Juris-Classeur Civil Code*, V° SUCCESSIONS – Réserve héréditaire. Quotité disponible. Réduction des libéralités excessives. – Renonciation anticipée à l'action en réduction, 2014, n° 55 ; VAREILLE B. « Portée liquidative de la renonciation anticipée à l'action en réduction : attention, danger ! », *D.* 2008, 38710 ; DAURIAC I., VAN SEGGELEN M., « Prévenir l'insécurité » *JCP N* 2011, 1138, § 57 ; DELAVAQUERIE, *Renonciation anticipée à l'action en réduction et rapport : une rime impossible ? (des relations entre la renonciation anticipée à l'action en réduction et le principe d'égalité entre les héritiers)*, *LPA* 2012, n° 183, p. 38 ; TERRÉ F., LEQUETTE Y., GAUDEMET S., *op. cit.*, p. 1104-1105, § 1239 ; MALAURIE P., BRENNER C., *Les successions, les libéralités*, 6^{ème} éd. LGDJ, 2014, p. 413, § 767.

réductible. Cette renonciation se matérialise au moment du partage, une fois la liquidation de la succession arrivée à son terme. La liquidation sera effectuée de manière classique, sans en modifier les imputations. Simplement, le notaire-liquidateur fera remise de la fraction d'indemnité de réduction due par le bénéficiaire de la libéralité et l'allotissement sera moindre pour le renonçant puisqu'il ne pourra pas prétendre à la fraction d'indemnité de réduction lui revenant⁶⁵⁶. Ainsi, les héritiers réservataires auront tous les mêmes droits dans les biens existants mais pas dans l'indemnité de réduction éventuellement due.

225. Exemple chiffré – Afin de visualiser les différences entre ces deux méthodes, un exemple pratique a été rédigé par Nathalie Levillain⁶⁵⁷. X décède en laissant pour lui succéder ses deux enfants A et B. Il lègue à Y des biens pour une valeur de 300 000. Son patrimoine comprend, outre les biens légués, des biens existants pour une valeur de 300 000. B a renoncé par anticipation à demander la réduction des libéralités consenties à Y.

226. Conformément à **la méthode de l'imputation**, il nous faut tout d'abord préciser les droits des héritiers réservataires avant de calculer la réserve et la quotité disponible puis de procéder à l'imputation du legs consenti par X.

Droits des réservataires : en l'espèce, viennent à la succession les deux enfants de *de cuius*, descendants qui sont donc héritiers réservataires sur le fondement de l'article 913 du Code civil. En présence de deux enfants, la réserve s'élève aux 2/3 des biens du disposant, le tiers restant constituant la quotité disponible.

Calcul de la réserve et de la quotité disponible : pour calculer la réserve et la quotité disponible, il faut reconstituer le patrimoine du *de cuius* tel qu'il aurait existé s'il n'avait pas consenti de libéralités, en fondant les évaluations sur la valeur des biens

⁶⁵⁶ En ce sens, VAREILLE B., « Portée liquidative de la renonciation anticipée à l'action en réduction : attention, danger! », *D.* 2008, 38710 ; SAUVAGE F., « La renonciation anticipée à l'action en réduction », *AJ Famille* 2006, p. 355.

⁶⁵⁷ Cet exemple est tiré de l'article de Nathalie Levillain, précité.

au jour de l'ouverture de la succession, soit au jour du décès. En application de l'article 922 du Code civil, la masse de calcul correspond alors en l'espèce à :

- biens existants évalués au jour de l'ouverture de la succession :

biens existants	600 000 €
+ réunion fictive des donations	0 €
- passif	- 0 €

soit au total	600 000 €

Ainsi, la réserve s'élève à $2/3 \times 600\,000 = 400\,000\text{€}$. La réserve individuelle s'élève au tiers de 400 000 soit 200 000 euros. La quotité disponible s'élève à $1/3 \times 600\,000 = 200\,000\text{€}$. Nous pouvons alors procéder à l'imputation des libéralités :

Imputation des libéralités : pour vérifier que les donations consenties par le *de cuius* n'ont pas excédé la quotité disponible, il faut procéder à l'imputation des libéralités. Les donations font l'objet d'une imputation prioritaire, en procédant dans un ordre chronologique conformément à l'article 923. Sont ensuite imputés les legs concurremment.

Dans notre cas, il y a un legs que nous imputerons sur la quotité disponible conformément à l'article 919-2.

Le legs consenti à Y s'impute sur la quotité disponible qu'il épuise ($300\,000 - 200\,000$). L'excédent soit 100 000 euros sera alors entièrement imputé sur la part de réserve individuelle de B conformément à l'article 929 et à la méthode de l'imputation soit $100\,000 - 200\,000 = 100\,000$. La réserve individuelle de B n'est pas excédée, aucune indemnité de réduction ne sera due par Y.

Lors du partage, A recevra 200 000 de biens existants correspondant à sa réserve héréditaire et B recevra 100 000 de biens existants correspondant à sa réserve

héréditaire diminuée par sa renonciation à réserve. Y pourra voir son legs délivré entièrement.

227. Méthode de la réduction – Si l'on reprend le même exemple en appliquant la méthode de la réduction, la liquidation se fait de manière classique et le renonçant renonce uniquement à sa quote-part d'indemnité de réduction.

Le legs s'impute par conséquent sur la quotité disponible qu'elle épuise (300 000 – 200 000). L'excédent soit 100 000 euros sera alors réductible. Seul B a renoncé à son action en réduction pour la fraction qui lui appartient soit la moitié de celui-ci (100 000/2) soit 50 000 euros.

Lors de la liquidation, A recevra 150 000 de biens existants et 50 000 d'indemnité de réduction due par Y. B recevra 150 000 euros de biens existants correspondant à sa réserve diminuée de l'indemnité de réduction à laquelle il a renoncé. Y pourra voir son legs délivré à charge de verser une indemnité de réduction de 50 000 euros à A.

Ainsi, la méthode de l'imputation apparaît plus favorable à la volonté du *de cuius*. Mais pour parvenir à ses fins, elle s'affranchit des règles légales d'imputation et de réduction⁶⁵⁸.

c – Méthode à retenir

228. Remise en cause des arguments de la méthode de l'imputation - Les arguments employés par les défenseurs de la méthode de l'imputation ne nous paraissent pas pertinents.

Tout d'abord, les arguments textuels doivent être rejetés. Ainsi, les articles 919-1 et 919-2 précisent qu'après les imputations légales, « *l'excédent est sujet à réduction.* » Il n'est pas prévu que l'excédent soit imputé.

Ensuite, l'objet particulier de l'article 930-3 explique la formule employée. En effet, le législateur nous invite à comparer la situation du renonçant s'il n'avait pas renoncé avec la situation qui est la sienne à l'ouverture de la succession. Afin d'effectuer

⁶⁵⁸ **Exemple mettant en scène plusieurs libéralités et plusieurs renonciations** – Lorsque plusieurs renonciations ont été données successivement, chaque renonciation prend effet lors de l'imputation de la libéralité faite au bénéficiaire désigné dans la libéralité. Imaginons qu'Y laisse deux enfants A et B. Il a consenti une donation à C, fils de B d'un montant de 100 000 et fait un legs particulier en faveur de G sa concubine de 300 000. B a renoncé à demander la réduction de la libéralité en faveur de G. A a renoncé à demander la réduction de la libéralité en faveur de C. Au décès, la succession comprend, outre le legs, 200 000 de biens existants.

La masse de calcul de la réserve comprend les libéralités et les biens existants au décès soit $300\ 000 + 100\ 000 + 200\ 000 = 600\ 000$.

La réserve est de $\frac{2}{3}$ en présence de 2 enfants et la quotité disponible de $\frac{1}{3}$ ce qui donne une réserve globale de $\frac{2}{3} \times 600\ 000 = 400\ 000$

Une réserve individuelle de $400\ 000 / 2 = 200\ 000$

Une quotité disponible de $\frac{1}{3} \times 600\ 000 = 200\ 000$

Procédons à l'imputation des libéralités par ordre chronologique. La première à s'imputer est la donation faite à C. C'est une donation à un tiers, elle s'impute par conséquent sur la quotité disponible pour 100 000 (100 000 - 200 000) qu'elle n'épuise pas. La seconde libéralité est le legs en faveur de G. Il s'impute sur la quotité disponible qu'il épuise et excède de 200 000 (100 000 - 300 000). Il est réductible pour un montant de 200 000 qui doit être partagé entre chaque réservataire soit 100 000 chacun. A a renoncé à demander son indemnité de réduction en faveur de G, contrairement à B.

Au partage, A recevra le montant de sa réserve diminué de son indemnité de réduction soit (200 000 - 100 000) = 100 000 qu'il prendra sur les biens existants.

B recevra le montant de sa réserve soit 200 000 dont 100 000 en biens existants et le surplus correspondra à l'indemnité de réduction versée par G.

G verra son legs délivré à charge de verser une indemnité de réduction de 100 000 à B.

cette comparaison, il faut mettre au jour les droits à réserve « perdus » par le jeu de la renonciation. À cette fin, le législateur parle de « droits réservataires »⁶⁵⁹.

Enfin, vouloir imputer la totalité de la libéralité sur la réserve du renonçant contrarierait les caractères personnels et divisibles de l'action en réduction⁶⁶⁰. L'action en réduction appartient à chaque réservataire individuellement et pas collectivement⁶⁶¹, contrairement aux arguments de ces auteurs.

L'argument textuel doit également être rejeté. Le législateur a souhaité encourager les pactes de famille en permettant la renonciation anticipée à l'action en réduction. Or, qui dit pacte de famille, dit que tous les enfants sont d'accord pour renoncer à leur réserve héréditaire. Il paraît difficile de faire peser sur un seul enfant la réussite de ce mécanisme d'autant que cette méthode encouragerait les renonciations en faveur de l'enfant préféré. La fin ne peut justifier les moyens. C'est pourtant ce que préconisent les auteurs favorables à cette méthode. Ils privilégient la volonté du *de cuius* en omettant la protection du renonçant⁶⁶².

Le législateur a omis de légiférer sur certaines conséquences de la renonciation et notamment sur la participation du renonçant au passif successoral.

3 - La participation au passif successoral

⁶⁵⁹ En ce sens, BRENNER C., *Juris-Classeur Civil Code, V° SUCCESSIONS – Réserve héréditaire. Quotité disponible. Réduction des libéralités excessives. – Renonciation anticipée à l'action en réduction*, 2014, § 57.

⁶⁶⁰ SAUVAGE F., « Les prolongements liquidatifs de la renonciation anticipée à l'action en réduction – Retour sur une fâcheuse controverse » ; GRIMALDI M., *op. cit.* n° 824 ; TERRÉ F. et LEQUETTE Y., *Les successions, les libéralités*, Dalloz, 3^e édition, 1997 n° 1028.

⁶⁶¹ En ce sens : TERRÉ F., LEQUETTE Y., GAUDEMET S., *op. cit.*, p. 1082, § 1208.

229. La participation au passif du renonçant - Le législateur n'a pas prévu de renonciation corrélative au passif successoral. En d'autres termes, le renonçant peut se voir privé de la totalité de son action en réduction mais pas de sa participation au passif, soit privé de tout droit dans la succession de son auteur et pourtant tenu *ultra vires successionis*.

En ce cas, le renonçant pourrait être tenté de renoncer à la succession pour mettre en accord sa contribution au passif avec l'actif dont il est privé par sa renonciation. Or, lorsqu'un héritier réservataire renonce à la succession, les libéralités rapportables qui lui ont été faites sont traitées en libéralités préciputaires et l'imputation sur le disponible pourrait contrarier les plans du *de cuius*. Le *de cuius* aurait-il la faculté d'utiliser l'article 845, laquelle permet d'exiger le rapport de la libéralité malgré la renonciation ? En effet, cet article prévoit que dans la liquidation, le renonçant sera compté au rang des réservataires, la donation sera imputée sur la réserve et le renonçant devra indemniser les héritiers acceptants lorsque le montant du rapport excèdera les droits qu'il aurait dû avoir dans le partage. En d'autres termes, la libéralité faite au renonçant devrait-elle être tenue pour rapportable malgré la renonciation à la succession pour l'imputation uniquement ou également pour le jeu de la renonciation anticipée à l'action en réduction ? On peut arguer que la loi ne l'a prévu qu'aux fins de l'exécution du rapport et que les exceptions étant de droit strict, on peut difficilement l'étendre à la renonciation anticipée à l'action en réduction. Pourtant, certains auteurs affirment le contraire puisque, d'une part, cela permettrait de faire respecter l'irrévocabilité de l'engagement pris par le renonçant et d'autre part, l'article 845 tient compte d'une éventuelle renonciation anticipée à l'action en réduction dès lors qu'elle a pour effet de diminuer sa part lorsqu'il dit que le renonçant doit indemniser les héritiers acceptants dans la mesure où « *la valeur rapportée excède les droits qu'il aurait dû avoir dans le partage*⁶⁶³. » Pourtant, cette opinion ne peut être partagée. En effet, on ne peut faire dire à l'article 845 ce qu'il ne dit pas. En outre, il est permis à l'héritier réservataire de renoncer à son action en réduction par anticipation mais cela ne doit pas avoir pour effet d'obérer sa situation.

⁶⁶² En ce sens, BRENNER C., *Juris-Classeur Civil Code*, V° SUCCESSIONS – Réserve héréditaire. *Quotité disponible. Réduction des libéralités excessives. – Renonciation anticipée à l'action en réduction*, 2014, § 57.

Le renonçant doit conserver un moyen de révoquer sa renonciation, même si cela contrarie les plans du *de cuius*.

C – La révocation de la renonciation anticipée à l'action en réduction

230. Causes de révocation - Le législateur n'a pas souhaité que le renonçant puisse revenir sur sa renonciation. Il a tout de même prévu trois causes de révocation à l'article 930-3.

Tout d'abord, la révocation de la renonciation peut être demandée lorsque le bénéficiaire de la renonciation s'est rendu coupable d'un délit ou d'un crime à l'encontre du renonçant. Cette cause de révocation n'est pas sans rappeler l'indignité successorale. Toutefois, contrairement à l'indignité successorale, l'article utilise des termes généraux et imprécis. On ne sait pas quelles sortes de délits peuvent être invoquées.

Ensuite, le renonçant peut demander la révocation de la renonciation lorsque le *de cuius* ne satisfait pas ses obligations alimentaires envers lui. Cette cause de révocation ne permet de prononcer la révocation qu'à concurrence des besoins du renonçant.

Dans ces deux cas de révocation, celle-ci n'a pas lieu de plein droit mais la demande doit être formée dans l'année à compter du fait commis par le bénéficiaire ou du jour où ce fait a pu être connu par ses héritiers.

Enfin, lorsque le renonçant se trouve, au jour de l'ouverture de la succession dans un état de besoin qui disparaîtrait s'il n'avait pas renoncé à ses droits réservataires. La révocation n'a pas lieu de plein droit mais doit être demandée dans l'année de l'ouverture de la succession.

Ainsi, la révocation est en lien avec les besoins alimentaires du renonçant.

⁶⁶³ BRENNER C., Juris-Classeur Civil Code, V° SUCCESSIONS – Réserve héréditaire. Quotité

231. Dangersité de la révocation - La révocation est source d'insécurité juridique pour le gratifié mais surtout pour les tiers détenteurs. En effet, lorsque la renonciation est révoquée, le renonçant peut alors demander la réduction des libéralités excessives. Si le débiteur de l'indemnité est insolvable, le renonçant peut alors revendiquer le bien entre les mains du tiers détenteur.

232. Conclusion de la section – Le législateur a ranimé les pactes de renonciation, en s'inspirant des pactes de famille suisses et allemands, dans le but de donner liberté au *de cuius* d'anticiper sa succession sans craindre une éventuelle réduction des libéralités excessives. Le premier pacte de renonciation créé par le législateur est la donation-partage transgénérationnelle. Celle-ci peut être qualifiée de pacte de famille puisqu'elle ne concerne que le *de cuius* et ses descendants. Elle remplit son but puisqu'elle permet de transmettre sa succession à ses petits-enfants, avec l'accord exprès de son parent qui renonce à sa part de réserve. Le parent qui s'est effacé prend peu de risque puisqu'il est créancier alimentaire de ses enfants. On peut, toutefois, regretter que l'enfant qui s'est effacé ne bénéficie ni du droit de retour conventionnel, ni de la révocation de la donation pour ingratitude.

En revanche, la renonciation anticipée à l'action en réduction est bien plus dangereuse puisqu'elle permet de renoncer par anticipation à son action en réduction en faveur d'un bénéficiaire tout en engageant, par cette renonciation, ses descendants. En outre, à l'exception des conditions de forme, son régime est très peu protecteur du renonçant puisqu'il interdit toute contrepartie ou renonciation conditionnelle et qu'il ne libère pas le renonçant du passif de la succession. Ainsi, la renonciation anticipée à l'action en réduction n'est pas un pacte de famille qui permet une anticipation globale de la succession mais à l'inverse un accord entre le *de cuius* et le renonçant afin que ce dernier renonce, sans aucune garantie, à son action en réduction. Le législateur a préféré la liberté du *de cuius* à la protection du renonçant.

disponible. Réduction des libéralités excessives. – Renonciation anticipée à l'action en réduction,

Il aurait été plus protecteur de s'inspirer des pactes allemands et suisses qui permettent un règlement global de la succession en incluant dans des pactes regroupant tous les héritiers, des donations et des renonciations à la réserve.

233. Conclusion du second chapitre

Le droit contemporain a choisi de rompre avec la conception égalitaire de la réserve héritée du droit révolutionnaire et du Code civil en donnant plus de poids à la liberté du *de cuius*. La volonté du *de cuius* s'exprime dans de nouveaux pactes sur succession future affaiblissant la réserve. Il est ainsi désormais permis au *de cuius* de priver ses héritiers réservataires de la gestion de la réserve à son décès en désignant un mandataire à effet posthume. Même si cette atteinte n'est que temporaire et limitée par un intérêt sérieux et légitime, elle attente à la réserve libre de charges. En outre, les héritiers ne peuvent renoncer au mandat qu'en vendant les biens successoraux ou en arguant de la disparition de l'intérêt sérieux et légitime. À défaut, il leur est impossible de se soustraire au mandat durant sa durée déterminée.

La volonté du *de cuius* s'exprime également dans le renouveau des pactes du droit coutumier. Les substitutions fidéicommissaires sont désormais nommées libéralités graduelles et résiduelles. Elles permettent de grever une libéralité d'une substitution privant le réservataire de la libre disposition de sa réserve. Même si le réservataire doit consentir à ce que la substitution greve sa réserve, le formalisme de ce consentement est très léger. En outre, en pratique, il s'avère qu'on ne pourra connaître le secteur d'imputation de la substitution qu'au décès du disposant alors que celui-ci ne pourra avoir lieu que de nombreuses années après la disposition.

Enfin, le *de cuius* peut procéder à des pactes de renonciation en demandant à un réservataire de renoncer par anticipation à son indemnité de réduction par une renonciation anticipée à l'action en réduction ou d'attribuer sa réserve à ses enfants lors d'une donation-partage transgénérationnelle. Ces pactes de renonciation ont été voulus par le législateur dans le cadre d'un accord global d'anticipation du règlement successoral. Mais, alors que la donation-partage transgénérationnelle remplit ce but, puisque la réserve à laquelle renonce le renonçant est attribuée à ses enfants, la renonciation anticipée à l'action en réduction ne peut être qualifiée de pacte de famille puisqu'elle repose uniquement sur un accord entre le *de cuius* et le renonçant

en faveur d'un bénéficiaire désigné. En outre, son régime apparaît très peu protecteur du renonçant et de sa famille.

Ainsi, les nouveaux pactes créés par le législateur favorisent la liberté du *de cuius* au détriment de la protection des réservataires.

234. Conclusion du second titre

Depuis la Révolution, le rôle politique de la réserve héréditaire s'est inversé puisqu'il a eu pour but de promouvoir l'égalité des héritiers réservataires. Cette égalité n'avait pas qu'un rôle social mais servait également le pouvoir politique en dispersant les biens afin d'éviter le retour aux grandes familles puissantes de l'Ancien Régime. Ainsi, la Révolution, en réaction à la concentration des biens du droit coutumier, a introduit une égalité parfaite entre les héritiers réservataires. Toutefois, elle a rapidement fait machine arrière en pondérant cette égalité parfaite et en donnant plus de liberté au *de cuius*.

Le législateur du Code civil a conservé ces principes égalitaires et cette volonté de dispersion des biens en créant une réserve *pars hereditatis*. La réserve du Code civil n'est pas une créance obtenue par sa qualité d'enfant, comme en droit romain, mais une part de la succession, indisponible, dévolue aux héritiers réservataires acceptants. Cette part de la succession est un droit réel sur les biens de la succession en nature. En outre, le législateur du Code civil a prohibé strictement les pactes sur succession future à l'exception de ceux permettant de conserver une égalité parfaite entre les héritiers réservataires.

Le droit contemporain a choisi de rompre avec les idées égalitaires du Code civil au bénéfice de la liberté du *de cuius* en portant atteinte à la réserve héréditaire. En effet, la réserve héréditaire est apparue comme un frein trop important à la volonté du *de cuius*, ces dernières décennies. Pour cela, le législateur s'est inspiré, pour partie, des pactes sur succession future permis dans l'ancien droit coutumier.

La première atteinte à la réserve l'a été par le mandat à effet posthume, lequel permet de confier la gestion de la succession à un tiers, après son décès, dessaisissant ainsi les héritiers réservataires de la gestion de la réserve. Ce mandat a été voulu dans l'intérêt des héritiers puisqu'il est conditionné par l'incapacité des héritiers en raison de leur incapacité ou de la difficulté à gérer les biens successoraux durant un temps déterminé. Toutefois, il peut être imposé aux héritiers qui ne peuvent s'en défaire

qu'en vendant les biens successoraux alors que sa durée déterminée peut être reconduite plusieurs fois. La volonté du mort prime ainsi celle du vivant.

La seconde atteinte à la réserve provient des libéralités graduelles et résiduelles, lesquelles permettent de grever une libéralité d'une charge de conserver et de rendre dans la libéralité graduelle ou de conserver dans la libéralité résiduelle. Même si le législateur a voulu protéger la réserve en prévoyant le cantonnement de la charge portant sur la réserve, certaines dispositions témoignent du dessein du législateur de faire primer la volonté du *de cuius* sur la protection de la réserve héréditaire.

Enfin, la dernière atteinte à la réserve est réalisée par les pactes de renonciation à la réserve héréditaire. Ce pacte peut être inclus dans une donation-partage transgénérationnelle ou dans une renonciation anticipée à l'action en réduction. Contrairement à la renonciation anticipée à l'action en réduction, la donation-partage transgénérationnelle allie efficacement volonté du *de cuius* et protection du renonçant puisque la renonciation a lieu au sein d'une donation-partage en faveur des enfants du renonçant. Ainsi, le renonçant sait exactement à quoi il renonce et en faveur de qui. Il peut également être alloti dans cette même donation-partage, s'il le souhaite.

En revanche, la renonciation anticipée à l'action en réduction apparaît extrêmement dangereuse pour le renonçant, lequel renonce, dans un acte spécifique, à exercer son action en réduction en faveur d'un bénéficiaire. Le régime de la renonciation anticipée à l'action en réduction, interdisant toute contrepartie ou renonciation conditionnelle, ne permet pas de véritable règlement global de la succession de manière anticipée, comme la donation-partage transgénérationnelle. A l'inverse, elle apparaît donner l'ascendant à la volonté du *de cuius* au détriment de la protection du renonçant réservataire.

235. Conclusion de la première partie

La réserve héréditaire a, de tout temps, joué un rôle politique permettant d'organiser la société et de conserver cette organisation. Toutefois, cette fonction politique n'a pas toujours poursuivi le même but.

Aux origines de la réserve héréditaire, celle-ci avait un rôle de conservation des biens dans la famille. La conservation des biens dans la famille, héritée de la féodalité, était très présente en droit coutumier. Elle permettait la transmission de la majeure partie des biens de la famille au fils aîné dans le but de conserver des familles aristocrates puissantes et des familles paysannes riches de terres. Plusieurs instruments permettaient cette transmission : tout d'abord, les biens nobles étaient transmis au fils aîné grâce aux privilèges d'aînesse et de masculinité. Ensuite, les biens propres étaient conservés dans la famille par la réserve coutumière. Les pactes sur succession future, fréquemment usités, poursuivaient également ce but en formalisant l'exclusion des puînés et des filles de la succession de leur auteur.

Dans le droit contemporain, cette fonction politique de conservation des biens dans la famille n'existe plus que de façon résiduelle puisqu'elle n'est présente que dans les droits de retour. Toutefois, le régime de ces droits de retour fait que l'on peut affirmer qu'aucun droit de retour ne remplit le but qui lui est assigné.

Avec la Révolution française, ce rôle politique s'est inversé. L'inégalité engendrée par la conservation des biens dans la famille a été chassée au bénéfice de l'égalité révolutionnaire. Cette égalité n'était pas qu'idéologique mais elle servait également à disperser les biens familiaux afin d'éviter le retour aux grandes fortunes. L'égalité a été conservée dans le Code civil puisque la réserve a été introduite *pars hereditatis* engendrant une réserve en nature. La réserve en nature couplée à la prohibition des pactes sur succession future et des substitutions fidéicommissaires conservait l'égalité entre les réservataires et permettait la dispersion des biens familiaux.

Aujourd'hui, dans le droit contemporain, l'égalité apparaît comme un frein à la liberté de disposer. Les peurs du retour à l'ancien régime paraissent infondées et il semble important de redonner du poids à la volonté du défunt. Il semblerait toutefois que le législateur passe d'un extrême à un autre sans parvenir à trouver un équilibre

entre la liberté du *de cuius* et la protection de la réserve. Les nouveaux pactes sur succession future créés par le législateur en sont la preuve. En effet, il est permis au *de cuius* de priver les réservataires de la gestion de la réserve, après son décès, en la confiant à un tiers. En outre, le *de cuius* peut également grever la succession d'une charge de conserver et de rendre. Enfin, un réservataire peut désormais renoncer à son action en réduction.

Cette volonté de donner une place plus importante à la liberté du *de cuius* s'intègre dans l'évolution des modèles familiaux. La multiplication des recompositions familiales et des familles différentes exige une réserve plus souple. La réserve permet également de structurer la famille et de la protéger en assumant un rôle social.

Seconde partie – La réserve et la famille : la fonction sociale de la réserve

236. Plan - Outre son rôle politique, la réserve a toujours eu un rôle social très marqué. Cette fonction s'articule autour de deux pôles. Tout d'abord, la réserve permet de structurer la famille en protégeant un modèle familial donné. Cette fonction de protection de la famille s'illustre particulièrement dans les sociétés privilégiant un modèle holiste de famille. Cette fonction a pourtant dû évoluer pour s'adapter aux nouveaux modèles familiaux et à une famille recentrée sur le couple et les enfants (Titre I).

Ensuite, la réserve assume une fonction sociale en assurant la subsistance des membres de la famille. La réserve apparaît comme la continuation de la créance alimentaire due par une personne à ses proches durant sa vie. Cette fonction alimentaire de la réserve a toujours existé. Aujourd'hui, la fonction alimentaire de la réserve tend à se développer puisque la réserve se modifie pour se rapprocher d'une créance alimentaire et que de nouveaux droits alimentaires concurrents de la réserve sont créés dans le droit des successions (Titre II).

Titre I – La réserve, un moyen de promouvoir un modèle familial

237. Plan - Du droit romain au XX^e siècle, la famille relevait d'une conception holiste dans laquelle l'individu était assigné à une place dans l'ensemble social et n'était qu'un élément de cet ensemble. La famille constituait l'élément d'une pyramide dans laquelle le père de famille était le représentant d'une autorité s'imposant aux enfants et femme⁶⁶⁴ et au sommet de laquelle se trouvait l'autorité de Dieu ou de l'État⁶⁶⁵. Dans cette conception, la seule famille concevable était la famille légitime fondée sur le mariage. La réserve héréditaire servait à assurer la prééminence de la famille légitime (Chapitre I).

Ce n'est qu'en 1972 que le législateur a abandonné le modèle holiste pour se placer dans une perspective individualiste se caractérisant par un passage de la référence au groupe à la référence à l'individu. Ce n'est plus la famille qui est la cellule de base de la société mais l'individu. La famille n'est plus qu'un réseau formé par les relations entre individus *a posteriori*⁶⁶⁶. La conception individualiste a entraîné un recentrement autour de la famille nucléaire et une prise en compte de la famille hors mariage par la modification des bénéficiaires de la réserve (Chapitre II).

⁶⁶⁴ *La politique de la famille*, p. 21 et suiv. in THÉRY I., « Mariage et filiation de même sexe : une approche sociologique », actes du colloque L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe, dir. LEQUETTE Y. et MAZEAUD, éd. Panthéon-Assas, 2014.

⁶⁶⁵ « Chacun doit contribuer à la valeur du tout social à partir de sa place, sans jamais la remettre en question si subalterne qu'elle soit. » : THÉRY I., « Mariage et filiation de même sexe : une approche sociologique », actes du colloque L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe, dir. LEQUETTE Y. et MAZEAUD, éd. Panthéon-Assas, 2014.

⁶⁶⁶ THÉRY I., *Couple, filiation et parenté aujourd'hui, Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, éd. La documentation française, 1998, p. 16.

Chapitre I – La réserve, gardienne d’un modèle familial unique

238. Plan - A Rome, la protection de la famille légitime s’est manifestée par l’encadrement de la liberté testamentaire dans le but de pérenniser le modèle familial patriarcal du droit romain (Section I). Le Code civil a choisi de poursuivre cette voie au moyen d’une réserve héréditaire destinée à la famille légitime (Section II).

Section I - La liberté testamentaire encadrée, pilier de l’organisation familiale en droit romain

239. Présentation – Selon Caton, il était trois maux dont on devait se garder à Rome : le voyage par mer, le secret confié à une femme et le fait de mourir sans avoir rédigé de testament⁶⁶⁷.

A l’inverse de tous les autres peuples primitifs, les romains connaissent le testament dès l’origine de Rome et cet acte constitue le mode privilégié de dévolution. A Rome, il est malvenu de mourir sans avoir désigné son successeur : mourir *ab intestat* est une malédiction et c’est un honneur que d’être institué héritier par testament. Toutefois, dans la Rome primitive, cette liberté absolue, dans les textes, est limitée par des raisons morales et religieuses et par les conditions de formation du testament, permettant ainsi de conserver l’organisation familiale patriarcale (§ I).

À partir de l’époque classique, la société romaine change. D’une société rurale et patriarcale, Rome devient une puissance conquérante qui s’ouvre au monde. Les mœurs se délittent et les abus se multiplient. Toutefois, la famille continue d’être protégée par la prohibition des pactes sur succession future (§ II).

⁶⁶⁷ OURLIAC P. et MALAFOSSE J., *Histoire du droit privé, t.III, Le droit familial*, PUF, 1968, p. 300.

§ I – Le droit romain : la liberté testamentaire encadrée pour protéger l'organisation de la famille romaine

240. Plan - A Rome, le principe est, dès l'origine, celui de la liberté testamentaire laissant toute latitude au *pater familias* pour désigner son successeur. Toutefois, l'organisation de la famille romaine ainsi que l'importance de la religion dans la Rome primitive limitent en fait la liberté de tester (A) tout comme les conditions de formation du testament (B).

A – La liberté testamentaire limitée par la religion

241. Plan - La Rome primitive⁶⁶⁸ s'organise autour de la *gens* puis de la *familia* et leur préservation constitue le premier fondement politique de la réserve.

242. Présentation de l'organisation sociale à Rome - A l'origine de la famille romaine, dans la Rome primitive, se trouve la *gens*. Tous les membres de la *gens*⁶⁶⁹ descendent d'un même ancêtre masculin, portent le même nom et ont le même culte composé d'un culte à un dieu⁶⁷⁰ et d'un culte consacré aux ancêtres communs. La *gens* possède son propre territoire sur lequel elle vit en autarcie⁶⁷¹. Il existe une solidarité très forte entre ses membres⁶⁷². Un *pater familias* se trouve à la tête de la *gens*, choisi parmi les *patres familias*.

⁶⁶⁸ Le droit romain primitif est celui s'étendant de la fondation de Rome jusqu'à l'époque classique soit de 900 avant Jésus Christ au II^e siècle avant Jésus Christ.

⁶⁶⁹ On les nomme *gentiles*.

⁶⁷⁰ Apollon pour la *gens Julia* par exemple.

⁶⁷¹ Sur ce point, voir LORY A., *Droit romain : de la nature de la légitime*, thèse Paris, 1888.

⁶⁷² Ils étaient par exemple tenus de racheter l'un des leurs fait prisonnier de guerre, de payer les amendes de leurs parents, etc...

A partir du IV^e siècle avant Jésus-Christ, on assiste à une désagrégation de la *gens*⁶⁷³, laquelle donne liberté aux groupes qui la composent nommés *familia*.

Au sein de la *gens* puis de la *familia*, le *pater familias* est le seul à avoir la capacité juridique pleine et entière. On le dit *sui iuris*, par opposition aux autres membres de la *gens* qui sont des *alieni iuris*. Le *pater familias* a un pouvoir absolu tant sur les individus composant la *gens*⁶⁷⁴, que sur les biens. Par exemple, le *pater familias* a le pouvoir de vie et de mort, pouvoir d'abandonner un membre de la *gens* et même de l'aliéner comme une chose ou un esclave⁶⁷⁵ en vertu de sa *patria potestas*⁶⁷⁶. La *patria potestas* prend fin avec la mort du *pater familias*.

Le pouvoir du *pater familias* s'étend également aux choses. La *gens* puis la *familia* n'a qu'un patrimoine lequel est aux mains du *pater familias* qui exerce seul les droits de propriétaire. Toutefois, il a le devoir de le conserver afin de le rendre intact à ses successeurs. Les fils *alieni iuris* sont un élément du patrimoine du *pater familias*. Toutefois, malgré son statut d'*alieni iuris*, le fils jouit de ses droits de citoyen et possède un « pécule », une somme d'argent confiée par le *pater*, qu'il gère en toute autonomie. Il peut acquérir des biens, lesquels vont augmenter le patrimoine familial, mais il ne peut passer des actes qui créeraient des obligations ou rendraient débiteur le *pater familias*⁶⁷⁷.

⁶⁷³ Le système gentilice était lié à une organisation agraire. L'enrichissement de la plèbe lui fait prendre une importance politique croissante. La conquête de l'Empire entraîne une dispersion matérielle des membres de la *gens* : ELLUL J., *Histoire des institutions – L'antiquité*, éd. P.U.F., coll. Quadrige, 1999, p. 347.

⁶⁷⁴ Ce pouvoir est toutefois limité par des considérations religieuses et morales.

⁶⁷⁵ GIRARD P.-F. ET SENN F., *Manuel élémentaire de droit romain*, 8^{ème} éd. Dalloz, 2003, p. 150 et suiv.

⁶⁷⁶ « Quand un individu atteignait 25 ans, à peine 20% d'entre eux étaient encore sous la *patria potestas* de leur père. A l'époque archaïque, l'autorité paternelle était si forte qu'elle imposait à tous les membres de la famille le respect, surtout vis-à-vis du père mais aussi du grand-père. Ainsi une loi promulguée par le roi Servius Tullius stipulait que si un enfant ou un jeune homme portait la main sur son père ou son grand-père ou un autre de ses parents et qu'une plainte était déposée contre lui pour cet acte, il pouvait être condamné à mort. » RISCH L., « Das älteste lateinische Wort für Sohn », in *Gedenkschrift Paul Kretschmer*, t. 2, Wien 1956, p. 110, in SUDER W., « La mort des vieillards », *La mort au quotidien dans le monde romain*, Actes du colloque organisé par l'Université de Paris IV, édités et présentés par HINARD et LAMBERT, éd. de Boccard, coll. De l'archéologie à l'histoire, 1995.

⁶⁷⁷ DUCOS M., *Rome et le droit*, Librairie Générale Française, Série Antiquité, éd. Le livre de poche, 1996, p. 52.

La *patria potestas* du père est restée très forte pendant de nombreux siècles et ne s'est modifiée que de façon très lente à partir du Bas-Empire.

243. Les *sacra privata* - La religion joue un rôle fondamental dans la *gens* puis la *familia*. La religion des anciens romains a un caractère domestique très marqué. Les romains sont très superstitieux et croient aux présages de toutes sortes⁶⁷⁸. Par conséquent, chaque *gens* puis *familia* a ses dieux protecteurs qui veillent sur elle. Ces dieux sont les ancêtres⁶⁷⁹. La mort n'est pas une fin pour les romains mais une transformation de la vie, l'ancêtre continue à vivre et chaque jour, ses enfants se réunissent autour de son tombeau pour prier ses mânes⁶⁸⁰ selon un rituel spécifique à chaque *gens* : des chants, des formules de prières, des règles pour le sacrifice et les offrandes, etc...C'est le *pater familias*, qui, en tant que prêtre des dieux domestiques, préside les cérémonies⁶⁸¹. Toutefois, le culte des morts obéit à certaines règles communes. Ainsi, il ne peut être rendu par chaque famille qu'aux morts de son sang⁶⁸² et les funérailles ne peuvent être religieusement accomplies que par le parent le plus proche⁶⁸³. Quant au repas funèbre servi pour les funérailles puis régulièrement après la mort, seule la famille a le droit d'y assister et tout étranger en est exclu. Le mort n'accepte d'offrande et ne veut

⁶⁷⁸ « Une parole d'un devin, l'inspection d'une victime, un mot qu'on entend dire, un oiseau qu'on voit passer, un chaldéen ou un haruspice qu'on rencontre, l'éclair qui brille, le tonnerre qui retentit, la vue d'un objet frappé de la foudre, le fait le plus insignifiant, le plus ordinaire, quand il nous semble prédire quelque chose, tout sert à nous épouvanter, et il ne nous est pas possible de goûter un moment de calme. » CICÉRON, *de div.*, II, 72 in BEYRAND H., *De la prohibition des pactes sur succession future en droit romain et en droit français*, éd. Librairie nouvelle en droit et en jurisprudence, 1887, p. 9.

⁶⁷⁹ « Nos ancêtres ont voulu que les hommes qui avaient quitté cette vie fussent comptés au nombre des dieux. » CICÉRON, *De legibus*, II, 22 in FUSTEL DE COULANGES, *La cité antique – Étude sur le culte, le droit, les institutions de la Grèce et de Rome*, 8^{me} éd., Hachette et Cie, 1880, p. 16.

⁶⁸⁰ Mânes était le nom donné aux dieux des ancêtres par les romains.

⁶⁸¹ CATON, *De re rustica*, 143 in PETIT E., *Traité élémentaire de droit romain contenant le développement historique et l'exposé général des principes de la législation romaine depuis l'origine de Rome jusqu'à l'Empereur Justinien*, 4^{me} édition, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence Arthur Rousseau, 1903, p. 88.

⁶⁸² GAUDEMET J. et CHEVREAU E., *Droit privé romain*, 3^{me} édition, Montchrestien, 2009, p. 90.

⁶⁸³ CICÉRON, *de Legibus*, II, 26 in FUSTEL DE COULANGES, *La cité antique – Étude sur le culte, le droit, les institutions de la Grèce et de Rome*, 8^{me} éd., Hachette et Cie, 1880, p. 16.

de culte que de ses descendants, il est hostile à tous ceux qui ne descendent pas de lui⁶⁸⁴. Le fils a le devoir de faire les libations et les sacrifices aux mânes de son père et de tous ses ancêtres car manquer à ce devoir condamne les morts à l'errance et au tourment, tandis que si les sacrifices sont accomplis suivant les rites, l'ancêtre devient un dieu protecteur et apporte de la chance dans la famille⁶⁸⁵.

Cet ensemble de coutumes religieuses qui se transmettent fidèlement de génération en génération constitue les *sacra privata*⁶⁸⁶. Les *sacra privata* ont une importance telle, que leur observation et leur transmission sont confiées à une magistrature religieuse nommée le collège des pontifes. Ce qui importe, à cette époque, n'est pas l'acquisition de richesses⁶⁸⁷ mais la continuation du culte des *sacra* qui permet la survie des ancêtres et par conséquent la survie du monde des vivants.

Ainsi, l'importance du choix du successeur du *pater familias* tant au *sacra privata* qu'au patrimoine du défunt est capitale et restreint de fait le choix du *de cuius*.

244. Le principe de la liberté testamentaire limité par les *sacra privata* -
A Rome, le principe est, dès l'origine, celui de la liberté testamentaire⁶⁸⁸. Le premier écrit légal que nous connaissons sur le testament est la loi des Douze

⁶⁸⁴ FUSTEL DE COULANGES, *op. cit.*, p. 33 ; CHARMONT J., *Études sur les res religiosae et la transmission des sacra privata en droit romain*, thèse Paris, 1881, p. 22.

⁶⁸⁵ « Si l'on cessait d'offrir aux morts le repas funèbre, aussitôt les morts sortaient de leur tombeaux ; ombres errantes, on les entendait gémir dans la nuit silencieuse. Ils reprochaient aux vivants leur négligence impie ; ils cherchaient à les punir, ils leur envoyaient des maladies ou frappaient le sol de stérilité. Ils ne laissaient aux vivants aucun repos jusqu'au jour où leurs repas funèbres étaient rétablis. Le sacrifice, l'offrande de la nourriture et la libation les faisaient rentrer dans leur tombeau et leur rendaient le repos et les attributs divins. L'homme était alors en paix avec eux. Si le mort qu'on négligeait était un être malfaisant, celui qu'on honorait était un dieu tutélaire. Il aimait ceux qui lui apportaient de la nourriture. Pour les protéger, il continuait à prendre part aux affaires humaines ; il y jouait fréquemment son rôle » : FUSTEL DE COULANGES, *op.cit.*, p. 19.

⁶⁸⁶ CHARMONT J., *op. cit.*, p. 22.

⁶⁸⁷ Cela viendra plus tard avec le développement du commerce.

tables⁶⁸⁹. Selon cette loi, le *pater familias* est autorisé à régler lui-même le sort de son patrimoine⁶⁹⁰ après son décès⁶⁹¹ et cette volonté devient loi après avoir été consacrée par les comices. Aucune limitation n'est organisée par la loi. Le testament a pour but premier d'instituer un héritier, continuateur du défunt.

Néanmoins, la liberté de tester n'est pas sans limite puisqu'elle est restreinte par la religion. En effet, l'étude des *sacra privata* montre que le repos des mânes est essentiel dans la société romaine. Le *pater familias* a la lourde charge de désigner dans son testament le contributeur au culte des *sacra privata* et à son propre culte, gage de continuité et de chance dans la famille et de repos éternel pour le *de cuius*. Malgré les textes proclamant la liberté testamentaire, le choix de son successeur dans son testament ne peut être fait à la légère. Le culte des *sacra* est coûteux et même s'il reste à la charge des *sui*, le tiers institué héritier doit fournir les moyens pour assurer les *sacra*⁶⁹². Le risque est grand que celui-ci cherche à échapper à son obligation tout comme les *sui* qui n'ont pas été institués dans le testament. Ainsi, il ne peut pas choisir n'importe quel héritier car si celui-ci refuse de financer le culte des *sacra*, cela revient à les éteindre et à condamner le testateur à l'errance pour l'éternité.

⁶⁸⁸ *Contra* FUSTEL DE COULANGES, *op. cit.*, p. 367 : Selon cet auteur, dans le droit primitif, le fils était héritier sien et nécessaire. Les Douze tables laissent de côté ce principe en considérant que le patrimoine n'appartient plus à la *gens* mais à l'individu. Elles reconnaissent à l'homme le droit de disposer de ses biens par testament. Le testament était néanmoins connu dans le droit primitif. Le *de cuius* pouvait se choisir un légataire en dehors de la *gens* mais à condition de faire agréer son choix par les comices curiates sous la surveillance des pontifes. Seule la volonté de la cité toute entière pouvait déroger à l'ordre établi par la religion.

⁶⁸⁹ La loi des Douze tables a été rédigée vers 450 avant Jésus-Christ.

⁶⁹⁰ *Contra* : BONFANTE, *Corso di diritto romano* (vol. VI), 1930 in LEVY-BRUHL M., *Le testament en droit romain, Cours de droit romain approfondi*, 1948-1949, p. 110 et suiv. Selon BONFANTE, la fonction essentielle du testament primitif est de désigner un successeur au *pater familias*. En revanche, le patrimoine n'est pas transmis car il est collectif.

LEVY-BRUHL M., *op.cit*, p. 126 et suiv. pour lequel le testament primitif et de la loi des Douze tables n'était qu'un acte extra-patrimonial qui n'avait pour but que de désigner le continuateur du culte des *sacra*, le tuteur des incapables et le dirigeant spirituel de la famille, tandis que la répartition des biens se faisait toujours à égalité entre les agnats.

FUSTEL DE COULANGES, *op. cit.*, p. 76 et suiv., selon lequel la propriété est héréditaire de mâle en mâle comme le sont les cultes.

⁶⁹¹ Le fragment relatif au testament est incomplet et nous ne connaissons pas les véritables dispositions du législateur. Ulpien rapporte la disposition des Douze tables en ces termes : « *Uti legassit super pecunia tutelave suæ rei, ita jus esto.* » (XI, §14) in PETIT E., *Traité élémentaire de droit romain contenant le développement historique et l'exposé général des principes de la législation romaine depuis l'origine de Rome jusqu'à l'Empereur Justinien*, 4^{ème} éd. Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1903, § 533 note 1.

⁶⁹² GAUDEMET J. et CHEVREAU E., *op. cit.*, p. 90.

Lorsqu'un testateur n'a pas de descendant, il peut adroger un étranger et en faire son fils soumis à sa *patria potestas* et continuateur du culte des *sacra*⁶⁹³.

En revanche, la répartition des biens du défunt ne fait pas, à l'origine de la *gens*, l'objet d'une répartition par testament. La propriété se poursuit de plein droit par les héritiers car les enfants sont considérés comme ayant déjà été propriétaires des biens. Les biens sont attribués également entre tous les agnats⁶⁹⁴ puisque ces derniers, devenus *sui heredes*⁶⁹⁵, continuent de vivre collectivement sur le fonds commun sans partager les biens⁶⁹⁶. Toutefois, dès avant la loi des Douze tables, il est reconnu au *pater* le droit de disposer par testament de ses biens au profit de son héritier institué⁶⁹⁷.

Ainsi, le *pater familias* ne peut désigner qu'un descendant mâle qui puisse continuer le culte des *sacra privata* ce qui limite, de fait, le choix de son héritier. La réserve est virtuelle et sa fonction est le maintien de la *gens* puis de la *familia* et de ses *sacra privata* afin de pérenniser la société romaine.

⁶⁹³ GIRARD P.-F. ET SENN F., *op. cit.*, p. 168 et suiv.

⁶⁹⁴ « Les agnats sont ceux qui sont (ou qui auraient pu être) soumis à une même puissance paternelle. » GAUDEMET J. et CHEVREAU E., *op. cit.*, p. 38.

⁶⁹⁵ « Les héritiers siens héritaient en vertu d'un droit de copropriété latent qui devenait effectif à la mort du *pater familias* » in MONIER R., *Manuel élémentaire de droit romain*, Tome I, 6^{ème} éd. Domat Montchrestien, 1947 p. 455, n° 326.

« Dès le plus ancien droit romain, l'idée que les descendants directs sont les premiers appelés à prendre cette place, à continuer la personne du défunt, est présente. Elle prend, compte tenu de la structure de la *domus*, une forme très particulière, celle des *sui heredes* : des héritiers siens, littéralement des héritiers d'eux-mêmes, quasiment comme s'ils avaient été propriétaires du vivant de leur père. Ces *sui* sont ceux qui sont placés sous la *potestas* du *pater familias*, vont devenir par sa mort *sui iuris* et par conséquent aptes à continuer sans interruption la maîtrise du patrimoine. Ce sont les fils et filles, petit-fils ou filles d'un fils prédécédé ou émancipé auquel il faut ajouter éventuellement par l'effet du mariage *cum manu* l'épouse, la belle-fille devenue veuve. Enfin, les enfants simplement conçus au moment du décès sont aussi admis à succéder : la règle a été formulée par la loi des Douze tables. » : LEFEBVRE-TEILLARD A., *op. cit.*, p. 241 et suiv. § 175.

⁶⁹⁶ La découverte de nouveaux fragments de Gaius a permis de confirmer l'hypothèse selon laquelle la plus ancienne forme de contrat de société serait le *consortium*, le groupement formé par les fils d'un père décédé, continuant à vivre sur le fonds paternel et à former une sorte de société. Tout le groupe vit en commun et chaque membre voit ses intérêts partagés avec les autres et exerce son activité au profit de tous. Cf. LEPOINTE G., *Droit romain et ancien droit français – Régimes matrimoniaux, libéralités, successions*, éd. Montchrestien, 1958, n° 18.

⁶⁹⁷ « La religion prescrit que les biens et le culte de chaque famille soient inséparables, et que le soin des sacrifices soit toujours dévolu à celui à qui revient l'héritage. » CICÉRON, *De legibus*, II, 19-20 in FUSTEL DE COULANGES, *op. cit.*, p. 76.

La liberté testamentaire est également limitée par les conditions de formation du testament.

B - La liberté testamentaire limitée par les conditions du testament

245. Plan - Le testament romain obéit à des conditions de forme et de fond strictes qui restreignent, de fait, la capacité de disposer du testateur.

246. La liberté testamentaire limitée par la publicité et le contrôle du testament comitial - Dans la Rome primitive, le testament est un acte solennel au formalisme lourd. Ce testament, dit *calatis comitiis* ou testament comitial⁶⁹⁸, doit être fait publiquement et oralement devant les comices curiates sous le contrôle des pontifes⁶⁹⁹. Les comices curiates ne se réunissent que deux fois dans l'année, les 24 mars et 24 mai. A cette époque où l'acte écrit n'existe pas encore, le peuple sert de témoin aux dernières volontés du testateur.

Deux limites empêchent le testateur de désigner librement son successeur. Tout d'abord, le testament est public puisqu'il prend le peuple à témoin. En effet, il faut que le testateur déclare publiquement devant les comices, en premier lieu, qu'il déshérite l'un de ses proches puis en second lieu qu'il institue son nouvel héritier.

Ensuite, le rôle des pontifes étant de contrôler le respect des *sacra* et le testament ayant pour but de choisir un successeur à leur culte, les pontifes se doivent de contrôler le bénéficiaire du testament. Ils en vérifient également les conditions et les

⁶⁹⁸ Pour les soldats prêts à marcher au combat, il existait également le testament *in procinctu*. Le testament se faisait en présence et avec l'approbation sommaire du peuple en armes.

causes ainsi que les dispositions concernant le culte des *sacra*. Ensuite, les comices exercent aussi un contrôle sur le testament⁷⁰⁰.

Ce double contrôle et la publicité du testament empêchent les abus. En effet, même si un romain trouve le courage de déclarer publiquement devant ces assemblées qu'il déshérite un de ses proches, il n'est pas certain que les pontifes ou les comices valident cette exhérédation au nom de la continuation des *sacra*.

247. L'exhérédation – En droit romain, l'essentiel du testament est l'institution de l'héritier du testateur. L'héritier testamentaire ne peut entrer en concours avec un héritier *ab intestat*⁷⁰¹. Cet héritier testamentaire a vocation universelle et perpétuelle à la succession, on ne peut restreindre son droit à un legs particulier, ni imposer de condition ou de terme suspensif. Il est également possible d'instituer plusieurs héritiers en fixant la part qui revient à chacun⁷⁰². La conséquence de ce principe est que le testateur doit, avant d'instituer son héritier, exhériter ses héritiers *ab intestat* selon des formes spéciales.

Ce principe est rattaché par les juristes romains à la copropriété existant entre eux et le chef de famille. Le *suus heres* n'acquiert pas l'hérédité à la mort du *pater familias*, il ne fait que continuer, avec des pouvoirs plus étendus, une propriété qu'il avait du vivant de celui-ci sur le patrimoine commun. Pour dépouiller le *suus* de cette propriété, le *pater* doit l'en priver. Il ne peut, avant cela, l'attribuer à un autre.

Même si l'exhérédation n'est pas limitée par la loi, cette exhérédation formelle limite de fait la liberté testamentaire. Devant les comices curiates, elle permet d'attirer l'attention du peuple et des pontifes sur l'exhérédation, davantage que ne le ferait

⁶⁹⁹ La population rassemblée par le roi se divise en trois tribus (*Titius, Ramnes* et *Luceres* soit romains, étrusques et sabins). Les curies ne sont composées que des *pater* des *gentes*. La réunion des trente curies constitue les *comices curiates* : Cf. ELLUL J., *op. cit.*, p. 246-247.

⁷⁰⁰ Les auteurs sont divisés quant au rôle des comices. Certains admettent que ces derniers n'ont qu'un rôle de témoin au testament tandis que d'autres auteurs y voient un rôle d'autorisation : Cf. LEPOINTE G., *op. cit.*, n° 23.

⁷⁰¹ « *Nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest.* »

⁷⁰² Traditionnellement, cette part était fixée en douzièmes.

une simple omission. Le risque est alors que les comices refusent le testament. En outre, l'exhérédation injustifiée étant vue comme un scandale, elle décourage le testateur d'y procéder.

Ainsi, dans la Rome primitive, malgré une liberté testamentaire absolue et l'absence de garde-fous textuels, les droits successoraux des proches du *de cuius* sont toujours sauvegardés. La réserve, sans être inscrite dans les textes, l'est dans les mœurs. Sa fonction est de sauvegarder la *gens* puis la *familia* et les *sacra* et plus largement la société.

248. La liberté testamentaire limitée par la morale – Par la suite, en raison de la lourdeur et de la publicité du testament comitial, se développe le testament *per æs et libram*⁷⁰³ inspiré de la *mancipatio familiae*⁷⁰⁴. Ce testament est connu de la loi des Douze tables. Par ce testament, le *pater familias* mancipe ses biens à un ami, le *familiae emtor*, en présence de cinq témoins et d'un porte-balance. Le *familiae emtor* a la charge de remettre ces biens aux personnes désignées par le disposant. Ce testament n'a pas valeur de loi comme le testament comitial. La remise des biens ne repose que sur la bonne foi du *familiae emtor* puisque les biens lui sont transmis de manière définitive, le testament est ainsi irrévocable⁷⁰⁵. Par ailleurs, ses bénéficiaires sont limités puisque le testament *per æs et libram* ne peut pas être fait en faveur des personnes se trouvant sous la puissance du *pater*. Ainsi, pour instituer son fils, le *pater familias* doit forcément passer par le testament comitial. Toutefois, ce testament permet de contourner le refus des comices curiates en permettant au *pater* de léguer ses biens à un étranger. Pourtant, à cette époque, l'institution d'un étranger est extrêmement rare. On pense toujours traditionnellement que l'individu a la tâche de transmettre aux générations

⁷⁰³ Testament par la balance et l'airain.

⁷⁰⁴ Le mouvement qui transforme la *mancipatio familiae* en un véritable testament paraît achevé au cours du III^e siècle avant Jésus-Christ : MONIER R., *Manuel élémentaire de droit romain*, Tome I, 6^{ème} éd. Domat Montchrestien, 1947, p. 455 note 1.

⁷⁰⁵ PETIT E., *op. cit.*, p. 528.

suyvantes le patrimoine reçu de ses pères⁷⁰⁶. L'individualisme n'existe pas à Rome, l'individu doit pour son bien, obéir à ses parents, à l'Empereur et à Dieu⁷⁰⁷. Ainsi, la liberté de tester continue d'être, dans les faits, restreinte par la morale⁷⁰⁸.

Cette fonction sociale de sauvegarde de la famille se retrouve également dans l'interdiction de conclure un contrat portant sur une succession non ouverte à partir de l'époque classique.

§ II – L'apparition de la prohibition des pactes sur succession future à l'époque classique et au Bas-Empire

249. Présentation – La prohibition des pactes sur succession future apparaît tardivement dans le droit romain. A l'époque primitive, le testament est d'une importance telle qu'il ne peut faire l'objet d'un contrat. Ce n'est qu'en raison de l'affaiblissement des mœurs à l'époque classique que la prohibition se développe dans le but de protéger la liberté de tester.

À l'époque classique, la profession de capteur d'héritage ou coureur de succession⁷⁰⁹ se développe. Certaines personnes courtisent des vieillards ou encore le père d'un jeune homme en mauvaise santé afin d'être institué héritier et font en sorte de se faire substituer vulgairement afin d'hériter au cas où le fils viendrait à mourir avant le père. Mais le testament étant révocable, le capteur doit continuer ses soins jusqu'au décès espéré. Les capteurs d'héritage imaginent par conséquent de se faire instituer par contrat afin que la personne ayant consenti le pacte ne puisse plus

⁷⁰⁶ LHULLIER-MARTINETTI, *L'individu dans la famille à Rome au IV^e siècle d'après l'œuvre d'Ambroise de Milan*, éd. des presses universitaires de Rennes, 2008, p. 211.

⁷⁰⁷ LHULLIER-MARTINETTI, *ibidem*, p. 241.

⁷⁰⁸ MOREAU J.-L., « Patrimoine et successions à Larinum au I^{er} siècle av. J.-C. », *Revue historique de droit français et étranger*, 1986, p. 169.

⁷⁰⁹ *Testamentorum captatores*.

revenir sur sa décision⁷¹⁰. Il devient également fréquent de contracter des dettes sur son héritage à venir.

Pour ces raisons, à l'époque classique⁷¹¹, dans le Digeste⁷¹², apparaissent les premiers cas de nullité de pactes sur succession future. Ce sont les jurisconsultes qui ont établi cette prohibition au cas par cas. Aucun texte général ne l'établit. Au Bas-Empire, en 531, Justinien prohibe les conventions entre héritiers présomptifs par une loi qui précise les fondements de la prohibition (A). Pourtant, tous les pactes sur succession future ne sont pas prohibés, les fondements de la prohibition permettent d'effectuer un tri entre les pactes prohibés (B) et autorisés (C).

A – Les fondements de la prohibition

250. Fondements de la prohibition – Les cas étudiés dans le Digeste permettent de faire ressortir plusieurs fondements à la prohibition des pactes sur succession future.

Tout d'abord, ces pactes sont contraires aux bonnes mœurs. Les bonnes mœurs sont de très anciens usages découlant des traditions civiques anciennes et du droit naturel⁷¹³. Les bonnes mœurs sont, tout comme les coutumes, équivalentes à des

⁷¹⁰ BEYRAND H., *De la prohibition des pactes sur succession future en droit romain et en droit français*, éd. Librairie nouvelle en droit et en jurisprudence, 1887, p. 16.

⁷¹¹ Bien que certains auteurs pensent que la prohibition remonte à une période plus ancienne de Rome : Cf. LAMBERT M. E., *Droit romain – Des pactes sur succession future et du partage amiable*, thèse Paris, 1892, p. 11.

⁷¹² Le Digeste est un recueil de consultations juridiques données par les grands jurisconsultes.

⁷¹³ « *Boni mores ii, qui sunt cum honestate conjuncti, vel potius cum natura et jure gentium; quibus sequimur id quod natura rectum et honestum est, quod ex gentium jure.* » Hug. Don. op., éd. Flor., 7. c. 129. – CUJAS, ad &. 6, C. de part. in FAURE S., op. cit., p. 2. Les bonnes mœurs ne sont pas édictées par les autorités publiques mais découlent des traditions civiques anciennes ou du ius naturale. C'est un ensemble de principes coutumiers de conduite reconnus par tous et obligatoires. Pour plus de précisions, voir DEROUSSIN D., *Histoire du droit des obligations*, éd. Economica, corpus Histoire du droit, 2007, p. 378-379.

lois⁷¹⁴. Or, les pactes sur succession future sont contraires aux lois sur les successions puisque seul le testament peut instituer un héritier, pas un contrat.

Le pacte sur succession future a également pour effet de priver le *de cuius* de sa liberté de tester alors que le droit de tester est plus qu'un droit, c'est un devoir dont le but est de sauvegarder les *sacra* et il doit pouvoir être conservé jusqu'à la mort.

En outre, les jurisconsultes souhaitent éviter le *votum mortis* soit l'espérance de voir mourir celui qui doit donner ses biens en héritage. Dans cette période trouble de l'histoire romaine, ce souhait peut facilement devenir réalité⁷¹⁵.

On considère enfin qu'acquérir une hérédité à l'aide d'une convention au lieu de chercher à la mériter par ses soins à l'égard de celui dont on convoite la fortune est immoral.

Ces fondements permettent de distinguer les pactes prohibés des pactes autorisés.

B – Les pactes sur succession future prohibés

251. Plan - Les jurisconsultes ont établi la prohibition des pactes sur succession future selon les cas qui leur étaient soumis. La lecture du Digeste permet de dégager deux types de pactes prohibés : les pactes sur sa propre succession et les pactes sur la succession d'un tiers.

⁷¹⁴ L. 32, §1, D., de leg. « *Stipulatio hoc modo concepta : si heredem me non feceris, tantum dare spondes ? inutilis est, qui contra bono mores est hæc stipulatio.* » « *Invetera consuetudo pro lege non immerito custoditur....Nam cum ipsæ leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod iudicio populi receptæ sunt : merito et ea, quæ sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes : nam quid interest, suffragio populus voluntatem suam declaret, an rebus ipsis et factis ?* » in FAURE S., op. cit., p. 3.

⁷¹⁵ « *A Rome, trop souvent un souhait pareil eut été pour le donateur un arrêt de mort* » LABOULAYE, *Recherches sur la condition civile et politique des femmes depuis les romains jusqu'à nos jours*, Paris 1845, p. 390 in BATON A., *Des pactes sur succession future en droit romain*, thèse Paris, 1976, p. 14.

252. Le pacte de succession - Le pacte *de succedendo* est celui par lequel un futur *de cuius* promet de faire acquérir une succession à son héritier. Dans le Digeste, les empereurs Valérien et Gallien déclarent sans valeur le pacte de succession contenant la promesse, faite par un père à sa fille dans son contrat dotal, qu'elle aurait dans sa succession une part égale à celle de son frère. On considère comme immoral que la fille acquière par convention une hérédité au lieu de la mériter et on estime que cette convention limite la faculté de tester du père.

Pour les mêmes raisons, les empereurs Dioclétien et Maximien annulent la convention selon laquelle il était convenu que l'époux succéderait aux biens de son épouse qui ne lui étaient pas destinés à titre de dot⁷¹⁶.

253. Le pacte de non succession⁷¹⁷ est celui par lequel on amène ses héritiers présumptifs à renoncer légalement à leurs droits. Ainsi, c'est inutilement qu'un père établit dans un pacte dotal qu'il n'avait doté sa fille qu'à condition qu'elle ne revendiquerait plus rien dans son hérédité. Cette clause est sans effet⁷¹⁸. De même, Justinien⁷¹⁹, alors qu'un père avait fait une donation à l'un de ses enfants en convenant avec celui-ci qu'il n'intenterait pas la *querela* contre son testament, décide que l'enfant donataire peut néanmoins attaquer le testament, à condition qu'après le décès du père il ne se soit pas engagé envers les héritiers à ne pas intenter cette action. Le motif qui détermine Justinien est le respect dû à la loi sur les successions et le respect des bonnes mœurs puisqu'il vaut mieux encourager par des bienfaits les enfants à remplir leurs devoirs envers leurs parents plutôt que de les y forcer par des conventions obligatoires.

⁷¹⁶ L. 52, § 9, D., *pro socio* in FAURE S., *op.cit.*, p. 7.

⁷¹⁷ *de non succedendo*.

⁷¹⁸ Lois 16, D. *De suis et leg. Her.*, 38, 16, et 3, C. *De coll.*, 6, 20 in BEYRAND H., *op. cit.*, p. 29, n 28.

⁷¹⁹ Loi 35, C., *De inoff. test.*, 3, 28 in BEYRAND H., *op. cit.*, p. 30, n° 28.

254. Le pacte sur succession mutuelle⁷²⁰ est celui dans lequel deux personnes se constituent par pactes mutuellement héritières l'une de l'autre. Ces conventions, comme l'on dit les Empereurs Dioclétien et Maximien, ne valent même pas comme donation à cause de mort puisqu'elles sont contraires aux bonnes mœurs et peuvent inspirer un *votum mortis*.

Celui qui a renoncé par avance à une succession non encore ouverte peut malgré tout, après l'ouverture de celle-ci, faire adition d'hérédité ou demander la *bonorum possessio*⁷²¹.

255. Les pactes sur succession future d'un tiers déterminé sans le consentement de ce dernier ou de *hereditate tertii viventis* sont prohibés. Ce pacte est conclu entre un héritier éventuel et un tiers. Ainsi la donation de biens dépendant d'une hérédité qu'une personne espère recueillir un jour est nulle puisque contraire aux lois sur les successions et aux bonnes mœurs⁷²².

256. Sanction – Les pactes sur succession future sont entachés de nullité absolue⁷²³. Outre la nullité, les auteurs de ces conventions deviennent indignes à la succession pour laquelle ils ont conclu un pacte sur succession future.

Toutefois, tous les pactes sur succession future ne sont pas prohibés. Le droit romain autorise ceux qui ne vont pas à l'encontre des fondements sus-évoqués.

C – Les pactes sur succession future autorisés

⁷²⁰ *de mutua successione*.

⁷²¹ L. 94, D. *De adq. vel omit. hered.*, 29, 2. in FAURES., *op. cit.*, p. 8.

⁷²² L. 29, §2 D. *De donat.*, 39, 5, in FAURES., *op. cit.*, p. 6.

Plan - On trouve malgré tout en droit romain des pactes sur succession future autorisés⁷²⁴. Tout comme les pactes prohibés, les pactes autorisés n'ont pas de cause commune. Ils sont autorisés au cas par cas par le Digeste⁷²⁵.

257. Les pactes sur succession d'un tiers déterminé avec son consentement – Ainsi, *il est admis* que la convention faite par des tiers relativement à la succession d'une personne vivante est valable quand celle-ci a donné son consentement et a persisté dans les mêmes dispositions jusqu'à sa mort⁷²⁶. L'assentiment du *de cujus* fait disparaître toute crainte d'idées perverses dans l'esprit des contractants⁷²⁷. On en trouve un exemple dans la loi 2 C. *Théod.* 2, 24, par laquelle Constantin autorise le partage des biens de la mère avec le consentement de celle-ci⁷²⁸. Le consentement du tiers ne le lie pas et il peut être retiré à tout moment, retirant par là-même la validité du pacte.

258. Le partage d'ascendant ou *divisio inter liberos* est fait en dehors de tout testament et n'est qu'un simple usage à son origine. En raison de son caractère coutumier, il n'est pas attributif de droit. Ainsi, l'usage voulait que l'ascendant remette les biens aux descendants en leur laissant

⁷²³ « *Pacta quæ contra leges constitutionesque, vel contra bonos mores sunt, nullam vim habere, indubitati juris est* » L. 6, C., de pact. – Conf. I. 2 pr., D., de pact. in FAURE S., *op. cit.*, p. 13.

⁷²⁴ Nous n'étudierons pas les pactes sur succession future autorisés spéciaux tel que le pacte conclu au cas de l'adrogation d'un impubère entre l'adrogeant et une personne publique ou le pacte sur la succession d'un esclave affranchi par son vendeur.

⁷²⁵ BEYRAND H., *op. cit.*, p. 37.

⁷²⁶ JUSTINIEN, loi 30, C., *De pactis* in BEYRAND H., *op. cit.*, p. 53, n° 52.

⁷²⁷ L. ult., C., de pactis : « *Nisi ipse forte, de cujus hereditate pactum est, voluntatem suam eis accommodaverit, et in ea usque ad extremum vitæ suæ spatium perseveraverit : tunc etenim, sublata acerbissima spe, licebit eis, illo sciente et jubente, hujus modi pactiones servare.* » in FAURE S., *op. cit.*, p. 31.

⁷²⁸ BEYRAND H., *op. cit.*, p. 54.

l'administration et la jouissance, tout en conservant la propriété⁷²⁹. Les enfants apportionnés ne deviennent propriétaires qu'au décès de l'ascendant parce que le juge chargé du partage se doit de se conformer à la distribution faite par l'ascendant en transférant aux ayants-droit les objets indiqués⁷³⁰. C'est Justinien qui introduit l'obligation de dresser un écrit contenant les biens composant les lots des descendants et paraphé de tous ceux prenant part au partage⁷³¹.

259. La donation de biens présents et à venir - Justinien, dans la loi 35, §4, C., *de donat.*, précise que les donations sont valables par le seul consentement des parties. Ainsi, les donations de biens à venir deviennent possibles⁷³².

260. L'hypothèque de biens à venir. Afin de favoriser le crédit, les parties pouvaient également convenir d'une hypothèque générale sur les biens présents et provenant de successions futures⁷³³.

261. Conclusion de section – Contrairement à la croyance, la liberté de tester n'est pas absolue en droit romain. Elle est originellement limitée par les *sacra privata* puisque le culte des mânes impose que la conduite de ce culte et de la *gens* soit faite par un descendant mâle. La forme publique du testament et le contrôle de celui-ci empêchent également les exhérédatations. Plus tard, la morale continue de sauvegarder la transmission du patrimoine à la famille puisque les exhérédatations sont très rares. Lorsque les mœurs n'ont plus été assez puissantes et que des contrats sur les successions futures ont été créés, s'est mise en place la prohibition des pactes sur succession future dans le but de conserver la liberté de tester.

⁷²⁹ L. 2, C. Théod., 2, 24 in BEYRAND H., *op. cit.*, p. 49, § 45 ; FAURE S., *op. cit.*, p. 17 à 19.

⁷³⁰ L.21, C., *familiæ exercisc*, 3, 36 in FAURE S., *op. cit.*, p. 21.

⁷³¹ FAURE S., *op. cit.*, p. 21.

⁷³² FAURE S., *op. cit.*, p. 25.

Tout comme en droit romain, la réserve héréditaire du Code civil poursuivait le but de sauvegarder la famille. Toutefois, les rédacteurs du Code civil ont voulu qu'il ne s'agisse que de la famille légitime et du premier conjoint.

Section II – La réserve, gardienne d'un modèle familial unique dans le Code civil

262. La primauté de la famille - La famille, dirigée par le *pater familias*, joue un rôle central dans le Code civil. C'est la cellule de base de l'ordre social. La famille regroupe plusieurs fonctions. Elle est d'abord un patrimoine qui assure un rôle important dans le fonctionnement économique de la société en unissant deux familles, deux fortunes, deux propriétés agricoles. Elle fournit également les enfants⁷³⁴. Enfin, elle constitue un facteur de stabilité politique. Toutefois, il s'agit d'une famille bien définie : la famille légitime composée d'un père, sa première épouse et leurs enfants. Pour les rédacteurs du Code civil, l'enfant illégitime et le second conjoint sont des facteurs de désordre contrariant la paix des familles. Celui dont la naissance est intervenue en dehors de la loi doit vivre en dehors de la famille⁷³⁵. Quant au patrimoine, il doit rester au sein de la famille et ne doit, en aucun cas, passer dans des mains étrangères. La société est encore très imprégnée des idées de l'ancien régime et souhaite éviter les divisions dans le groupe familial⁷³⁶.

Le Code civil a ainsi mis en place des restrictions au droit de disposer. Cette défaveur s'observe au détriment des enfants illégitimes (§ I) et des conjoints subséquents (§ II).

⁷³³ BEYRAND H., *op. cit.*, p. 53.

⁷³⁴ TISSERAND A., *L'enfant adultérin*, thèse Strasbourg 1990, p. 125 et suiv.

⁷³⁵ TISSERAND A., *op. cit.*, p. 134.

⁷³⁶ RONDEAU-RIVIER M.-C., *Le remariage*, thèse Lyon, 1981, p. 14, § 8.

§ I – La défaveur pour les enfants illégitimes

263. Présentation historique – Il n'avait jamais été question de la famille illégitime avant le Code civil car celle-ci n'avait pas d'existence légale. Le droit romain était indifférent quant aux enfants illégitimes. La maternité résultait de l'accouchement tandis que la paternité ne pouvait être établie que par le mariage. Ainsi, il n'existait aucunes dispositions propres aux enfants illégitimes, ceux-ci étaient traités par le droit comme des enfants légitimes : ils héritaient de leur mère au même titre que les enfants légitimes. Ce n'est qu'à partir de Constantin, sous l'influence du christianisme, que le droit prend en compte la situation des enfants naturels. Une graduation naît entre les enfants illégitimes en fonction de la faute de leurs parents dans laquelle les enfants adultérins et incestueux occupent la place la plus basse puisqu'ils sont privés du droit de demander des aliments à leur auteur⁷³⁷.

Sous la société franque, les mœurs sont libres. Mais sous l'influence de l'Église qui souhaite imposer le mariage à tous les chrétiens, le bâtard est exclu de la famille : « *Bâtards ne succèdent point.*⁷³⁸ » L'ancien droit, tant dans les pays de coutumes que dans ceux de droit écrit, n'accordait aucun droit de succession aux enfants illégitimes, même reconnus⁷³⁹. Toutefois, l'enfant illégitime a droit à des aliments car pour l'Église, l'homme coupable de relations illicites doit assumer ses responsabilités. Ces solutions sont reprises par le droit laïc. Ces actions en faveur des bâtards ont pour conséquence de susciter une hostilité marquée et de développer une méfiance envers les filles enceintes dès le XVIII^e siècle. Il devient de plus difficile pour les mères d'obtenir des aliments car les tribunaux font preuve de plus en plus d'indulgence envers les pères.

⁷³⁷ TISSERAND A., « De l'apparition aux dernières séquelles du statut d'infériorité de l'enfant illégitime », *Le droit de la famille en Europe, son évolution de l'antiquité à nos jours*, actes des journées internationales d'histoire du droit publié sous la direction de Roland Ganghofer, éd. des Presses universitaires de Strasbourg, 1992.

⁷³⁸ Bâtard était l'expression comprenant tous les enfants qui n'étaient pas nés d'un mariage légitime.

⁷³⁹ Seuls des aliments pouvaient être procurés aux enfants illégitimes.

Les lois révolutionnaires des 4 juin 1793 et 12 brumaire an II, soucieuses d'égalité, donnent aux enfants naturels les mêmes droits successoraux qu'aux enfants légitimes et aux enfants adultérins le tiers des droits auxquels ils auraient eu droit s'ils avaient été légitimes⁷⁴⁰.

Le Code civil de 1804 doit transiger entre la méfiance envers les enfants illégitimes, héritée de l'ancien droit, et les idées d'humanité et de justice qui imposent d'accorder un droit de succession à la parenté naturelle⁷⁴¹ à la condition qu'il soit proportionné. La peur du désordre social commande finalement d'imposer des restrictions au droit de disposer en faveur des enfants illégitimes. Par conséquent, le Code civil revient sur l'égalité des enfants illégitimes en graduant la restriction au droit de disposer selon la gradation de la faute à l'origine de leur naissance et en distinguant les enfants adultérins ou nés de l'inceste (A) des enfants naturels (B).

A – Les enfants adultérins et incestueux : la négation absolue

264. Les « non-droits » des enfants adultérins et incestueux - Les enfants adultérins ou incestueux sont absents du Code civil. Ils paient « *le crime qui leur a donné naissance*⁷⁴². » le Code civil aurait voulu les occulter mais il les évoque dans leurs « *non-droits*⁷⁴³ » reposant sur trois articles du Code civil : l'article 335 qui prohibe leur reconnaissance volontaire, l'article 342 qui interdit toute action en recherche de paternité ou de maternité et l'article 331 qui proscrit leur légitimation⁷⁴⁴.

⁷⁴⁰ VALLIER E., *Le fondement successoral du droit français*, Librairie de la société du recueil général des lois & des arrêts, 1902, n° 283 à 289.

⁷⁴¹ MAZEAUD H., J. et L., *op. cit. note*, § 757.

⁷⁴² « *La naissance d'un enfant, fruit de l'inceste ou de l'adultère, est une telle monstruosité dans l'ordre social, une vraie calamité pour les mœurs...il serait à désirer qu'on pût en éteindre jusqu'au souvenir.* » Cf. FENET et la communication officielle au tribunal faite par le tribun LAHARY au nom de la section de législation, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, t. I, éd. Au dépôt, 1827, t. X, p. 196 et 200.

⁷⁴³ LEFEBVRE-TEILLARD A., *op. cit.*, § 278.

⁷⁴⁴ TISSERAND A., *op. cit.*, p. 146.

Qui dit absence de lien de parenté dit également absence de succession. Les enfants adultérins ou incestueux ne bénéficient d'aucuns droits successoraux *ab intestat* dans la succession de leurs parents, conformément à l'article 762 du Code civil⁷⁴⁵.

265. La restriction absolue de disposer en faveur de l'enfant adultérin et incestueux - Cette absence de droit de succession ne peut être suppléée par une libéralité. La combinaison des articles 908⁷⁴⁶ et 762 du Code civil leur interdit d'être gratifié d'une donation ou d'un testament⁷⁴⁷. En effet, si la filiation n'est pas reconnue en droit, parent et enfant adultérin sont considérés comme des étrangers. Pour cette raison, afin d'éviter qu'un enfant adultérin non reconnu par son parent soit gratifié d'une libéralité, la jurisprudence établit que si le disposant a souhaité gratifier la personne qu'il pense être son enfant naturel simple, incestueux ou adultérin, alors que cette filiation ne peut être établie légalement, il agit en vue d'un but illicite et la libéralité doit être déclarée nulle⁷⁴⁸. La preuve de la cause immorale de la libéralité est libre⁷⁴⁹.

La jurisprudence a essayé de tempérer les effets très durs des dispositions du Code civil. Ainsi, la Cour de cassation a fini par admettre tardivement la divisibilité de la filiation⁷⁵⁰. Selon cet arrêt, l'enfant issu des rapports de deux auteurs dont l'un seulement était marié doit être considéré comme un enfant naturel simple à l'égard de son auteur non marié. La restriction au droit de disposer, qui s'imposait jusqu'alors aux deux parents, ne s'applique plus qu'au parent dans les liens d'un mariage.

⁷⁴⁵ Selon l'article 762 du Code civil de 1804 : « *Les dispositions des articles 757 et 758 ne sont pas applicables aux enfans adultérins ou incestueux. La loi ne leur accorde que des aliments.* »

⁷⁴⁶ Selon l'article 908 du Code civil de 1804 : « *Les enfans naturels ne pourront, par donation entre-vifs ou par testament, rien recevoir au-delà de ce qui leur est accordé au titre des Successions.* »

⁷⁴⁷ TISSERAND A., *op. cit.*, p. 174.

⁷⁴⁸ Req. 17 mars 1812 ; 7 déc. 1840 ; 31 juillet 1860 : *D.P.*60.1.458 ; Civ. 22 janv. 1867 : *D.P.* 67.1.5, note BEUDANT ; *S.* 67.1.49, note MOREAU ; Req. 6 déc. 1876 : *D.P.* 77.1.492 ; *S.* 77.1.67 ; Req. 15 juill. 1878 : *D.P.* 79.1.22 ; Req. 29 juin 1887 : *D.P.* 88.1.295, *S.* 87.1.358.

⁷⁴⁹ Cass. Civ. 2 janv. 1907, *D.P.* 1907.1.137, note COLIN A. ; *S.* 1911.1.585, note WAHL.

⁷⁵⁰ Arrêt Simon, Cass. Plénière, 23 juin 1967 in TISSERAND A., *op. cit.*, p. 192.

En outre, les juges ont adouci la jurisprudence relative à la cause immorale de la libéralité faite à un enfant adultérin en décidant que la preuve de l'immoralité de la cause devait résulter des termes même de l'acte⁷⁵¹.

266. L'obligation de lui fournir des aliments - Toutefois, le législateur n'a pas osé renier l'héritage du droit canonique en privant l'enfant adultérin ou incestueux de son droit naturel à obtenir des aliments de son parent. Ainsi, le Code civil leur accorde un droit aux aliments à prendre sur la succession⁷⁵². En revanche, le parent peut s'en affranchir en ayant donné des aliments à l'enfant adultérin ou incestueux de son vivant ou en lui ayant appris un art mécanique⁷⁵³.

L'ordre public successoral bourgeois restreint également, dans une moindre mesure, le droit de disposer en faveur des enfants naturels.

B - L'enfant naturel : des droits restreints

267. Présentation - Le sort des enfants naturels est source de discussions lors de la rédaction du Code civil. Les uns pensent qu'ils sont innocents des fautes de leurs parents et qu'il serait injuste de les en punir. Toutefois, on ne doit pas pour autant les traiter comme des enfants légitimes. Les autres pensent que les intérêts de la morale publique ne permettent pas que les

⁷⁵¹ Civ. 12 octobre 1954 : *D.* 1955.452, *JCP* 1955, II, 8515, note ESMEIN A. ; Civ. 7 juin 1955 : *D.* 1956, somm. 47 ; Civ. 13 avril 1956 : *D.* 1956.506, *S.* 1956.55 ; Civ. 20 mai 1957 : *D.* 1957.541 ; Civ. 1^{re}, 4 juillet 1960 : *D.* 1960.617.

⁷⁵² Article 763 du Code civil.

⁷⁵³ Article 764 du Code civil.

enfants naturels soient traités avec faveur⁷⁵⁴ car cela encouragerait le désordre des mœurs. De plus, cela serait injuste pour le conjoint survivant puisque l'enfant naturel bénéficierait, autant que l'enfant légitime, des bénéfices de la communauté. Enfin, cela conduirait forcément à adopter la même solution pour les enfants adultérins et incestueux⁷⁵⁵.

Finalement, il est décidé que seuls les membres de la famille légitime sont dignes de porter le titre d'héritier et de continuer la personne du défunt. Le Code civil n'accorde pas aux enfants naturels « *les honneurs et les droits* » de la légitimité⁷⁵⁶. Les premiers projets du Code civil ne semblent donner à l'enfant naturel qu'un droit de créance. Puis le mot « *créance* » est remplacé par celui de « *droit* » sur les biens de ses père et mère décédés⁷⁵⁷. Toutefois, l'enfant naturel n'a pas le titre d'héritier et est un successeur irrégulier dépourvu de saisine⁷⁵⁸. Cela permet de concilier les droits de la nature avec les exigences des bonnes mœurs, la faveur due au mariage et les droits des familles⁷⁵⁹.

L'enfant naturel n'entre pas dans la famille de son auteur. Selon l'article 756⁷⁶⁰, la reconnaissance ne crée de lien juridique qu'entre l'enfant et son auteur mais en aucun cas entre l'enfant et ses autres ascendants ou ses collatéraux⁷⁶¹. Par conséquent, l'enfant naturel n'a de droit que dans la succession de son auteur mais n'en a aucun dans la succession de ses grands-parents, ni de son propre chef, ni par représentation.

⁷⁵⁴ CHABOT DE L'ALLIER M., *Commentaire sur la loi des successions*, tome second, 5^e édition, Chez Nêve, 1818, p. 2.

⁷⁵⁵ LAMBRECHTS H., *Les droits successoraux des enfants naturels*, Extrait de la Revue catholique des Institutions et du Droit, Imprimerie Et Lithographie Joseph Baratier, 1896, p. 13 ; BALLETT F., *Des droits des enfants naturels légalement reconnus dans la succession de leurs père et mère d'après la loi du 25 mars 1896*, thèse Nancy, 1899, p. 15.

⁷⁵⁶ Cf. FENET et la communication officielle au tribunal faite par CHABOT DE L'ALLIER M., *op. cit.*, tome XII, p. 193.

⁷⁵⁷ FENET, *ibidem*, tome XII, p. 29.

⁷⁵⁸ TISSERAND A., *op. cit.*, p. 164.

⁷⁵⁹ FENET, *op. cit.*, tome XII, p. 194.

⁷⁶⁰ Selon l'article 756 du Code civil de 1804 : « *Les enfans naturels ne sont point héritiers; la loi ne leur accorde de droits sur les biens de leur père ou mère décédés, que lorsqu'ils ont été légalement reconnus. Elle ne leur accorde aucun droit sur les biens des parens de leur père ou mère.* »

Le Code civil restreint également la liberté de disposer en faveur de l'enfant naturel (1) et permet également de l'exclure de la succession au moyen d'un pacte sur succession future (2). La réserve de l'enfant naturel apparaît alors comme un mécanisme bien curieux (3). Toutefois, cette position n'apparaît pas tenable et des améliorations notables sont accordées à l'enfant naturel au cours du XIX^e siècle (4).

1 – La restriction au droit de disposer en faveur de son enfant naturel

268. Les restrictions au droit de disposer - L'enfant naturel est victime de restriction au droit de disposer en sa faveur. Son parent naturel ne peut suppléer la défaveur de la loi par des libéralités. En effet, l'enfant naturel ne peut recevoir par des libéralités plus que ce qu'il peut recevoir dans la succession *ab intestat*, selon l'article 908 du Code civil⁷⁶². La part de l'enfant naturel, en concurrence avec les enfants légitimes, est toujours une part restreinte⁷⁶³. Cette part varie selon le nombre et la qualité des héritiers avec lesquels il vient en concours : un tiers de la part héréditaire que l'enfant aurait eu s'il avait été légitime si le père ou la mère laisse des descendants légitimes ; la moitié lorsque les père et mère ne laissent pas de descendants mais des ascendants ou des frères et sœurs et les trois quarts lorsque les père

⁷⁶¹ La loi admet des droits dans la succession de l'enfant naturel en cas de décès de ses père et mère et de ses descendants, au profit de ses frères et sœurs naturels.

⁷⁶² Selon l'article 908 du Code civil de 1804 : « *Les enfants naturels ne pourront par donation entre vifs ou par testament, rien recevoir au-delà de ce qui leur est accordé au titre des successions.* »

⁷⁶³ Selon l'article 757 du Code civil de 1804 : « *Le droit de l'enfant naturel sur les biens de ses père et mère décédés, est réglé ainsi qu'il suit : si le père ou la mère a laissé des descendants légitimes, ce droit est d'un tiers de la portion héréditaire que l'enfant naturel aurait eu s'il eût été légitime; il est de la moitié lorsque les père ou mère ne laissent pas de descendants, mais bien des ascendants ou des frères et sœurs; il est des trois quarts lorsque les père ou mère ne laissent ni descendants, ni frères, ni sœurs.* »

et mère ne laissent ni descendants ni ascendants ni frères et sœurs⁷⁶⁴. Ce n'est que lorsque les père et mère ne laissent aucun parent au degré successible que l'enfant naturel a droit à la totalité de la succession selon l'article 758⁷⁶⁵ du Code civil⁷⁶⁶. L'enfant naturel prime tout de même le conjoint survivant.

Outre la restriction de la part héréditaire *ab intestat*, l'enfant naturel ne peut être gratifié de la quotité disponible. Il est ainsi traité de pire manière qu'un tiers.

269. L'imputation des libéralités - Lorsque l'enfant naturel a bénéficié de libéralités du défunt, il doit imputer les libéralités reçues du défunt au lieu de les rapporter⁷⁶⁷. L'imputation a pour but d'empêcher le père ou la mère de l'enfant naturel d'augmenter la portion qui lui est due dans la succession par des libéralités⁷⁶⁸. L'imputation est-elle un rapport nommé autrement ou

⁷⁶⁴ AUBRY et RAU, *op. cit.*, tome IX, p. 461 § 605 : Pour déterminer la portion de l'enfant légitime, on fait entre les enfants légitimes et l'enfant naturel envisagé comme un enfant légitime, un partage provisoire de l'hérédité. On obtient ainsi la quote-part héréditaire qu'aurait recueillie l'enfant naturel en qualité d'enfant légitime. On prend ensuite la quotité applicable dans chaque cas de cette quote-part et le résultat de cette dernière opération indique la portion qui doit en réalité lui revenir.

Ce mode de calcul est confirmé par la jurisprudence de la Cour de cassation qui dispose « que cette quotité est constamment déterminée d'après la part que l'enfant naturel aurait recueillie s'il eut été légitime ; en telle sorte que, pour régler sa position dans les biens, il faut le supposer légitime, établir fictivement le droit qu'il aurait eu dans cette hypothèse, et lui en attribuer la quote-part qui est fixée selon les éventualités prévues aux articles 757 et 761. » : Cass., 16 juin 1847 : D. I, 265.

Cette façon de faire est critiquée par la doctrine. Tout d'abord, elle a l'inconvénient de ne pas maintenir un rapport constant entre la part de l'enfant naturel et celle de l'enfant légitime. En outre, quand il y a plusieurs enfants naturels, on ne donne pas à chacun d'eux la moitié de ce qu'il aurait eu s'il avait été légitime puisqu'il ne bénéficie pas des retranchements de ses frères et sœurs, lesquels grossissent la part des enfants légitimes. Pour plus de précisions, voir PLANIOL M. et RIPERT G., *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, Régimes matrimoniaux, les successions, les donations et testaments, 11^{ème} éd. L.G.D.J., 1932, § 1831.

⁷⁶⁵ Selon l'article 758 du Code civil de 1804 : « L'enfant naturel a droit à la totalité des biens lorsque ses père ou mère ne laissent pas de parents au degré successible. »

⁷⁶⁶ La portée de l'article 758 a été restreinte par la loi de 1891 qui a accordé, dans tous les cas, au conjoint survivant, un droit d'usufruit variable sur la succession de son conjoint prédécédé.

⁷⁶⁷ Selon l'article 760 du Code civil de 1804 : « L'enfant naturel ou ses descendants sont tenus d'imputer sur ce qu'ils ont droit de prétendre tout ce qu'ils ont reçu du père ou de la mère dont la succession est ouverte, et qui serait sujet à rapport (...) . »

⁷⁶⁸ M. CHABOT DE L'ALLIER dans son rapport au Tribunal déclare que l'imputation « est pour les héritiers légitimes une garantie que les enfants naturels n'auront pas plus que la loi leur permet de leur donner. » : FENET, *op. cit.*, tome XII, p. 194.

diffère-t-elle, dans ses procédés et résultat, du rapport? Selon la jurisprudence, il ne faut pas faire de différence entre le rapport et l'imputation⁷⁶⁹. Par conséquent, les articles relatifs au rapport sont applicables à l'imputation notamment les articles 855, 856, et 860, 861, 862, 863 et 864 qui règlent le rapport en moins prenant des immeubles donnés⁷⁷⁰. En revanche, contrairement au rapport, l'enfant naturel ne peut pas en être dispensé par préciput, ni en renonçant à la succession de son auteur, conformément à l'article 708 du Code civil⁷⁷¹. L'imputation doit avoir lieu de tout ce que l'enfant naturel a reçu mais également ses descendants ou son conjoint puisque ceux-ci sont réputés, de plein droit, personnes interposées. Si la libéralité excède la portion que l'enfant naturel peut recevoir dans la succession, elle sera alors soumise aux règles de la réduction. Cette règle a pour effet de dissuader les parents d'un enfant naturel de le reconnaître. Ils peuvent alors, en tant qu'étranger, le gratifier de toute la quotité disponible⁷⁷².

En outre, les rédacteurs du Code civil ont créé une exception dans la prohibition des pactes sur succession future afin de permettre l'exclusion de l'enfant naturel de la succession de son auteur.

2 –L'exclusion de l'enfant naturel de la succession de son auteur par pacte *non succedendo*

⁷⁶⁹ Par exemple, Cass., 16 juin 1847 : D., I, 265 : « les différences qu'on peut signaler, quant aux biens, entre la position de l'enfant légitime et la position de l'enfant naturel ne sont point inhérentes à la nature du droit qui leur est donnée, mais qu'elle porte seulement sur l'étendu du droit ou sur la quotité attribués à l'un ou l'autre dans l'hérédité. »

⁷⁷⁰ Voir DEMOLOMBE G., *op. cit.*, t. II, p. 157, § 99.

⁷⁷¹ DEMOLOMBE G., *ibidem*, t. II, p. 140 et suiv., § 92-93.

⁷⁷² JULLIOT DE LA MORANDIÈRE L., *Droit civil*, tome IV, éd. Dalloz, coll. Précis, 1961, p. 260, § 536.

270. Un pacte sur succession future autorisé excluant l'enfant naturel de la succession de son auteur - Le Code civil permet d'exclure les enfants naturels de la succession de leur auteur afin de conserver la paix dans les familles. Néanmoins, cette exclusion n'est possible qu'en échange de l'attribution d'une part à l'enfant.

Le législateur autorise les père et mère à écarter l'enfant naturel de leur succession selon l'article 761 du Code civil⁷⁷³. Il suffit pour cela que le parent ait transmis à son enfant naturel la moitié de la part à laquelle il a droit *ab intestat* et de déclarer expressément qu'il entend réduire son enfant naturel à cette part⁷⁷⁴. Ce droit est un droit absolu découlant de la puissance paternelle et une jurisprudence constante le justifie. Il n'est pas besoin du consentement de l'enfant naturel et le parent peut passer outre son désaccord, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation⁷⁷⁵ du 31 août 1847⁷⁷⁶. En outre, cette moitié est calculée selon une formule défavorable aux enfants naturels⁷⁷⁷.

Le législateur a voulu, par cet article, permettre aux père et mère naturels d'écarter de leur succession, pour des raisons de convenance personnelle, un successeur dont

⁷⁷³ Selon l'article 761 du Code civil de 1804 : « Toute réclamation leur est interdite, lorsqu'ils ont reçu, du vivant de leur père ou de leur mère, la moitié de ce qui leur est attribué par les articles précédents, avec déclaration expresse, de la part de leur père et mère, que leur intention est de réduire l'enfant naturel à la portion qu'ils lui ont assignée. Dans le cas où cette portion serait inférieure à la moitié de ce qui devrait revenir à l'enfant naturel, il ne pourra réclamer que le supplément nécessaire pour parfaire cette moitié. »

⁷⁷⁴ Selon la doctrine majoritaire, cette transmission ne peut avoir lieu que par donation entre vifs. Voir notamment DEMOLOMBE G., *op. cit.*, tome II, p. 182, § 10 ; MARCADÉ V., *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. III, 7^{me} éd. Delamotte et fils, 1873, p. 117 et suiv., art. 761, n° 2.

⁷⁷⁵ La doctrine de l'époque est pourtant, majoritairement, d'avis contraire à la jurisprudence : MARCADÉ V., *ibidem*, p. 117 et suiv., art. 761, n° 2 ; DEMOLOMBE G., *op. cit.*, tome II, p. 172, § 105.

⁷⁷⁶ Cass. 31 août 1847 : D., I, 124 : « Attendu que (...) l'article 761 se borne à exiger une déclaration expresse du père que son intention est de réduire l'enfant naturel à la portion qui lui a été assignée – Qu'en usant de la faculté qui lui est accordée par cet article, le père fait un acte de puissance paternelle (...) – Que le droit du père serait illusoire s'il dépendait de l'enfant naturel d'en empêcher l'exercice par son refus; - que l'article 761 n'exige pas davantage que la déclaration d'intention de réduction soit faite en même temps que la donation (...) ». »

⁷⁷⁷ Dans l'arrêt du 31 août 1847 précité note 776, la Cour de cassation adopte le système le moins favorable aux enfants naturels. Dans cette espèce, l'enfant naturel était en concours avec des neveux. La Cour décide que l'enfant naturel aurait eu droit aux $\frac{3}{4}$ de la succession mais que la quotité disponible étant épuisée, l'enfant naturel a été réduit aux $\frac{3}{4}$ de la $\frac{1}{2}$ ($\frac{3}{8}$) que forment sa réserve. Ainsi, le législateur ayant permis aux père et mère naturels de réduire l'enfant naturel à la moitié des droits attribués par lui par les articles précédents, l'enfant naturel peut se trouver réduit à la moitié des $\frac{3}{8}$ ou aux $\frac{3}{16}$ de la succession.

la présence pourrait paraître odieuse aux parents légitimes et d'éviter par l'exclusion de l'enfant naturel une complication de nature à envenimer les opérations de partage⁷⁷⁸.

Le législateur, par ces diverses dispositions, montre bien la piètre opinion qu'il a de l'enfant naturel et de ses droits. Dès lors, l'instauration d'une réserve en sa faveur paraît étonnante.

3 – La réserve de l'enfant naturel

271. Une réserve jurisprudentielle - Il est surprenant de constater que, malgré le sort réservé aux enfants naturels dans le Code civil, ceux-ci bénéficient d'une réserve héréditaire. Le Code et les travaux préparatoires ne mentionnent à aucun moment cette réserve de l'enfant naturel, et pour cause : c'est la jurisprudence qui leur a reconnu ce droit⁷⁷⁹. Toutefois, une partie de la doctrine rejette cette interprétation en l'absence de disposition expresse du Code civil, d'autant que les travaux préparatoires n'en disent mot⁷⁸⁰.

La justification de la jurisprudence est la suivante : la réserve des enfants naturels est déduite de la combinaison des articles 913⁷⁸¹, 757⁷⁸² et 761⁷⁸³ du Code civil.

⁷⁷⁸ POTTIER A., *Des droits de succession des enfants naturels en droit romain et en droit français*, thèse Paris, 1895, p. 111.

⁷⁷⁹ Cass. 26 juin 1809 : S. t. 9, p. 337 ; *Journal du Palais*, t. 24, p. 257 ; D. 1812.326 ; S. 1809. I. 337 ; S. chr. 3.I.77.

⁷⁸⁰ Ainsi, on peut lire dans le rapport fait par JAUBERT à l'assemblée générale le 9 Floréal : « Les enfans naturels ne pourraient-ils donc pas aussi réclamer la réduction des donations entre-vifs. Jamais. La loi établit la réserve pour les enfans légitimes ; quid de uno dicit, de altero negat. » FENET, *op. cit.*, tome XII, p. 592.

⁷⁸¹ Selon l'article 913 du Code civil de 1804 : « Les libéralités, soit par actes entre-vifs, soit par testament, ne pourront excéder la moitié des biens du disposant s'il ne laisse à son décès qu'un enfant légitime; le tiers, s'il laisse deux enfans; la quart, s'il en laisse trois ou un plus grand nombre. »

⁷⁸² Cf. *infra* note 763.

L'article 913 ne définit pas la réserve mais parle de portion indisponible de la succession qui constitue la réserve héréditaire. Or la réserve est fondée sur l'*officium pietatis* du droit romain mais est *pars hereditatis*⁷⁸⁴. Ainsi, si la réserve est une portion d'hérédité, il faut l'accorder aux enfants naturels auxquels l'article 757 attribue des droits dans la succession de leurs auteurs⁷⁸⁵.

La quotité de la réserve est du tiers de la quotité de la réserve à laquelle il aurait eu droit s'il avait été légitime. Ainsi, si l'enfant naturel est en concours avec des enfants légitimes, sa réserve est du tiers de ce qu'il aurait eu comme enfant légitime. Par exemple, s'il vient à la succession avec un seul enfant légitime, sa réserve, qui aurait été du tiers s'il avait été légitime, sera du neuvième⁷⁸⁶. Si l'enfant naturel vient en concours avec des ascendants, frères ou sœurs, sa réserve est de moitié de ce qu'il aurait eu comme enfant légitime, soit du quart de la succession, *etc...*

Les rédacteurs du Code civil ont été très défavorables aux enfants illégitimes. Cette situation n'était pas tenable. C'est ainsi que le XIX^e siècle a vu progresser les mentalités en faveur des enfants naturels conduisant à l'amélioration de leur situation.

4 – L'amélioration du sort de l'enfant naturel par la loi du 25 mars 1896

272. Les nouveaux droits de l'enfant naturel - La loi du 25 mars 1896 a sensiblement amélioré la situation successorale de l'enfant naturel en supprimant notamment les restrictions à la liberté de disposer à son égard.

Tout d'abord, elle a augmenté la quotité de ses droits successoraux. Elle l'a reconnu comme héritier et successeur régulier ayant la saisine de plein droit.

⁷⁸³ Cf. *infra* note 773.

⁷⁸⁴ Cf. *infra* p.

⁷⁸⁵ POTTIER A., *op. cit.*, p. 167 et suiv.

⁷⁸⁶ Cass., 29 juin 1857 : D. 59, 1, 26 ; 15 novembre 1859 : D. 59, 1, 443.

L'article 761 du Code civil est supprimé, empêchant dorénavant la faculté de cantonnement de l'enfant naturel à la moitié de sa part héréditaire et la faculté d'apportionnement. L'incapacité de recevoir de l'article 908 du Code civil est cantonnée aux libéralités entre vifs. On peut désormais « *léguer tout ou partie de la quotité disponible, sans toutefois que l'enfant naturel en concours avec des descendants légitimes, puisse recevoir plus qu'une part d'enfant légitime le moins prenant.* »

Enfin, elle lui reconnaît expressément la qualité d'héritier réservataire.

En revanche, l'enfant naturel ne fait toujours pas partie de la famille de son auteur⁷⁸⁷.

Le Code civil avait ainsi pour but de protéger la famille légitime en restreignant la faculté de disposer à l'égard des enfants illégitimes. Toutefois, une autre personne a également été défavorisée par les rédacteurs du Code civil : le conjoint d'un mariage subséquent.

§ II – La défaveur pour les conjoints subséquents

273. Présentation - La faveur pour la famille dans le Code civil se retrouve également dans la défaveur pour les seconds mariages. Cette défiance était ancrée dans les esprits puisque, dans l'ancien droit, depuis l'édit des secondes noces de 1560, la quotité disponible au profit du second conjoint

⁷⁸⁷ TISSERAND A., *op. cit.*, p. 194 à 196.

était limitée à une part d'enfant en moins prenant⁷⁸⁸. Cet édit fut rédigé suite au scandale causé par le remariage d'une riche veuve, mère de sept enfants avec un gentilhomme de basse extraction, à qui elle promettait par contrat de mariage, la moitié de sa fortune. Cet édit qui ne visait à l'origine que les femmes fut ensuite étendu aux hommes. Les dispositions de l'édit étaient d'ordre public et ne pouvaient être écartées par l'époux donateur. En effet, le transfert intergénérationnel constitue la finalité même de la dévolution du patrimoine⁷⁸⁹. Or l'absence de parenté entre le conjoint remarié et les enfants du premier évince ces derniers définitivement de la succession de leur parent. Le lien né du mariage apparaît ainsi en concurrence avec le lien de sang⁷⁹⁰.

Les rédacteurs du Code civil craignent également que les époux veuillent monnayer le remariage. A cette époque, les veufs s'unissent pour faire élever leurs enfants et les veuves pour se faire entretenir avec leur progéniture⁷⁹¹.

Cette défaveur ne concerne que le conjoint subséquent. En effet, la loi ne restreint pas la faculté de disposer envers le premier conjoint puisque les enfants communs partagent son sang, tandis que le second conjoint est un étranger pour les enfants d'une première union, susceptible de les priver du patrimoine de leur auteur.

Les rédacteurs du Code civil ont institué des peines de secondes noces limitant la capacité de disposer envers son conjoint subséquent et protégeant les enfants du premier mariage en reprenant les dispositions de l'édit des secondes noces. Ainsi, les dispositions de l'article 1098 du Code civil sur la quotité disponible entre époux (A)

⁷⁸⁸ Selon l'Édit des secondes noces : « *Les femmes veuves ayant enfants sont souvent invitées et sollicitées à nouvelles noces et ne connaissant pas être recherchées plus pour leurs biens que pour leurs personnes, elles abandonnent leurs biens à leurs nouveaux maris, sous prétexte et faveur du mariage.* » L'édit vilipende les donations faites par la veuve remariée à son second époux en présence d'enfants du premier lit « *desquelles donations, outres les querelles et divisions entre les maris et enfants, s'ensuit la diminution des bonnes familles, et conséquemment diminution de la force de l'état public.* » in RONDEAU-RIVIER M.-C., *Le remariage*, thèse Lyon, 1981, p. 344, § 258.

⁷⁸⁹ RONDEAU-RIVIER M.-C., *Le remariage*, thèse Lyon, 1981, p. 337, § 250.

⁷⁹⁰ RONDEAU-RIVIER M.-C., *Le remariage*, thèse Lyon, 1981, p. 337, § 250.

⁷⁹¹ DEMOLOMBE G., *op. cit.*, t. VI, n° 552, p. 643 : « *Chacun sait en effet, les objections et les difficultés que rencontre presque toujours le veuf ou la veuve ayant des enfants, lorsqu'il veut se remarier, et qu'il n'y réussit qu'au prix d'avantages considérables qu'il lui faut faire à son nouvel époux!* »

et les articles 1496 et 1527 du Code civil s'agissant de la réduction des avantages matrimoniaux sont reproduits de l'édit (B).

A - Une quotité disponible restreinte en faveur du conjoint remarié

274. Un disponible restreint - L'article 1098 du Code civil dispose que l'époux remarié, à condition qu'il ait des enfants d'un premier lit, ne peut donner à son nouveau conjoint qu'un disponible restreint. Ainsi, si l'époux remarié a des enfants d'un premier lit, il ne pourra donner en faveur de son conjoint qu'une part d'enfant légitime et cette part ne pourra jamais dépasser un quart des biens. Il est étonnant de constater que le conjoint remarié peut donner la quotité disponible normale à un tiers, tout à fait étranger à la famille, mais est restreint dans sa capacité de disposer en faveur de son nouveau conjoint. La raison en est que, selon les rédacteurs du Code civil, le lien matrimonial pousse à des excès que l'on ne ferait pas en faveur d'un ami.

Cette règle est une règle d'indisponibilité réelle et non d'incapacité. Son but est de protéger⁷⁹² et la sanction encourue est la réduction⁷⁹³.

Les avantages visés par l'article 1098 sont toutes les libéralités, tant les donations faites par contrat de mariage que celles faites pendant l'union et même celles faites avant le mariage en projection de celui-ci⁷⁹⁴. Il s'applique également aux legs et aux avantages indirects ainsi qu'à tous les avantages matrimoniaux.

Outre cette restriction au droit de disposer, la loi limite les avantages consentis dans le contrat de mariage.

⁷⁹² DEMOLOMBE G., *op. cit.*, t. VI, n° 552, p. 643.

⁷⁹³ Paris, 15 janvier 1857 : S. 1857.2.301.

⁷⁹⁴ JOLLY J., *Des seconds mariages, étude historique sur la législation des seconds et subséquents mariages*, thèse Paris, 1896, p. 487.

B – le retranchement des avantages matrimoniaux

275. L'action en retranchement - Lorsqu'il n'existe pas d'enfant d'un précédent mariage, on sait que les avantages matrimoniaux sont regardés comme des conventions de mariage et entre associés, conformément à l'article 1516 et 1525 alinéa 2⁷⁹⁵. Ces avantages sont, conformément à l'article 1527 du Code civil, les avantages que l'un ou l'autre des époux peut retirer des clauses d'une communauté conventionnelle, ainsi que ceux qui peuvent résulter de la confusion du mobilier ou des dettes.

Mais lorsqu'il existe des enfants d'un précédent mariage, les avantages matrimoniaux consentis par l'auteur de ces enfants à son deuxième conjoint ne sont plus des conventions de mariage et entre associés mais de véritables libéralités. De la même manière que précédemment, le législateur a craint l'influence d'un nouveau conjoint. Il renverse la présomption instituée dans le cas où il n'existe pas d'enfant d'un précédent lit. Il présume dans ce cas l'intention libérale et cette présomption est irréfragable⁷⁹⁶.

En conséquence, les avantages matrimoniaux s'imputent sur la quotité disponible et seront sujets à retranchement s'ils dépassent les limites fixées par l'article 1098 du Code civil.

Les conditions d'application de cette règle sont les suivantes⁷⁹⁷. Il faut, tout d'abord, qu'il y ait un avantage matrimonial quelle que soit sa source : qu'il résulte du jeu des règles du régime légal, de l'inégalité des apports ou d'une clause insérée dans le

⁷⁹⁵ Conformément à la tradition coutumière. Pour plus de précisions, voir POTHIER, *op. cit.*, *Traité des donations entre-vifs, des personnes et des choses*, § 1524 ; JOSSERAND L., *op. cit.*, § 691 à 696.

⁷⁹⁶ JOSSERAND L., *ibidem*, § 698.

⁷⁹⁷ JOSSERAND L., *ibidem*, § 700.

contrat de mariage⁷⁹⁸. Il faut ensuite que l'époux remarié ait à son décès des descendants d'une précédente union soit des enfants légitimes ou légitimés, à l'exclusion des enfants naturels et adoptifs⁷⁹⁹. En outre, il faut que ces descendants acceptent la succession. Ils ne doivent pas être indignes ou renonçants⁸⁰⁰. Enfin, seuls les avantages consentis par le conjoint ayant des enfants d'un premier lit seront touchés par le renversement de la présomption⁸⁰¹.

La famille protégée du droit romain et du Code civil était la famille légitime sous la direction du *pater familias*. Le passage à un modèle individualiste a mis au jour de nouvelles familles nécessitant de faire évoluer les bénéficiaires de la réserve.

276. Conclusion de section – Les rédacteurs du Code civil ont assigné une fonction sociale à la réserve : celle de préserver la famille légitime créée par le mariage. A cette fin, le Code civil a considérablement amoindri les droits des enfants illégitimes. Les enfants adultérins, tout d'abord, n'avaient pas d'existence dans le Code civil. Ils n'étaient présents qu'en raison des interdictions en leur défaveur : la première était celle de leur donner une filiation, empêchant, par là-même, tout droit de succession. La seconde était l'interdiction de disposer en leur faveur.

Le sort des enfants naturels était moins dur puisqu'ils avaient droit à une part restreinte de la succession de leur auteur. Toutefois, cette part ne pouvait être augmentée par des libéralités puisque celles-ci s'imputaient sur la part de l'enfant naturel et qu'il était interdit, à leur auteur, de disposer, en leur faveur, au delà de leur part héréditaire. Un pacte sur succession future autorisé permettait même d'exclure l'enfant naturel de la succession de son auteur.

⁷⁹⁸ A l'exception toutefois des « *simples bénéfices résultant des travaux communs et des économies faites sur les revenus respectifs, quoique inégaux, des deux époux (...)* » selon l'article 1527 alinéa 3.

⁷⁹⁹ Civ., 11 décembre 1922 : *D. P.* 1925, 1, 121, note CAPITANT ; *S.* 1923, 1, 313, note SIMONNET.

⁸⁰⁰ Limoges, 27 mai 1867 : *S.*, 1867, 2, 337.

⁸⁰¹ JOSSERAND L., *op. cit.*, § 700.

Toutefois, à l'inverse de l'enfant adultérin, l'enfant naturel bénéficiait d'une réserve restreinte à un tiers de la réserve à laquelle il aurait eu droit s'il avait été légitime.

Le conjoint subséquent avait également les défaveurs du législateur du Code civil puisqu'il apparaissait en concurrence avec les enfants légitimes. Ainsi, ce conjoint ne pouvait bénéficier que d'une quotité disponible spéciale restreinte et il était permis aux enfants non communs de demander le retranchement des avantages matrimoniaux dont il bénéficiait.

277. Conclusion de chapitre – En droit romain puis dans le Code civil, la réserve avait un rôle social : celui de conserver la famille. Cette fonction s'inscrit dans une idéologie holiste de la famille. En droit romain, la liberté testamentaire était absolue toutefois la réserve héréditaire existait de manière virtuelle au travers de la morale et du culte des *sacra*. Lorsque les pactes sur succession future sont apparus, le Digeste a entrepris de prohiber ceux portant atteinte à la liberté de tester et aux bonnes mœurs.

Lors de la rédaction du Code civil, la promotion de la famille légitime impose une réserve héréditaire pleine, réservée aux enfants légitimes. L'enfant adultérin n'a aucuns droits successoraux et il est même interdit de disposer en sa faveur. L'enfant naturel, quant à lui, a droit à une réserve restreinte. Toutefois, il n'est pas permis de disposer, en sa faveur, au-delà de ses droits successoraux. Enfin, le conjoint subséquent n'a droit qu'à une quotité disponible entre époux restreinte et même le droit des régimes matrimoniaux ne peut l'avantager puisque les enfants non communs peuvent demander le retranchement des avantages matrimoniaux qui lui ont été consentis.

Ces dernières décennies, la conception de la famille a évolué. Le modèle holiste a laissé place à un modèle individualiste et la réserve héréditaire a pris en compte ces nouveaux modèles familiaux.

Chapitre II – La réserve adaptée aux modèles familiaux contemporains

278. Une évolution nécessaire – Il aura fallu attendre près de cent soixante dix ans après la promulgation du Code civil pour voir proclamée l'égalité des filiations. En effet, le législateur, en 1972, abandonne le modèle holiste pour se placer dans une perspective individualiste. L'important est l'accomplissement de l'individu ce qui entraîne une diversification de sa famille en fonction de ses relations : famille légitime ou naturelle⁸⁰² (Section I). En outre, la famille s'est resserrée autour de la famille nucléaire entraînant la modification des bénéficiaires de la réserve (Section II).

Section I – La réserve au service de la diversification des modèles familiaux

279. Plan - L'égalité des filiations débute par l'égalité de droit des enfants naturels (§ I) puis la loi du 3 décembre 2001 reconnaît les mêmes droits aux enfants adultérins (§ II). Cette évolution est achevée par l'extension de l'action en retranchement à tous les enfants (§ IV). Toutefois, il existe encore un enfant privé de droits successoraux : l'enfant incestueux (§ III).

§ I - Des droits égaux pour les enfants naturels

280. Égalité successorale des enfants naturels et légitimes –La loi du 3 janvier 1972 donne une famille à l'enfant naturel, puisqu'il est désormais

⁸⁰² THÉRY I, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui, Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, éd. La documentation française, 1998, p. 16.

rattaché à la famille de son auteur⁸⁰³, et lui accorde également l'égalité en matière de droits successoraux⁸⁰⁴. L'enfant naturel a, désormais, la même réserve que l'enfant légitime dans la succession de ses parents et réciproquement ses parents ont la même réserve que les parents légitimes⁸⁰⁵. Le régime de la quotité disponible entre époux en présence de descendants est également unifié⁸⁰⁶. Cette quotité n'est plus modifiée selon la qualité des enfants présents au jour de la succession⁸⁰⁷. L'ancien article 908 qui prévoyait une incapacité partielle de recevoir pour les enfants naturels est modifié. L'enfant naturel a désormais, tout comme l'enfant légitime, la pleine capacité de recevoir des libéralités⁸⁰⁸.

Toutefois, le vocabulaire est inchangé puisqu' on parle encore d'enfants légitimes et naturels dans le Code civil.

Alors que, dès 1972, les droits des enfants naturels sont désormais égaux à ceux des enfants légitimes, l'enfant adultérin, quant à lui, continue de souffrir d'inégalités successorales.

§ II – Une égalisation plus lente des droits des enfants adultérins

⁸⁰³ Article 334 alinéa 2 du Code civil : « Il (l'enfant) entre dans la famille de son auteur. »

⁸⁰⁴ Selon l'article 757 nouveau du Code civil, « L'enfant naturel a, en général, dans la succession de ses père et mère et autres ascendants, ainsi que de ses frères et sœurs et autres collatéraux, les mêmes droits qu'un enfant légitime. »

⁸⁰⁵ Conformément à l'ancien article 913 du Code civil qui précise qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre enfants naturels et légitimes. Cf. CORNU G., « La naissance et la grâce (à propos du projet de loi sur la filiation) », *D.* 1971, chr. 165.

⁸⁰⁶ Article 1094-1 du Code civil.

⁸⁰⁷ COLOMBET J., FOYER J., HUET-WEILLER D. et LABRUSSE-RIOU C., *La filiation légitime et naturelle – Etude de la loi du 3 janvier 1972 et de son interprétation*, 2^e éd. Dalloz, 1977, § 429, p. 282.

⁸⁰⁸ COLOMBET J., FOYER J., HUET-WEILLER D. et LABRUSSE-RIOU C., *op.cit.*, § 395, p. 270.

281. Plan - La loi du 3 janvier 1972 supprime l'expression d'« enfant adultérin » dans le Code civil et en fait un enfant naturel comme les autres. Toutefois, cette loi n'aligne pas les droits des enfants adultérins sur ceux des enfants naturels (A). Il faut attendre la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme pour que l'ordre public successoral cesse de restreindre les droits de l'enfant adultérin (B).

A – La loi du 3 janvier 1972 : une évolution en demi-teinte

282. Fondement de la dérogation – La loi du 3 janvier 1972 a fait de l'enfant adultérin un enfant naturel au même titre que les autres. Alors que son existence était niée auparavant, cette loi donne à l'enfant adultérin le titre d'héritier. Pourtant, au lendemain de cette loi, tous les enfants adultérins ne bénéficient pas des mêmes droits successoraux que les enfants légitimes. L'ordre public restreint encore leurs droits car l'opinion publique n'est pas encore prête à faire primer les enfants adultérins sur le mariage. Le législateur doit concilier la défense du mariage et l'égalité successorale des enfants adultérins⁸⁰⁹ car cet enfant est le fruit d'une faute⁸¹⁰ dont la victime

⁸⁰⁹ NICOD M., « La vocation successorale de l'enfant adultérin », *Petites Affiches* 2002, n° 195, p. 29.

⁸¹⁰ « Si au temps de la conception de l'enfant, le père ou la mère était engagé dans des liens de mariage avec une autre personne. » selon l'article 334 alinéa 3 du Code civil de 1972.

doit être protégée⁸¹¹. Cette conciliation se fait au détriment des enfants adultérins.

La loi du 3 janvier 1972 prévoit ainsi des règles dérogatoires lorsque, à l'ouverture de la succession, l'enfant naturel est en concours avec celui qui était le conjoint de son parent engagé dans les liens du mariage à l'époque de sa conception ou avec les enfants légitimes issus de l'union transgressée par l'adultère⁸¹².

283. Une réserve spéciale face aux enfants légitimes – L'article 915 du Code civil⁸¹³ prévoit que lorsque l'enfant adultérin est en concours avec les enfants légitimes issus du mariage bafoué, sa part dans la réserve n'est que de la moitié de ce qu'il aurait eu si tous les enfants, y compris lui-même, avaient été légitimes⁸¹⁴. Le mode de calcul est le suivant : imaginons que l'enfant adultérin ait été en concours avec deux enfants légitimes issus de l'union transgressée. Dans ce cas, la réserve globale est de trois-quarts. Si l'enfant adultérin avait été légitime, il aurait dû recevoir un quart de la réserve globale. Mais puisqu'il est adultérin, sa réserve est diminuée de

⁸¹¹ Ainsi, la loi diminue les droits successoraux de l'enfant adultérin mais seulement dans un cas : lorsque à l'ouverture de la succession l'enfant a en face de lui celui qui était le conjoint à l'époque où il a été conçu ou bien les enfants légitimes issus de l'union qui existait à cet époque.

En présence d'enfants légitimes issus de l'union pendant la durée de laquelle il a été conçu, il ne prend que la moitié de la part à laquelle il aurait eu droit, si tous les enfants du défunt, y compris lui-même, avaient été légitimes. En présence du conjoint victime de l'adultère et dans le cas où ce conjoint succède en propriété, la part qui eut été celle du conjoint se partage par moitié entre celui-ci et l'enfant adultérin. Cf. MAZEAUD H. et L., MAZEAUD J., CHABAS F., *Leçons de droit civil*, t. IV, 2^{me} vol. *Successions – Libéralités*, 5^{me} éd. par L. LEVENEUR et S. LEVENEUR, éd. Montchrestien, p. 102, § 779.

Pour une critique de l'article 760 du Code civil, Cf. VAREILLE B. « Étude critique de l'article 760 du Code civil », *RTD. Civ.* 1991, p. 475.

⁸¹² Nous utiliserons le terme enfant adultérin pour désigner l'enfant naturel dont le père ou la mère était, au temps de la conception, engagé dans les liens du mariage avec une autre personne et qui est appelé à la succession de son auteur en concours avec les enfants légitimes issus de cette union et/ou l'époux de son auteur au moment de la conception dans les développements qui suivront.

⁸¹³ Selon l'article 915 du Code civil de 1972 : « *Quand un enfant naturel dont le père ou la mère était, au temps de la conception, engagé dans les liens du mariage, il compte par sa présence pour le calcul de la quotité disponible; mais sa part dans la réserve héréditaire n'est égale qu'à la moitié de celle qu'il aurait eue si tous les enfants, y compris lui-même, eussent été légitimes.*

La fraction dont sa part dans la réserve est ainsi diminuée accroîtra aux seuls enfants issus du mariage auquel l'adultère a porté atteinte; elle se divisera entre eux par égale portion. »

moitié soit $2/16^{\text{ème}}$. Les $2/16^{\text{ème}}$ restants accroissent la part de réserve des enfants légitimes. Ces derniers se voient ainsi attribuer $5/16^{\text{ème}}$ de la réserve chacun tandis que l'enfant adultérin n'a que $2/16^{\text{ème}}$ de la réserve.

L'enfant adultérin voit également sa réserve diminuée en présence du conjoint survivant trahi. En effet, la loi accorde à ce dernier une quotité disponible entre époux augmentée, ce qui, corrélativement, diminue la réserve de l'enfant adultérin. Dans cette hypothèse, l'article 1097 du Code civil accorde au conjoint survivant les trois-quarts des biens de la succession en propriété ou la moitié en propriété et l'autre moitié en usufruit ou la totalité en usufruit. Toutefois, cette quotité disponible spéciale ne peut être attribuée au conjoint que s'il est seul en concours avec un ou plusieurs enfants adultérins. Si le *de cuius* laisse d'autres enfants issus ou non du mariage, il ne peut gratifier son conjoint que de la quotité disponible spéciale de l'article 1094-1⁸¹⁵.

La loi conforte également la situation du conjoint victime qui avait été gratifié d'un legs ou d'une donation puisque l'article 1097-1⁸¹⁶ du Code civil refuse la conversion en rente viagère de l'usufruit donné ou légué.

284. Limitation de la faculté de disposer - La loi limite également la faculté de disposer au profit de l'enfant adultérin afin d'empêcher que son infériorité successorale ne soit compensée par des donations. Ainsi, l'article 908 du Code civil⁸¹⁷ lui interdit de recevoir des libéralités de son auteur et le cantonne à sa part successorale réduite. Toutefois, cette incapacité de

⁸¹⁴ Cette règle ressemble à celle admise antérieurement pour l'enfant naturel. Voir *supra* n° 271.

⁸¹⁵ Article 1094-1 du Code civil de 1972 : « Pour le cas où l'époux laisserait des enfants ou descendants, soit légitimes, issus ou non du mariage, soit naturels, il pourra disposer en faveur de l'autre époux, soit de la propriété de ce dont il pourrait disposer en faveur d'un étranger, soit d'un quart de ses biens en propriété et des trois autres quarts en usufruit, soit encore de la totalité de ses biens en usufruit seulement. »

⁸¹⁶ GRIMALDI M., *Droit civil – successions*, 6^e édition Litec, 2001, p. 146 et suiv. § 139 et suiv.

recevoir est subordonnée à la condition que l'enfant soit en concours avec les victimes de l'adultère. Elle est, en outre, limitée aux libéralités supérieures à l'émolument successoral.

L'article 908-1⁸¹⁸ consacre une jurisprudence antérieure selon laquelle cette restriction s'applique également aux enfants adultérins dont la filiation n'est pas légalement établie, si « *par des indices tirés de l'acte lui-même* », il est prouvé que la filiation a été, pour l'auteur, la cause déterminante et impulsive de la libéralité⁸¹⁹.

Ces articles étaient source d'incertitude puisqu'il était impossible pour le disposant de savoir dans quelles conditions la succession serait partagée et quels seraient les héritiers en présence. Or, la part de l'enfant adultérin était fonction de ces héritiers.

La sanction est une action en réduction qui peut être exercée après l'ouverture de la succession⁸²⁰. Néanmoins cette action ne peut être intentée que par le conjoint ou les enfants issus du mariage bafoué.

285. L'attribution anticipée valant règlement de ses droits successoraux -

La présence de l'enfant adultérin peut être source de conflit. Le législateur de 1972 ressuscite l'ancienne faculté d'apportionnement de l'enfant naturel tout en la modifiant⁸²¹. Cette attribution anticipée était prévue aux anciens articles 762 à 764 du Code civil. Le père ou la mère de l'enfant adultérin pouvait lui faire une attribution de biens anticipée valant règlement anticipé

⁸¹⁷ Selon l'ancien article 908 du Code civil : « *Les enfants naturels ne peuvent rien recevoir par donation entre vifs ou par testament de leur père ou de leur mère au-delà de ce qui leur est accordé par les articles 759 et 760 ci-dessus lorsque le disposant était au temps de leur conception engagé dans les liens du mariage avec une autre personne.*

L'action en réduction ne pourra être exercée, néanmoins, que par le conjoint ou par les enfants issus de ce mariage, selon les cas, et uniquement après l'ouverture de la succession. »

⁸¹⁸ « *Les dispositions de l'article précédent (908) sont applicables quand bien même la filiation des gratifiés ne serait pas légalement établie, si par des indices tirés de l'acte lui-même, il est prouvé qu'elle a été la cause de la libéralité. »*

⁸¹⁹ Cass. 1^{re} Civ., 13 avril 1956 : D. 1956.506 ; 20 mai 1957 : D. 1957.541 ; Civ. 1^{re}, 4 juillet 1960 : D. 1960.617.

⁸²⁰ GRIMALDI M., *op. cit.*, p. 146 et suiv. § 139 et suiv.

de ses droits successoraux lorsqu'il se trouvait au décès en concours avec les personnes protégées aux anciens articles 759 et 760 du Code civil⁸²².

Cette attribution se fait au moyen d'une libéralité dans laquelle le disposant déclare vouloir réaliser une attribution de biens au profit de l'enfant adultérin et exclure toute participation personnelle de celui-ci lors des opérations de partage et de liquidation consécutives à l'ouverture de sa succession.

L'auteur de l'attribution ne peut être que le père ou la mère de l'enfant adultérin et son bénéficiaire, un enfant naturel se trouvant dans le cas des articles 759 à 760 du Code civil.

L'attribution doit être de biens présents dans une quantité « suffisante » en tenant compte de la vocation successorale de l'enfant adultérin, l'attribution se faisant sous la forme d'une donation. Néanmoins, si l'enfant adultérin n'accepte pas la donation, celle-ci prend la forme d'une offre de donation.

Pour que la donation vaille attribution anticipée des droits successoraux de l'enfant, cela doit être expressément précisé dans l'acte. L'acte doit également désigner un tiers chargé de représenter l'attributaire dans les opérations de partage et liquidation de la succession. Ce tiers, conformément à l'article 763-2 ne peut être qu'un notaire, un agent de change ou certains banquiers⁸²³.

L'attribution ne prend effet que lorsqu'elle est acceptée ou que son auteur est décédé. L'acceptation ou le décès opère alors transfert de propriété. Toutefois, l'attribution ne prend effet au décès que s'il se trouve parmi les héritiers acceptants, le conjoint survivant victime de l'adultère ou un enfant légitime issu du mariage bafoué. Dans le cas contraire, la combinaison est caduque.

⁸²¹ Cf. n° 270. Cette attribution anticipée en faveur de l'enfant adultérin diffère néanmoins de l'ancienne faculté d'apportionnement de l'enfant naturel. Le législateur souhaite seulement écarter la présence physique de l'enfant adultérin mais en aucun cas diminuer ses droits successoraux.

⁸²² TISSERAND A., *op. cit.*, p. 514 et suiv. ; GP 1973 doc. p. 381 et suiv.

⁸²³ MAZEAUD H. et L., MAZEAUD J., CHABAS F., *Leçons de droit civil*, t. IV, 2^{me} vol. *Successions – Libéralités*, 5^{me} éd. par L. LEVENEUR et S. LEVENEUR, éd. Montchrestien, 1999, § 784 et suiv., p. 109 et suiv. et article 1^{er} du décret n° 72-753 du 9 août 1972.

L'attribution vaut avancement d'hoirie. Ainsi, si au décès, l'enfant adultérin se trouve en concours avec le conjoint survivant victime de l'adultère ou un enfant issu du mariage transgressé, il faut vérifier le caractère suffisant de l'attribution en l'estimant comme en matière de rapport, puis en imputant la valeur des biens attribués sur la part successorale afin de l'ajuster soit en la réduisant soit en la complétant. Le représentant désigné dans l'acte représente l'enfant adultérin lors de ces opérations⁸²⁴.

La nature de cet acte, tout comme celle de la faculté d'apportionnement de l'enfant naturel simple sous l'empire du Code civil de 1804, a été discutée puis qualifiée de pacte sur succession future autorisé par la loi.

Ces restrictions étaient dotées d'une symbolique forte : on admettait que l'enfant adultérin fasse partie de la maison mais il ne pouvait en franchir la porte librement, il devait rester sur le seuil⁸²⁵.

Il faut attendre la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme pour qu'enfin, la législation évolue et que l'enfant adultérin devienne un enfant comme les autres en matière successorale.

B- L'arrêt Mazurek ou la fin des discriminations envers les enfants adultérins

286. Une législation obsolète - De nombreux auteurs prédisaient la condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme⁸²⁶. Alors qu'en 1972, de nombreux auteurs critiquaient le libéralisme de la loi du 3 janvier 1972, dans les années 1990, un consensus se dégage contre les discriminations envers les enfants adultérins. On y oppose le principe de personnalité des peines : seul l'époux infidèle devrait être

⁸²⁴ CORNU G. « La naissance et la grâce (à propos du projet de loi sur la filiation) », *D.* 1971, chr.165.

⁸²⁵ CARBONNIER J., *Droit et passion sous la V^e République*, éd. Flammarion 1996, p. 267.

⁸²⁶ MARGUÉNAUD J.-P., « La convention des droits de l'homme et le notariat », *Defrénois* 1999, 37076.

sanctionné. En outre, l'adultère n'est plus contraire aux bonnes mœurs⁸²⁷. Enfin, on se marie moins qu'autrefois et l'union est plus précaire⁸²⁸.

Malgré ces arguments, aucun projet de loi visant à établir l'égalité successorale des enfants adultérins n'est déposé. Il faut attendre la condamnation de la France devant la Cour européenne des droits de l'homme pour que le législateur se penche sur la question.

287. L'arrêt Mazurek contre France - La France est condamnée le 21 février 2000 par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt Mazurek contre France⁸²⁹. Les faits de l'espèce étaient les suivants. Madame Mazurek avait mis au monde un enfant naturel, Alain, légitimé par mariage l'année suivant sa naissance. Durant le mariage, mais alors que les époux sont séparés de fait, elle met au monde un second fils, Claude, inscrit sur les registres d'état civil sous le seul nom de sa mère et sans indication du nom du mari⁸³⁰. Sa filiation n'est, par conséquent, établie qu'à l'égard de sa mère, comme s'il y avait eu désaveu admis en justice⁸³¹. Claude, né pendant le

⁸²⁷ Cass. 1^{re} Civ., 3 février 1999, *Bull. civ.* I, n° 43 ; *JCP* 1999, II, 10083, note BILLIAU M. et LOISEAU G. ; *JCP N* 1999, 1430, note SAUVAGE F. ; *D.* 1999, 267, rapport SAVATIER R. et note LANGLADE-O'SUGHRUE J.-P. ; *D.* 1999, somm. 377, note LEMOULAND J.-J. ; C.C.C. juill.-août 1999, comm. 105, note LEVENEUR L. ; *JCP* 1999, I, 143, n° 4 et suiv., obs. LABARTHE F. ; *JCP* 1999, I, 152, LEVENEUR L.

⁸²⁸ 231 000 mariages en 2014 en France alors que des années 1950 à 1980, 300 000 personnes se mariaient chaque année: http://www.insee.fr/fr/themes/document.asp?ref_id=if18
L'indicateur conjoncturel de divortialité s'établit à 522 divorces pour 1 000 mariages en 2005 : http://www.insee.fr/fr/themes/detail.asp?ref_id=ir-sd2005&page=irweb/sd2005/dd/sd2005_div.htm

⁸²⁹ CEDH, 1^{er} février 2000, Mazurek c/ France : *D.* 2000.332, note THIERRY J. ; *JCP* 2000.I.278, obs. LE GUIDEC R. ; *JCP G* 2000.II.10286, note GOUTTENOIRE A. et SUDRE F. ; *JCP* 2001.I.293, obs. RUBELLIN-DEVICHI J. ; *Dr. et patrimoine*, mai 2000, p. 56, note STOFFEL-MUNCK P. ; *Defrénois* 2000, art. 37179, obs. MASSIP J. ; *RTD civ.* 2000.311, obs. HAUSER J. ; *RTD civ.* 2000.429, obs. MARGUENAUD J.-P. et RAYNARD J. ; *RTD civ.* 2000.601, obs. PATARIN J. ; *RJPF* 2000/3, p. 50, note CASEY J. ; *Petites affiches*, 10 mai 2000, p. 11, note HOCQUET-BERG S. ; *Petites Affiches* 2000, n° 145, p. 20., note CANAPLE ; VAREILLE B., « L'enfant de l'adultère et le juge des droits de l'homme », *D.* 2000.626.

⁸³⁰ Ainsi que le permettait l'article 313-1 du Code civil qui déclarait : « La présomption de paternité est écartée, quand l'enfant, inscrit sans l'indication du nom du mari, n'a de possession d'état qu'à l'égard de la mère. »

⁸³¹ Conformément à l'article 313-2 du Code civil qui disposait que « Lorsque la présomption de paternité est écartée dans les conditions prévues aux articles précédents, la filiation de l'enfant est établie à l'égard de la mère comme s'il y avait désaveu admis en justice. »

mariage d'un autre homme que le mari, est adultérin par sa mère. Les époux divorcent quelques années plus tard. Au décès de Madame Mazurek en 1990, au moment du partage de la succession, Alain soutient que son frère n'a droit qu'à une demi-part d'enfant légitime selon l'article 760 du Code civil⁸³². Les juges du fond accèdent à sa demande en application du droit en vigueur. Claude se pourvoit alors en cassation en arguant que, d'une part, les dispositions de l'article 760 sont contraires aux dispositions des traités internationaux ratifiés par la France et notamment aux articles 8 et 14 de la convention européenne des droits de l'homme et d'autre part que l'article 2 de la Convention de New York du 26 janvier 1990 sur les droits de l'enfant, signée⁸³³ et ratifiée par la France en 1990, bannit toute distinction fondée sur la naissance.

La Cour de cassation rejette le pourvoi⁸³⁴. Elle écarte la convention de New York au motif qu'elle ne s'applique qu'aux mineurs. Elle écarte également les articles 8 et 14 de la Convention Européenne des droits de l'homme au motif que l'article 14, qui interdit toute discrimination fondée sur la naissance, n'est pas autonome et ne peut être invoqué que pour protéger un droit ou une liberté protégé par la Convention Européenne des droits de l'homme. Or, la vocation successorale est étrangère au respect de la vie privée et familiale dont le droit est reconnu par l'article 8 de la Convention Européenne des droits de l'homme.

Claude porte alors l'affaire devant la Cour Européenne des droits de l'homme de Strasbourg sur les fondements de la violation des articles 14 et 8 combinés d'une part et sur le fondement de la violation des article 1^{er} du protocole additionnel n°1 et 14 combinés d'autre part.

⁸³² Selon certains auteurs, sa demande n'était pas recevable car l'ancien article 760 ne visait que les enfants adultérins en concours avec les enfants légitimes issus du mariage pendant lequel il a été conçu. Néanmoins, le débat ne s'est pas placé sur ce terrain. En ce sens, MASSIP J., note sous CEDH, 1^{er} février 2000, *Deffrénois* 30 mai 2000, n° 10, p. 654.

⁸³³ Le 26 janvier 1990 et ratifiée en application d'une loi du 2 juillet 1990 : *JO*. 12 octobre 1990 p. 12363.

⁸³⁴ Cass. 1^{er} Civ., 25 juin 1996, Mazurek : *Bull. civ.* I, n° 268, *JCP G* 1997 II.22384, note MALAURIE P. ; *JCP G* 1997, I, 3996, obs. RUBELLIN-DEVICHI J. ; *JCP G* 1997, I, 4021, obs LE GUIDEC R. ; *D.* 1997, sommaire, p. 275, obs. DEKEUWER-DEFOSSEZ F. ; *D.* 1998. 453, note BRUNET ; *Deffrénois* 1997, art. 36516, obs. MASSIP J. ; *RTD civ.* 1996.873, note HAUSER J. ; *Dr. fam.*, déc. 1996, p. 17, note BEIGNER ; *Petites affiches*, 29 janvier 1997, p. 25, note PIQUET-CABRILLAC S.

La Cour Européenne des droits de l'homme condamne la France sur le fondement de la violation de l'article 1^{er} du protocole additionnel n°1 de la Convention Européenne des droits de l'homme combiné avec l'article 14⁸³⁵. L'article 1^{er} du protocole additionnel n°1 à la CEDH dispose que « *toute personne (...) a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété privée (...).* » La Cour affirme qu'il n'y a pas de rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés par la loi française – l'exclusion partielle de la succession – et le but invoqué par le gouvernement – à savoir la protection de la famille légitime.

La Cour avait déjà appliqué l'article 1^{er} du protocole additionnel de la CEDH à la matière successorale dans l'affaire Inze contre Autriche⁸³⁶. Selon la Cour, les droits des héritiers sur la succession sont des droits patrimoniaux entrant dans le champ du droit de propriété⁸³⁷. Elle part, en effet, du postulat que, dès lors que la succession est ouverte, les héritiers ont déjà acquis des droits sur le patrimoine du défunt. L'objet du conflit est ce patrimoine⁸³⁸.

En revanche, la Cour écarte la discrimination fondée sur l'article 8, qui protège la vie familiale, combiné avec l'article 14. En effet, cet article ne peut être appliqué à la matière successorale que lorsqu'un héritier est entièrement exclu d'une succession et donc d'une famille, ainsi que cela a été proclamé dans l'arrêt Marckx contre Belgique⁸³⁹. Dans cette espèce, la loi belge refusait tous droits successoraux à une catégorie d'enfants naturels. La Cour affirme que l'article 8 n'impose pas qu'un

⁸³⁵ CEDH, 1^{er} février 2000, Mazurek : D. 2000.332, note THIERRY J. ; JCP G 2000.I.278, obs. LE GUIDEC R. ; JCP G 2000.II.10286, note GOUTTENOIRE A. et SUDRE F. ; JCP G 2001.I.293, obs. RUBELLIN-DEVICHI J. ; *Dr. et patrimoine*, mai 2000, p. 56, note STOFFEL-MUNCK P. ; *Defrénois* 2000, art. 37179, obs. MASSIP J. ; *RTD civ.* 2000.311, obs. HAUSER J. ; *RTD civ.* 2000.429, obs. MARGUENAUD J.-P. et RAYNARD J. ; *RTD civ.* 2000.601, obs. PATARIN J. ; *RJPF* 2000/3, p. 50, note CASEY J. ; *Petites affiches*, 10 mai 2000, p. 11, note HOCQUET-BERG S. ; *Petites Affiches* 2000, n° 145, p. 20., note CANAPLE ; VAREILLE B., « L'enfant de l'adultère et le juge des droits de l'homme », D. 2000.626.

⁸³⁶ Affaire Inze c/ Autriche, 28 octobre 1987, série A, n° 126, p. 17. Dans cette espèce, un enfant naturel se plaignait de ne pouvoir bénéficier de l'attribution préférentielle d'une exploitation agricole, la loi autrichienne faisant primer les enfants légitimes sur les enfants naturels dans l'attribution préférentielle.

⁸³⁷ Arrêt Inze in GOUTTENOIRE A. et SUDRE F., com. sous CEDH, 1^{er} février 2000, JCP G 2000.II.10286.

⁸³⁸ CANAPLE, note sous CEDH, 1^{er} février 2000 précitée sous note 835.

⁸³⁹ Arrêt Marckx c/Belgique, 13 juin 1979, A.31 : JDI 1982 p 183, note ROLLAND; GA n° 42.

enfant ait droit à une partie de la succession de son auteur. Le droit à l'héritage est facultatif pour les états. En revanche, si le droit à l'héritage est admis, il doit l'être sans discrimination entre les enfants⁸⁴⁰. L'enfant naturel n'ayant rien reçu dans la succession de son auteur, il ne pouvait invoquer l'article 1 du protocole 1 de la Convention Européenne des droits de l'homme. Les personnes qui ne sont pas appelées à hériter ne peuvent invoquer que les articles 8 et 14 combinés de la Convention Européenne des droits de l'homme car elles ont été reléguées hors de la famille. Tandis que les personnes qui ont reçu une part même infime du patrimoine de leur auteur se placent sur le terrain des articles 1^{er} du protocole additionnel n°1 et 14.

La restriction à la capacité de recevoir à titre gratuit est en revanche protégée par les articles 8 et 14 combinés. En effet, cette restriction empêche de recevoir une partie du patrimoine⁸⁴¹.

De nombreux auteurs, ainsi que deux juges, ont critiqué le fondement de cette décision⁸⁴² car cela signifie que tant que la succession n'est pas ouverte, l'égalité des filiations n'est pas obligatoire alors que la violation de l'article 8 avait pourtant été invoquée par Monsieur Mazurek⁸⁴³.

288. La loi du 3 décembre 2001 - La Cour Européenne des droits de l'homme ayant condamné l'inégalité de traitement successorale des enfants adultérins, la loi française devait évoluer. Le gouvernement avait prévu une réforme qui s'inscrivait dans un projet de loi relatif à la famille. Mais pour éviter d'autres condamnations de la France, il fallait légiférer au plus vite. C'est la raison pour laquelle l'abrogation des articles discriminatoires à

⁸⁴⁰ GARAUD E., « L'arrêt et l'après « Mazurek » : dix ans de jurisprudence », *Petites Affiches* 2010, n° 244, p. 3.

⁸⁴¹ GARAUD E., article précité, note 840.

⁸⁴² En ce sens : MARGUENAUD J.-P. et RAYNARD J., GOUTTENOIRE A. et SUDRE F., VAREILLE B., articles précités note 835.

⁸⁴³ Le requérant ne voulait en effet, pas réduire le litige à une question d'argent mais souhaitait faire trancher plus largement sur la défaveur dont la famille adultérine faisait l'objet. En ce sens, voir STOFFEL-MUNCK P., article précité note 835.

l'encontre de l'enfant adultérin est placée dans le projet de loi relatif aux droits du conjoint survivant du 3 décembre 2001⁸⁴⁴

La loi du 3 décembre 2001 comporte trois articles réglant le sort des enfants adultérins. Désormais, il n'est plus fait allusion à une différence de statut entre les enfants dans les articles relevant du droit des successions. Les anciens articles 759 à 762 sont supprimés⁸⁴⁵. Les dispositions de la loi du 3 décembre 2001 sont d'application immédiate « *sous réserve des accords amiables déjà intervenus et des décisions judiciaires irrévocables (...) aux successions ouvertes à la date de publication de la loi au Journal officiel de la République française et n'ayant pas donné lieu à partage avant cette date*⁸⁴⁶. » Cette disposition a été critiquée. Dans certaines régions⁸⁴⁷, les partages n'ont pas lieu. En Polynésie, les décisions ne sont jamais signifiées. Les enfants adultérins pourraient faire appel et une étude de la jurisprudence nous montre que ces inquiétudes ne sont pas vaines. Ainsi, un arrêt de la Première chambre civile de la Cour de cassation du 15 mai 2008⁸⁴⁸ sanctionne la Cour d'appel de Papeete pour avoir refusé la réduction d'un legs universel au profit d'un enfant adoptif du *de cuius*, réduction demandée par l'un de ses enfants adultérins au motif que les enfants adultérins nés avant l'entrée en vigueur de la loi du 3 janvier 1972 n'ont aucun droit dans la succession. La Cour de cassation casse

⁸⁴⁴ Travaux préparatoires de la loi du 3 décembre 2001, séance du mardi 6 février 2001, communication de Madame MARYLISE LEBRANCHU, garde des sceaux, ministre de la justice : <http://www.assemblee-nationale.fr/11/cra/2000-2001/2001020609.asp>.

⁸⁴⁵ BOUVIER M., « L'égalité des filiation », *Gazette du Palais* 2002, n° 276, p. 4.

⁸⁴⁶ Article 25-II de la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001.

⁸⁴⁷ La Corse et la Polynésie française notamment.

⁸⁴⁸ *Bull. civ.* 2008, I, n° 139.

l'arrêt d'appel puisque la succession n'ayant pas donné lieu à partage, les dispositions de la loi du 3 décembre 2001 étaient applicables⁸⁴⁹.

289. Les dispositions transitoires de la loi du 3 décembre 2001 - Lorsque le partage de la succession⁸⁵⁰ ou même une donation-partage⁸⁵¹ a eu lieu, les enfants adultérins ne peuvent plus revendiquer les droits successoraux conférés par la loi du 3 décembre 2001. Ainsi, les enfants adultérins peuvent se prévaloir de leurs nouveaux droits dans toute succession, quelle que soit sa date d'ouverture à partir du moment où elle n'a pas fait l'objet d'un partage au jour de l'entrée en vigueur de la loi nouvelle. Cette impossibilité de se prévaloir des droits nouveaux en raison d'un partage a entraîné une nouvelle condamnation de la France par la Cour européenne des droits de l'homme, le 7 février 2013. Dans cette affaire, un enfant était né en 1941, reconnu par son père mais pas par sa mère, laquelle était mariée avec un tiers au jour de sa naissance. En 1970, sa mère et son époux procèdent à une donation-partage au profit de leurs deux enfants légitimes et déclarent dans le corps de l'acte ne pas avoir d'autre enfant. En 1983, la filiation maternelle de l'enfant adultérin est reconnue par possession d'état. En 1988, quatre ans après le décès de sa mère, le requérant demanda la réduction de la donation-partage. Toutefois, il souhaitait se voir attribuer une part réservataire complète et pas une demi-part d'enfant adultérin. Cette demande a été

⁸⁴⁹ On peut penser que même si les enfants adultérins revendiquent des terres, les possesseurs pourront leur opposer la prescription trentenaire conformément à l'article 816 du Code civil. En ce sens, Cass Civ., 8 janvier 1839 : S. 1839, 2, p. 263 ; Cass Civ. 4 juillet 1853 : S. 1854, 1, p. 108 ; Cass Civ. 2 janvier 1895 : *Gaz. Pal.* 1895, 1, p. 118 ; *D.* 1895, 1, p. 48 ; Cass. Req., 18 décembre 1922 : S. 1926, 1, p. 164 ; Cass. Req., 31 décembre 1924 : *D.* 1925, 1, p. 542 ; Cass. Req., 27 mai 1937, *Gaz. pal.* 1937, 2, p. 350 ; Cass. 1^{re} Civ., 17 avril 1985 : *D.* 1986, p. 82, note BRETON A., *JCP G* 1985, II, 20464, concl. GULPHE. Cités par GOURDON P., « Suppression des discriminations successorales touchant les enfants adultérins : les risques insoupçonnés de l'application rétroactive de la loi », *JCP N* 2002, n° 2, 1025.

On peut également penser que les autres héritiers opposeront la déchéance de l'article 792 du Code civil qui dispose que l'héritier n'ayant pas accepté dans le délai de 30 ans est censé avoir renoncé à la succession : GOURDON P., article précité.

⁸⁵⁰ BEIGNIER B., note sous Cass. 1^{re} Civ., 7 juin 2006 : *Dr. Fam.* 2006, comm. 197.

rejetée par la Cour de cassation⁸⁵² au motif qu'une donation-partage opérant partage successoral avait été réalisée avant le 4 décembre 2001. Ainsi les dispositions de la loi du 3 décembre 2001 n'étaient pas applicables à ce cas d'espèce. La Cour Européenne des droits de l'homme se prononça en deux temps. Tout d'abord, elle a décidé, dans une décision du 21 juillet 2011, que les dispositions transitoires des lois de 1982 et 2001 poursuivaient le but légitime de garantir le principe de sécurité juridique et les droits acquis de longue date des enfants légitimes et que cela n'était pas discriminatoire. Le requérant a alors porté l'affaire devant la grande chambre de la Cour européenne laquelle a infléchi cette décision disant que cela portait atteinte aux articles 1^{er} du protocole additionnel n°1 et 14 combinés⁸⁵³. Ainsi, les dispositions transitoires de la loi du 3 janvier 1972 refusant la remise en cause des donations entre vifs antérieures et celles de la loi du 3 décembre 2001 interdisant la remise en cause des partages successoraux antérieurs sont discriminatoires à l'égard des enfants naturels et adultérins.

Contrairement à ce que l'on peut penser de prime abord, la remise en cause d'un partage successoral antérieur à 1972 ne porte pas une atteinte disproportionnée à la sécurité juridique. En effet, la remise en cause d'une donation par l'action en réduction ou par survenance d'enfant a toujours été admise, sans que l'atteinte à la sécurité juridique ne soit qualifiée d'excessive. Les droits des enfants naturels et adultérins existaient, seul leur *quantum* change en fonction de cette décision⁸⁵⁴. Ainsi, il paraît nécessaire que la France abolisse ces dispositions transitoires.

⁸⁵¹ Cass. 1^{re} Civ., 14 novembre 2007, Juris-Data n° 2007-041365, *Bull. civ. I*, n° 360 ; *JCP G* 2007, IV, 3267 ; *D.* 2008, p. 133, note MBOTAINGARD ; *AJ Fam.* 2008, p. 40, obs. BICHERON F. ; *RJPF* 2008, janvier, p. 55, obs. CASEY J. ; *RTD Civ.* 2008, p. 90, obs. HAUSER J. et p. 337 GRIMALDI M. ; *JCP G* 2009, I, 109, obs. LE GUIDEC R. ; MARGUÉNAUD J.-P. et DAUCHEZ B., « les droits successoraux de l'enfant adultérin au regard des dispositions transitoires de la loi du 3 décembre 2001 », *Deffrénois* 2008, art. 38808.

⁸⁵² Cass. 1^{re} Civ. 14 novembre 2007, n° 06-13.806 : Juris-Data n° 2007-041365 ; *D.* 2008, p. 133, note MBOTAINGARD ; *RTD Civ.* 2008, p. 90, obs. HAUSER J. ; *RTD Civ.* 2008, p. 337, obs. GRIMALDI M. ; *AJF* 2008, p. 40, obs. BICHERON F. ; *RJPF* janv. 2008, p. 55, obs. CASEY J.

⁸⁵³ LE CHUITON S., « Les droits successoraux des enfants adultérins en présence d'une donation-partage : la France encore condamnée ! », *JCP N* 2013, 1061.

⁸⁵⁴ LE CHUITON, article précité.

Désormais, les enfants naturels et légitimes bénéficient des mêmes droits. Pourtant, certains enfants restent privés de leur droit à réserve.

§ III – L'enfant incestueux

290. La discrimination à l'égard de l'enfant incestueux - Malgré les avancées certaines de ces dernières décennies, il reste encore, dans notre droit un enfant privé de droits successoraux à l'égard d'un de ses parents : l'enfant, fruit d'un inceste absolu. Cet empêchement à succéder est le fruit de l'article 310-2 du Code civil⁸⁵⁵ qui prohibe l'établissement de la filiation née d'un inceste absolu dans sa double composante paternelle et maternelle⁸⁵⁶. On parle d'inceste absolu lorsqu'un enfant naît de relations sexuelles entre ascendant et descendant ou entre frère et sœur. Dans ce cas, seule la filiation maternelle peut être établie, puisqu'elle résulte de l'acte de naissance en application de l'adage « *Mater semper certa est*⁸⁵⁷ ». En conséquence, il est impossible pour le père de faire établir sa filiation avec l'enfant. Or, l'absence de lien de filiation emporte absence de droit de succession.

Cette règle est justifiée par la prohibition de l'inceste. Cette prohibition protège l'ordre social et la famille. L'interdiction de reconnaître l'enfant incestueux est le corollaire de l'interdiction légale de consacrer par mariage l'union sexuelle entre des personnes trop proches. Il ne s'agit pas seulement de l'intérêt de l'enfant à jouir d'un état-civil ne révélant pas sa filiation incestueuse mais de l'intérêt général, de ne pas consacrer, par la filiation, la violation d'un interdit car l'inceste absolu perturbe

⁸⁵⁵ Article 310-2 du Code civil : « *S'il existe entre les père et mère de l'enfant un des empêchements à mariage prévus par les articles 161 et 162 pour cause de parenté, la filiation étant déjà établie à l'égard de l'un, il est interdit d'établir la filiation à l'égard de l'autre par quelque moyen que ce soit.* »

⁸⁵⁶ MALAURIE P. et AYNES, *La famille*, 4^e éd. Defrénois, 2011, p. 381, § 959.

⁸⁵⁷ La filiation paternelle ne pourra être établie qu'en cas d'accouchement sous X.

gravement l'ordonnancement et l'équilibre du groupe familial⁸⁵⁸. Or, l'établissement de la filiation révélerait l'inceste au grand jour.

Cette prohibition est d'ordre public et ne peut être contournée par aucun moyen. Ainsi, l'adoption d'un enfant incestueux par son autre parent est impossible puisque l'institution est détournée pour arriver à une conséquence prohibée par la loi⁸⁵⁹.

Peut-on faire un parallèle avec la situation de l'enfant adultérin avant la loi du 3 janvier 1972 ? En aucun cas puisque le refus de reconnaître l'enfant adultérin servait à protéger la famille légitime, tandis que le fondement de la prohibition de la reconnaissance de l'enfant incestueux est l'intérêt de l'enfant. Néanmoins, ce n'est pas en niant un fait qu'on le fait disparaître. « *C'est le vice qui rend par l'hypocrisie hommage à la vertu*⁸⁶⁰ ». Ces enfants existent et leur intérêt devrait primer. Or, ce n'est pas dans leur intérêt que de les priver d'une possibilité de ressources.

Il est intéressant de se pencher sur les solutions adoptées par les autres pays d'Europe. La reconnaissance de l'enfant incestueux par ses deux parents est possible en Allemagne, en Autriche, en Croatie, en Grèce, au Portugal, en Suisse et en Turquie. L'Espagne a choisi une voie médiane puisqu'une autorisation de reconnaissance peut être accordée judiciairement si elle profite à l'enfant. Toutefois, si l'enfant n'y a pas consenti, il peut faire annuler la reconnaissance à sa majorité⁸⁶¹.

291. Proposition - Pour permettre à l'enfant incestueux d'avoir des ressources financières, l'action à fin de subsides lui est ouverte pendant sa minorité et les deux années suivant sa majorité. Cette action, intentée par

⁸⁵⁸ VIGNEAU D., « En fait d'inceste, l'adoption simple ne vaut pas contre l'article 334-10 du Code civil », *D.* 2004, p. 365.

⁸⁵⁹ Cass. 1^{re} Civ., 6 janvier 2004, *Bull. civ.* I, n° 2 : *D.* 2004.362, concl. SAINTE-ROSE J., note VIGNEAU D. ; *D.* 2004, p. 1419, obs. GRANET-LAMBRECHTS F. ; *JCP* 2004.II.10064, note LABRUSSE-RIOU C. ; *JCP* 2004.I.109, n° 2, obs. RUBELLIN-DEVICHI J. ; *Defrénois* 2004.594, obs. MASSIP J. ; *AJ fam.* 2004, 66, obs. BICHERON F. ; *dr. fam.* 2004, n° 16, note FENOUILLET D. ; *RJPF* 2004-3/34, note GARÉ T. ; *RLDC* 2004/3, n° 107 note DEKEUWER-DÉFOSSÉZ F. ; *Petites Affiches*, n° 71, p. 13, note VOISIN V. ; *RTD civ.* 2004. 75. note HAUSER J..

⁸⁶⁰ BRETON A., « L'enfant incestueux », *Aspects nouveaux de la pensée juridique – recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, tome I, éd. Pedone, 1975, p. 309.

⁸⁶¹ GRANET F., « Légalité de l'adoption intrafamiliale incestueuse », *D.* 2002, p. 2020.

l'enfant envers l'homme qui a eu des relations sexuelles avec sa mère à l'époque de la conception, lui alloue des subsides permettant de subvenir à son entretien et son éducation. Mais cette action n'est pas totalement satisfaisante. En effet, les subsides sont des aliments qui dépendent des besoins de l'enfant. Il ne s'agit pas d'une subsistance. En outre, elle ne donne aucun droit successoral à l'enfant et le prive ainsi de la subsistance à laquelle il a droit par la réserve héréditaire. Imaginer modifier l'action en subsides pour y intégrer des conséquences en matière successorale est tentant mais pas satisfaisant. En effet, elle irait à l'encontre de toute l'économie de notre droit successoral fondé sur le lien de filiation et de parenté. Seul l'établissement du lien de filiation peut créer des droits successoraux.

Certains auteurs suggèrent, cherchant une voie moyenne, d'étendre les conséquences de la filiation profitables à l'enfant telles l'obligation alimentaire et la vocation successorale légale, sans pour autant remettre en cause le principe actuel⁸⁶². Mais la vocation légale est une conséquence de l'appartenance à une famille, dissocier cette vocation de son fondement juridique irait à l'encontre de la cohérence du droit des successions⁸⁶³.

La solution la plus conforme à l'intérêt de l'enfant incestueux serait d'envisager un établissement de la filiation mais cet établissement serait strictement encadré par l'intérêt de l'enfant. Ainsi, seul l'enfant pourrait faire cette demande à sa majorité afin d'être certain que celui-ci est capable d'en assumer les conséquences. Pendant sa minorité, son représentant légal ne pourrait former qu'une demande d'action à fin de subsides même en cas de décès du parent pendant la minorité de l'enfant.

§ IV – L'extension de l'action en retranchement à tous les enfants

⁸⁶² En ce sens, FENOUILLET D., « L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère, ou comment l'intérêt prétendu de l'enfant tient lieu de seule règle de droit », *dr. fam.* 2003, chron. 29.

⁸⁶³ VIGNEAU D., « En fait d'inceste, l'adoption simple ne vaut pas contre l'article 334-10 du Code civil », *D.* 2004, p. 365.

292. Une jurisprudence contestable - Alors que la loi du 3 janvier 1972 avait supprimé les inégalités entre les enfants naturels et légitimes, elle n'a pas modifié l'article 1527 du Code civil prévoyant l'action en retranchement⁸⁶⁴. On peut se demander s'il s'agissait d'un oubli du législateur d'autant que les commentaires de la loi n'en disaient mot et que cela équivalait tout simplement à éluder la réserve des enfants naturels en présence d'un nouveau conjoint. De nombreux auteurs relevaient que cette exception se comprenait avant la loi du 3 janvier 1972 mais qu'elle était indéfendable depuis la proclamation de l'égalité des filiations⁸⁶⁵.

Cette question s'est posée aux juges de la Cour de cassation. Un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 8 juin 1982⁸⁶⁶ affirme que l'article 1527 alinéa 2 est un texte spécial qui déroge à la disposition générale de l'article 334 alinéa 1^{er}⁸⁶⁷. Pour cette raison, la Cour de cassation refuse d'homologuer le changement de régime matrimonial d'époux dont l'un avait un enfant naturel né avant le mariage au motif que les juges devaient veiller aux droits de cet enfant auquel l'article 1527 alinéa 2 n'était pas applicable. L'intention de la Cour de cassation est louable et les commentateurs approuvent l'application orthodoxe de l'article 1527 alinéa 2 permettant de sauvegarder les droits de l'enfant naturel. Pourtant, elle confirme une discrimination à laquelle le législateur avait pourtant renoncé en 1972. En outre, même si les juges veillaient aux changements de régimes matrimoniaux, les époux étaient libres de choisir le contrat de mariage de leur choix

⁸⁶⁴ Nous avons déjà parlé de cette action *infra* n° 275.

⁸⁶⁵ En ce sens, TERRE F. et SIMLER P., *Droit civil, les régimes matrimoniaux*, 3^e édition Montchrestien, 2000, n° 349, p. 276 ; FLOUR J. et CHAMPENOIS G., *Les régimes matrimoniaux*, 2^e édition Armand Colin, 2001, p. 673, § 723 ; MAZEAUD H, J ET L, DE JUGLART, *Leçons de droit civil, Les successions, les libéralités*, t. IV, vol. 1, 4^e édition, n° 519 ; RONDEAU-RIVIER M.-C., *Le remariage*, thèse, Lyon, 1981. Selon ces auteurs, une extension du texte par analogie, privilégiant ainsi l'esprit sur la lettre devait s'imposer.

Contra : CHAMPENOIS G., note sous Cass. Civ. 8 juin 1982, *Defrénois* 1982, article 32944, n° 76, p. 1373 ; MASSIP J., note sous Trib. gr. inst. *Defrénois* 1975, art. 30964. Selon ces auteurs, l'action en retranchement constitue une protection spécifique des enfants du premier mariage, un élément spécifique des enfants du premier lit. Cette interprétation nous paraît toutefois éloignée de l'esprit de l'ordre public successoral qui choisit par la loi du 3 janvier 1972 d'accorder une réserve héréditaire à tous les enfants.

⁸⁶⁶ Cass. 1^{re} Civ., 8 juin 1982, *Bull. civ. I*, n° 214 : D. 1983, p. 18 note BEAUBRUN M., ; JCP 1983.II.20018, note HENRY M.-L. ; *Defrénois* 1982, article 32944, n° 76, p. 1373, obs. CHAMPENOIS G. ; Cass. 1^{re} Civ., 9 mars 1983, *Bull. civ. I*, n° 94 : D. 1984, p. 273, note PRIEUR J. ; JCP.1983.IV.163.

avant la célébration de l'union. S'ils souhaitaient opter pour la communauté universelle assortie d'une clause d'attribution intégrale en faveur du survivant ou tout autre convention matrimoniale leur permettant de s'attribuer davantage que la quotité disponible entre époux, personne ne pouvait les en empêcher et les enfants naturels étaient privés de leur réserve.

293. L'extension de l'action en retranchement aux enfants naturels par la loi et par la jurisprudence - Cette situation a perduré jusqu'à la loi du 23 décembre 2001 laquelle étend l'action en retranchement à tous les enfants non issus des deux époux. Dans l'article 1527, l'expression « *enfants nés d'un précédent mariage* » est remplacée par « *enfants qui ne seraient pas issus des deux époux.* »

En outre, la Cour de cassation rend, le 29 janvier 2002, un arrêt dans lequel elle rompt avec sa jurisprudence antérieure et étend le bénéfice de l'action en retranchement aux enfants naturels⁸⁶⁸. La Cour de cassation écarte la loi nouvelle dans cette espèce car elle ne peut appliquer cette loi à une espèce antérieure⁸⁶⁹ mais expose que l'article 1527 alinéa 2 ancien doit être interprété au regard des articles 1^{er} du protocole additionnel n°1 et 14 de la CEDH⁸⁷⁰ et être appliqué aux enfants naturels.

Cet arrêt est-il inutile comme le pensent certains auteurs⁸⁷¹ ou pose-t-il davantage de problèmes⁸⁷² ? En effet, il permet aux enfants naturels de demander le retranchement

⁸⁶⁷ Article 334 alinéa 1er du Code civil de 1972 : « *L'enfant naturel a en général les mêmes droits et les mêmes devoirs que l'enfant légitime dans ses rapports avec ses père et mère.* »

⁸⁶⁸ Cass. 1^{re} Civ., 29 janvier 2002, *Petites Affiches*, 6 août 2002 n° 156, p.19, note MASSIP J., *Petites Affiches* 2002, n° 138, p.24, note CICILLE-DELFOSE M.-L.

⁸⁶⁹ ROUBIER P., *Le droit transitoire (conflit des lois dans le temps)*, Dalloz et Sirey, 2^{me} édition, 1960, n° 62, p. 288 : « *La Cour de cassation a la mission de juger les décisions des juridictions inférieures, au point de vue de leur conformité à la loi; mais les décisions antérieures à la loi rétroactive ne peuvent être cassées, pour être devenue après coup contraire à cette loi; comment censurer la décision qui a été rendue sur la base de la loi antérieure et qui est pleinement conforme à celle-ci?* » Les exceptions sont les lois interprétatives et les lois rétroactives dont le législateur a prévu expressément l'application aux pourvois pendants.

⁸⁷⁰ voir *infra* n° 287.

⁸⁷¹ MASSIP J., note sous Cass. 1^{re} Civ., 29 janvier 2002 précitée note 868.

dans le délai de 30 ans alors que la loi ne permettait la rétroactivité que pour les successions non liquidées. Toutefois, si l'on se réfère à l'arrêt de la Cour Européenne des droits de l'homme du 7 février 2013⁸⁷³, cet arrêt, en permettant de revenir trente ans en arrière, permet d'éviter une nouvelle condamnation de la France et doit donc être approuvé.

Alors que les enfants naturels ont vu leurs droits à réserve augmenter au cours du dernier siècle, les autres bénéficiaires de la réserve ont connu des changements notables dénotant une volonté de resserrer la réserve à la famille nucléaire.

294. Conclusion de section – La loi du 3 janvier 1972 révolutionne la perception des enfants illégitimes. Les enfants naturels obtiennent les mêmes droits successoraux que les enfants légitimes. Les enfants adultérins, quant à eux, obtiennent une existence juridique et les mêmes droits successoraux que les enfants naturels à une exception près : lorsqu'ils sont en concours avec le conjoint trompé ou les enfants légitimes issus du mariage transgressé. Dans ce cas, l'enfant adultérin n'a droit qu'à une part restreinte de réserve de moitié. Il faut attendre la condamnation de la France par la CEDH dans l'arrêt *Mazurek c/ France*, le 21 février 2000 pour que le législateur prenne conscience de cette discrimination à l'égard des enfants adultérins et aligne leurs droits sur ceux des autres enfants par la loi du 3 décembre 2001.

La loi du 3 décembre 2001 a également supprimé la dernière discrimination à l'égard des enfants naturels en leur ouvrant le bénéfice de l'action en retranchement.

Il existe encore aujourd'hui un enfant privé de droits successoraux parce qu'il ne peut être reconnu par son parent : l'enfant incestueux. On peut penser que cette discrimination sera bientôt reconnue par la CEDH et qu'il est nécessaire que la France modifie sa législation pour permettre à cet enfant d'obtenir des droits successoraux.

⁸⁷² CICILLE-DELFOSE M.-L., note sous Cass. 1^{re} Civ., 29 janvier 2002 précitée note 868.

⁸⁷³ Cet arrêt a été étudié *infra* n° 289.

Après avoir ouvert la réserve à tous les enfants, le législateur a entrepris de resserrer celle-ci à la famille nucléaire.

Section II – Le resserrement des bénéficiaires de la réserve à la famille nucléaire

295. Plan - La réserve héréditaire s'est désormais resserrée autour de la famille nucléaire. Le conjoint accède enfin à la réserve héréditaire (§ I) tandis que les ascendants en sont désormais exclus (§ II) démontrant ainsi que le nouveau modèle familial contemporain est la famille composée du conjoint et des enfants.

§ I – La nouvelle réserve du conjoint survivant

296. Genèse de la réserve héréditaire du conjoint - À l'origine du Code civil, la qualité d'héritier réservataire n'appartenait qu'aux descendants et ascendants en raison du principe de la conservation des biens dans les familles, fondement originel de la réserve coutumière⁸⁷⁴. Ces dernières décennies, la transformation du patrimoine familial, désormais en grande majorité acquis par le couple en cours d'union, et le resserrement de la famille élargie à la famille nucléaire a mis au jour la situation défavorable du conjoint survivant.

Les études réalisées préalablement au vote de la loi du 3 décembre 2001, ainsi que les projets de loi n°2530 et 1941, rapportaient que l'opinion publique était favorable à l'octroi d'un « *minimum successoral garanti* » au profit du conjoint survivant ; d'autant qu'en Europe, la réserve du conjoint survivant était déjà une institution répandue puisqu'elle existait en Irlande, Autriche, Italie, Allemagne, Grèce,

Norvège, Pays-Bas, Italie, Luxembourg et Portugal. En Belgique et Suède, la réserve du conjoint survivant était servie en usufruit⁸⁷⁵. Malgré le scepticisme des professionnels du droit et des universitaires⁸⁷⁶, le législateur a, par la loi du 3 décembre 2001, accordé une réserve au conjoint survivant. L'étude du régime de la réserve du conjoint (A) nous permettra d'en examiner le fondement et l'opportunité (B).

A - Régime du droit à réserve du conjoint

297. Plan - Il s'agit d'étudier le bénéficiaire et le *quantum* de la réserve du conjoint avant d'en examiner la mise en œuvre.

298. Bénéficiaire - Le conjoint bénéficiaire de la réserve est, conformément à l'article 914-1 du Code civil, le conjoint successible non divorcé⁸⁷⁷.

La réserve du conjoint survivant est subsidiaire, elle ne trouve à s'appliquer qu'en l'absence de descendant afin d'éviter un cumul de réserve préjudiciable à la liberté de disposer. Ainsi, en présence de descendants, le conjoint ne peut se prévaloir de sa réserve et peut être complètement exhéredé. L'octroi d'une réserve au conjoint dépend ainsi du lien de parenté des héritiers laissés par le défunt⁸⁷⁸. On peut s'étonner que le conjoint survivant puisse être exhéredé alors qu'il a des enfants communs avec le *de cuius* d'autant que le calcul des droits *ab intestat* du conjoint en présence de descendants n'est pas favorable à celui-ci. En effet, il ne bénéficie pas du

⁸⁷⁴ Cf. *supra* n° 17.

⁸⁷⁵ CHEVRIER J., « Les droits du conjoint survivant à travers l'Europe », *AJ fam.* 2002, p. 58.

⁸⁷⁶ Cf. *supra* n° 305.

⁸⁷⁷ Dans la loi du 23 décembre 2001, le conjoint réservataire ne devait pas être engagé dans une instance de divorce ou de séparation de corps. La loi du 23 juin 2006 a supprimé cette condition.

⁸⁷⁸ Pour une critique de cette disposition, voir CATALA P., « La proposition de loi relative au droits du conjoint survivant. » *JCP G* 2001, n° 18, act.

rapport des libéralités⁸⁷⁹ ce qui peut conduire le *de cuius* à exhériter son conjoint de manière fortuite. Toutefois, accorder une réserve à la fois aux enfants et au conjoint restreindrait de manière trop importante la liberté de disposer du *de cuius*. En effet, si celui-ci a trois enfants ou plus, il ne peut disposer librement que d'un quart de sa succession. Y rajouter une réserve pour le conjoint anéantirait totalement la capacité de disposer du *de cuius*. Ainsi, les réserves du conjoint survivant et des descendants ne peuvent être que successives⁸⁸⁰ même si cet argument est surtout pertinent en présence de trois enfants ou plus.

299. Quantum – Le *quantum* de la réserve du conjoint est d'un quart de la succession en toute propriété⁸⁸¹. Certains auteurs ont regretté la faiblesse de ce *quantum*⁸⁸². Toutefois, il ne faut pas oublier que le conjoint bénéficie également de son droit au logement viager, lequel peut dépasser la valeur du quart de la succession en toute propriété et dont on sait que le conjoint n'a pas à récompenser la succession pour l'excédent⁸⁸³.

300. Liquidation de la réserve – Dans le silence de la loi, les opérations de calcul de la quotité disponible et de la réserve du conjoint survivant doivent

⁸⁷⁹ En effet, conformément à l'article 758-5 du Code civil, le conjoint ne peut exercer son quart en propriété que sur les biens dont le prédécédé n'a pas disposé ni par acte entre vifs ni par acte testamentaire et sans préjudicier aux droits de réserve ni aux droits de retour.

⁸⁸⁰ En outre, en présence de descendants, le conjoint n'est pas privé de toute subsistance puisqu'il bénéficie tout de même de son droit d'usage et d'habitation viager et de son droit à aliments. Cf. *supra* n° 402 et suiv.

⁸⁸¹ Selon une opinion minoritaire, lorsque les biens ont été légués, la réserve ne pourrait être fournie qu'en usufruit. Cf. GRIMALDI M., « Droits du conjoint survivant : brève analyse d'une loi transactionnelle », *AJ Famille* 2002, p. 48.

⁸⁸² Certains auteurs ont parlé d'un retour de la « *quarte du conjoint pauvre* », Cf. CATALA P., « Pour une réforme des successions », *Deffrénois* 1999, art. 36964 voire « *quarte du conjoint exhérité* » selon le Professeur GRIMALDI M., « Droits du conjoint survivant : brève analyse d'une loi transactionnelle », *AJ Famille* 2002, p. 48. Le Doyen B. BEIGNIER a même parlé de restauration de la légitime : BEIGNIER B., « la restauration de la légitime, le chapitre premier de la novelle 18 de Justinien sera-t-il demain de droit positif? », *Dr. fam.* 1998, n° 9, chron. 12, p. 4.

⁸⁸³ Cf. *supra* n° 423.

être menées conformément aux articles 922 et suivants du Code civil⁸⁸⁴. Il est possible que le conjoint soit rempli de sa réserve par une donation antérieure de manière fortuite puisque, les donations entre époux faites antérieurement à la loi du 3 décembre 2001 avaient été rédigées sans préciser de secteur d'imputation. Conformément à l'article 843 du Code civil, elles sont alors présumées rapportables⁸⁸⁵ et s'imputent sur la réserve du conjoint survivant.

301. Date de prise en compte de la réserve du conjoint en présence de libéralités antérieures – L'admission de la réserve du conjoint pose une difficulté : la réserve du conjoint pourrait-elle remettre en cause les libéralités antérieures à son entrée en vigueur par l'action en réduction ? La loi n'a pas prévu de mesures transitoires contrairement à la loi du 3 janvier 1972 qui avait expressément limité l'application immédiate des extensions de la réserve au profit des enfants naturels⁸⁸⁶ et à la loi du 3 décembre 2001 laquelle était d'application immédiate « *sous réserve des accords amiables déjà intervenus et des décisions judiciaires irrévocables (...) aux successions ouvertes à la date de publication de la loi au Journal officiel de la République française et n'ayant pas donné lieu à partage avant cette date*⁸⁸⁷. »

On peut tout d'abord penser que la libéralité antérieure prime la réserve du conjoint survivant. En effet, il paraît difficilement concevable qu'une donation soit réduite, par l'effet d'une loi postérieure réduisant la quotité disponible, en raison de

⁸⁸⁴ Tandis que le mode de calcul des droits *ab intestat* du conjoint est spécifique puisque le conjoint survivant ne bénéficie pas du rapport au titre de ses droits *ab intestat* selon l'article 758-5 du Code civil.

⁸⁸⁵ VIGNEAU D., « Les droits successoraux du conjoint survivant », *LPA* 2002, n° 195, p. 11.

⁸⁸⁶ Selon l'alinéa 2 de l'article 14 de la loi du 3 janvier 1972 : « *Les droits des 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.* »

⁸⁸⁷ Voir *supra* n° 289.

l'irrévocabilité spéciale des donations⁸⁸⁸. Ce problème avait déjà été tranché par le passé par la jurisprudence qui avait décidé que c'est la quotité disponible en vigueur au jour de l'acte qui prévalait⁸⁸⁹. En revanche, face au legs, révocable, c'est la quotité disponible au jour du décès qui prévaut⁸⁹⁰.

Toutefois, trois arguments peuvent laisser à penser que la jurisprudence pencherait vers la réduction des libéralités antérieures excédant la réserve du conjoint. Tout d'abord, l'absence de dispositions transitoires donne à croire que toute succession ouverte à compter du 1^{er} juillet 2002 est susceptible de se voir appliquer l'action en réduction pour atteinte à la réserve du conjoint survivant même sur des donations antérieures à la loi du 3 décembre 2001⁸⁹¹. En outre, le droit transitoire dépend avant toute chose de l'intention du législateur et de la politique législative de chaque réforme⁸⁹². Or, l'importance de la réforme des droits du conjoint survivant pour le législateur impose que la réserve du conjoint survivant soit immédiatement applicable, même en présence de libéralités antérieures⁸⁹³. Enfin, la réduction des libéralités antérieures au profit du conjoint n'a finalement pas d'incidence sur les

⁸⁸⁸ La doctrine ancienne « des droits acquis » et la doctrine moderne « de l'effet immédiat » prônent cette solution. La première doctrine la justifie par le caractère irrévocable de la donation qui fait que la situation du donataire se trouve arrêtée au jour de la donation. La doctrine moderne, quant à elle, expose qu'une donation ne saurait être remise en cause par une loi entrée en vigueur entre le jour de la donation et le jour du décès et réduisant la quotité disponible. On considère que les avantages accordés uniquement par la loi sont des expectatives tout comme les avantages conférés par un titre révocable. En revanche, les avantages conférés par un titre irrévocable sont des droits acquis. Le réservataire tient ses droits de la loi, ce n'est par conséquent qu'une expectative. Tandis que le donataire tenant ses droits d'une donation irrévocable a un droit acquis : GRIMALDI M., *La nature juridique de l'institution contractuelle*, thèse Paris II, 1977, n° 163 et suiv. in COIFFARD D., « La réserve conjugale », *Dr et Patr.* 2004, 125.

⁸⁸⁹ Cass. Civ., 27 août 1822, S. 1822-1825, p. 133 : « Un tel don (par préciput) est réglé par la loi du contrat, soit pour l'objet donné, soit pour la portion d'hérédité future; - Vainement, on dirait que la question d'hérédité future, faisant partie de la succession doit être réglée par la loi du décès comme la succession elle-même. Lorsque de trois frères, l'un d'eux a reçu du père commun un don entre-vifs, à titre de préciput, sous l'empire des lois romaines, s'il vient comme héritier de la succession du père donateur, ouverte sous l'empire du Code, ce donataire héritier peut recueillir le don et sa part d'enfant, pourvu que le tout n'excède pas 7/9èmes. »

⁸⁹⁰ COIFFARD D., « La réserve conjugale », *Dr et Patr.* 2004, 125.

⁸⁹¹ HAUSER J., DELMAS SAINT-HILAIRE P. et VUIDES, « La réforme successorale du 3 décembre 2001 », *Bull. Cridon Bordeaux-Toulouse*, juill. 2003, p. 66 in COIFFARD D., « La réserve conjugale », *Dr et Patr.* 2004, 125.

⁸⁹² MALAURIE P., *Droit civil, Introduction générale*, 2^e édition Cujas, 1994, n° 662.

prévisions du *de cuius* puisque le *quantum* de la réserve du conjoint survivant est identique à celui que la loi accordait de manière individuelle à l'ascendant privilégié. Ainsi, le *de cuius* savait qu'il était privé du quart de son droit de disposer, même si le bénéficiaire de ce quart a été modifié⁸⁹⁴.

302. L'articulation de la réserve du conjoint et des droits de retour – Lorsque le conjoint survivant se retrouve en concours avec des frères et sœurs du défunt, un droit de succession anomal s'ouvre, en présence de biens de famille, conformément à l'article 757-3 du Code civil. S'agissant d'un droit de succession anomal, le bien de famille est exclu de la masse de calcul de la réserve du conjoint survivant pour la fraction devant revenir aux frères et sœurs⁸⁹⁵.

En revanche, le droit de retour au profit des père et mère ne peut être qualifié de succession anormale⁸⁹⁶. Les biens donnés faisant l'objet du droit de retour font partie de la masse de calcul de la réserve du conjoint survivant⁸⁹⁷.

Après avoir étudié le régime de la réserve du conjoint survivant, il s'agit de s'interroger sur sa fonction et son opportunité.

B - Opportunité et fonction de la réserve du conjoint survivant

⁸⁹³ HAUSER J., DELMAS SAINT-HILAIRE P. et VUIDES, La réforme successorale du 3 décembre 2001, *Bull. Cridon Bordeaux-Toulouse*, juill. 2003, p. 66 in COIFFARD D., « La réserve conjugale », *Dr et Patr.* 2004, 125.

⁸⁹⁴ BRENNER C., *Juris-classeur civil Code, V° LIBERALITÉS – Réserve héréditaire, Quotité disponible – Nature, caractère, fondement et dévolution de la réserve*, 2009, § 51.

⁸⁹⁵ Cf. *infra* n° 53.

⁸⁹⁶ Pour l'étude de ce droit de retour, voir *supra* n° 65.

⁸⁹⁷ Cf. *supra* n° 67.

303. Fondement de la réserve du conjoint – L’opportunité de la réserve du conjoint passe par l’étude de sa fonction. La lecture des travaux préparatoires nous montre que le législateur a souhaité maintenir le niveau de vie du conjoint survivant, son fondement semble être alimentaire⁸⁹⁸. L’affection présumée ne constitue pas le fondement de la réserve car la présomption devrait alors pouvoir être écartée par une manifestation de volonté contraire⁸⁹⁹.

304. Une sous-réserve ? - Selon certains auteurs, il ne s’agit pas d’une « véritable » réserve puisqu’elle n’aura vocation à s’appliquer que dans de rares cas⁹⁰⁰. Elle a même été qualifiée de « sous-réserve⁹⁰¹ ». Un autre auteur a parlé de réserve subsidiaire⁹⁰² à opposer à la réserve principale au profit des enfants. On trouverait ainsi une gradation de la réserve. Toutefois, il paraît difficile d’aller dans le sens de ces arguments. La réserve du conjoint est érigée sur le même fondement que la réserve des descendants. Elle a pour but de fournir une subsistance, conforme à son niveau de vie antérieur, au conjoint. Tout comme lorsqu’on conçoit un enfant, on lui doit subsistance, on doit cette même subsistance à la personne avec laquelle on choisit de se marier tout au long de sa vie mais également à son décès.

305. Opportunité de la réserve – Lors des discussions de la loi du 23 juin 2006, l’idée d’une réserve héréditaire classique était jugée inadaptée par la plupart des auteurs et des professionnels du droit. On y voyait un danger pour l’institution du mariage puisqu’elle inciterait les époux dont les liens

⁸⁹⁸ REVOL R., « La réserve du conjoint survivant », *Gaz. Pal.* 2002, n° 276, p. 23.

⁸⁹⁹ REVOL R., article précité.

⁹⁰⁰ GRILLON G., « Les nouveaux droits successoraux du conjoint survivant », *JCP G* 2002, I 133.

⁹⁰¹ MERVILLE A.-D., « La réforme du conjoint survivant par la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001.- Le conjoint est-il un membre à part entière de la famille ? », *JCP G* 2002, I 185 ; CASEY J., « Droit des successions : commentaire de la loi du 3 décembre 2001 (2^e partie) », *RJPF* 2002, n° 2, p. 6.

⁹⁰² BEIGNIER B., « Les droits du conjoint survivant pour les successions ouvertes depuis le 1^{er} juillet 2002 », *Droit et Patrimoine* 2003, n° 115.

seraient distendus à divorcer⁹⁰³. Elle constituerait également une atteinte importante à l'autonomie de la volonté⁹⁰⁴. En outre, elle compliquerait les liquidations successorales. Elle serait également inadaptée face aux situations particulières telles que les recompositions familiales, les libéralités antérieures et les patrimoines complexes. En outre, elle ne réglerait pas la question des besoins du conjoint puisque le taux de la réserve serait limité⁹⁰⁵. Enfin, on peut penser qu'elle irait à l'encontre de la volonté de certains époux âgés et sans enfants qui ont choisi de contracter un régime de séparation de bien afin de conserver leurs biens dans leur famille.

Toutefois, ces arguments peuvent être facilement combattus. On peut douter que la réserve constitue un danger pour l'institution du mariage lorsque les liens sont distendus⁹⁰⁶ puisqu'il est possible de renoncer à l'action en réduction par anticipation. Il a été dit qu'elle compliquerait les liquidations successorales, toutefois on peut arguer que la liquidation des droits du conjoint est tout autant source de complications. L'argument selon lequel la réserve serait inadaptée face aux situations particulières telles que les recompositions familiales, les libéralités antérieures et les patrimoines complexes ne nous apparaît pas pertinent puisque de nombreux mécanismes issus de la loi du 23 juin 2006 permettent de pallier toutes les situations. Ainsi, en présence d'une recomposition familiale, les libéralités substitutives permettent de disposer d'un bien en faveur de son conjoint afin qu'il en jouisse sa vie durant à charge de le rendre à ses beaux-enfants à son décès. Les libéralités antérieures, quant à elle, peuvent être consolidées à l'aide d'une renonciation anticipée à l'action en réduction. En outre, l'argument selon lequel la réserve constituerait une atteinte importante à l'autonomie de la volonté peut être renversé puisque les époux sont libres de divorcer s'ils ne s'entendent plus et de contracter une renonciation anticipée à l'action en réduction si l'un d'eux souhaite disposer en faveur d'un tiers. Enfin, l'argument selon lequel la réserve ne réglerait pas la question des besoins du conjoint puisque le taux de la réserve serait limité ne nous

⁹⁰³ MALAURIE P., travaux de la conférence Gisserot, conférence de la famille, 1996 in « Demain la famille », 95^e congrès des notaires de France, Marseille 1999, p. 872.

⁹⁰⁴ *La dévolution successorale*, rapport du 72^{ème} Congrès des Notaires de France, Deauville 1975, éd. Promaplans, 1975, p. 447.

⁹⁰⁵ *Demain la famille*, 95^e congrès des notaires de France, Marseille 1999, p. 872 et 873.

paraît pas non plus pertinent puisque la réserve permettrait de donner une subsistance minimale au conjoint.

Aujourd'hui, on se marie par choix et plus par obligation et on n'hésite pas à divorcer lorsque cela ne va plus. Peut-on accepter qu'un conjoint prive son époux de toute subsistance à son décès ? Alors que les époux se doivent mutuellement assistance et secours durant l'union⁹⁰⁷, permettre à un époux de laisser son conjoint dans le dénuement à son décès n'est-il pas contraire à l'esprit du mariage ? La réserve permet, par son fondement et son régime, d'assurer au conjoint survivant une subsistance au moment où il est le plus fragile financièrement.

306. Réserve ou convention matrimoniale - On aurait pu se demander si cette question n'aurait pas intérêt à être réglée par le droit des régimes matrimoniaux plutôt que par celui des successions. La liberté des conventions matrimoniales permet d'assurer suffisamment la protection du niveau de vie du conjoint grâce aux conventions matrimoniales à cause de mort⁹⁰⁸. On pourrait même envisager de s'inspirer des régimes matrimoniaux allemands : en effet, lorsque les époux sont mariés sous le régime légal de la participation aux acquêts (*Zugewinnngemeinschaft*), la part légale du survivant est augmentée du quart de la succession lors de la liquidation du régime matrimonial consécutive au décès d'un des époux⁹⁰⁹. On pourrait ainsi imaginer que lors de la liquidation du régime matrimonial en raison du décès, le survivant ne reçoive pas la moitié mais les $\frac{3}{4}$ des acquêts. Cette solution aurait l'avantage de ne pas être d'ordre public comme la réserve héréditaire puisque les époux souhaitant modifier cette répartition, pourraient adopter un contrat de mariage conventionnel. Toutefois, cette solution diminuerait corrélativement les droits successoraux des enfants et aurait le désavantage de ne pas distinguer entre les enfants issus des époux

⁹⁰⁷ Conformément à l'article 212 du Code civil.

⁹⁰⁸ GRIMALDI M., « Droits du conjoint survivant : brève analyse d'une loi transactionnelle », *AJ fam.* 2002, p. 48.

⁹⁰⁹ Article 1371 BGB.

et les enfants issus d'un seul époux lesquels ne bénéficieraient pas du retranchement.

307. Proposition - La réserve nous paraît, par conséquent, indispensable entre époux parce qu'elle continue, après la mort, les obligations contractées par les époux au titre du mariage. Toutefois, la réserver aux époux n'ayant pas d'enfant paraît inéquitable, elle devrait être étendue à tous les époux.

Servir la réserve en usufruit serait une solution tentante. Elle permettrait au conjoint de jouir des biens avec l'inconvénient majeur qu'il ne pourrait pas en disposer en cas de nécessité. Toutefois, elle n'ajouterait pas grand-chose dans la majorité des cas puisque le conjoint survivant bénéficie du droit d'usage et d'habitation viager sur le logement de la famille⁹¹⁰. Ainsi, il paraît plus appréciable pour le conjoint de bénéficier d'une réserve en propriété mais on pourrait s'inspirer du *quantum* de nombreuses législations européennes qui accordent au conjoint une part de réserve d'enfant⁹¹¹ car cela permettrait au *de cuius* de conserver une quotité disponible suffisante.

Après avoir accordé une réserve au conjoint survivant, le législateur a supprimé celle des ascendants.

§ II – La suppression de la réserve des ascendants

308. Évolution de la réserve des ascendants en présence du conjoint survivant - Le fondement de la réserve des ascendants a varié au cours du temps tout comme sa quotité.

⁹¹⁰ Pour l'étude de ce droit au logement, voir *supra* n° 413 et suiv.

Lors de la promulgation du Code civil, le fondement de la réserve des ascendants était la conservation des biens dans les familles. Cette réserve était d'un quart par ligne ascendante⁹¹². Toutefois, le *de cuius* pouvait réduire cette réserve en disposant en faveur de son conjoint de l'usufruit de la totalité de la réserve des ascendants⁹¹³, ceux-ci ne gardant que la nue-propriété. Ainsi, l'ascendant ne retrouvait presque jamais la pleine propriété du bien en raison de la jeunesse du conjoint survivant. Ce système était critiqué⁹¹⁴ et certains auteurs réclamèrent une subsistance pour les ascendants. C'est ainsi que la loi du 14 février 1900 leur attribua une réserve en pleine propriété. La loi du 3 décembre 1930 réduisit la réserve des ascendants à l'usufruit des biens dont le conjoint était gratifié. L'usufruit permettait aux ascendants de conserver un moyen de subsistance mais à leur décès l'usufruit s'éteignait et la nue-propriété se reconstituait sur la tête du conjoint survivant, s'il avait été gratifié de la portion disponible par le défunt⁹¹⁵.

En revanche, en l'absence de conjoint survivant, la réserve avait un double fondement, à la fois de subsistance et de conservation des biens dans la famille.

309. Suppression de la réserve des ascendants par la loi du 23 juin 2006 - L'article 12,3° de la loi du 23 juin 2006 abroge purement et simplement

⁹¹¹ Grèce, Italie, Portugal : <http://www.successions-europe.eu/fr/>

⁹¹² Conformément à l'article 915 cité note 331.

⁹¹³ Article 1094 du Code civil de 1804 : « *L'époux pourra, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage, pour le cas où il ne laissera point d'enfants ni descendants, disposer en faveur de l'autre époux, en propriété, de tout ce dont il pourrait disposer en faveur d'un étranger, et, en outre, de l'usufruit de la totalité de la portion dont la loi prohibe la disposition au préjudice des héritiers.* »

⁹¹⁴ DEMOLOMBE G., *op. cit.*, t. XXIII n° 495, et RIEUBERNET C., « La fin de la réserve des ascendants! », *Petites Affiches* 2006, n° 205, p. 4.

⁹¹⁵ Il faut rappeler qu'avant la loi du 2 décembre 2001, le conjoint survivant ne recevait dans la succession de son conjoint qu'un quart en usufruit si le défunt laissait des enfants légitimes ou naturels, la moitié en usufruit si le défunt laisse des frères et soeurs, des descendants de ces derniers, des ascendants ou des enfants naturels conçus pendant le mariage conformément à l'article 767 du Code civil ou la pleine propriété lorsque le défunt ne laisse dans une ligne aucun parent au degré successible ou que des collatéraux autres que les frères et soeurs et descendants de ceux-ci conformément à l'article 765 du Code civil.

l'article 914 du Code civil relatif à la réserve des ascendants⁹¹⁶. Cette abrogation était réclamée par une partie de la doctrine⁹¹⁷. Le rapporteur de la loi justifie l'abrogation de la réserve des ascendants par le fait qu'elle n'est plus en phase avec les aspirations de la société. En effet, la réserve des ascendants fait remonter les biens vers une génération plus âgée ce qui ne favorise pas le dynamisme économique. En outre, l'existence de la réserve peut être mal vécue par le conjoint survivant notamment lorsque les liens entre les ascendants et le défunt sont distendus⁹¹⁸. Ainsi, le législateur a choisi de priver les ascendants de la subsistance prévue par la réserve héréditaire démontrant ainsi que le modèle familial est celui du couple parental marié et de ses enfants.

On peut toutefois critiquer la disparition de la réserve des ascendants pour deux raisons. Tout d'abord, il n'y a désormais plus de réciprocité dans les rapports avec les descendants puisque les ascendants leur doivent une subsistance au cours de leur vie et à leur décès tandis que les ascendants perdent tout droit à réserve au décès de leur enfant⁹¹⁹. Ensuite, la réserve est la continuation, après le décès, des devoirs alimentaires. Il est étonnant que les parents soient créanciers alimentaires de leurs enfants durant la vie de leurs enfants mais pas après leurs morts.

310. Créance d'aliments des ascendants ordinaires - L'amendement proposant la suppression de la réserve des ascendants expose que de « toute

⁹¹⁶ La suppression de la réserve des ascendants a été proposée par un amendement du rapporteur, M. SÉBASTIEN HUYGUE. Amendement n° 162 : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/amendements/2427/242700162.asp>.

⁹¹⁷ CARBONNIER J., CATALA P., DE SAINT AFFRIQUE J., MORIN G., *Des libéralités, une offre de loi*, éd. Deffrénois, 2003, P. 116-117.

Contra la suppression de la réserve des ascendants : JUBAULT C., *op. cit.*, p. 362, § 489 ; CATALA P., « Prospectives et perspectives en droit successoral » *JCP N* 2007, 1206.

⁹¹⁸ HUYGUE S., *rapport AN* n° 2850.

⁹¹⁹ Afin de pallier cet inconvénient, le législateur a créé un droit de retour légal au profit des père et mère. Toutefois, ce palliatif ne remplit pas son rôle ainsi que nous l'avons étudié *infra* n° 58 et suiv.

*façon les ascendants sont protégés par l'obligation alimentaire*⁹²⁰ ». Cette affirmation est inexacte.

L'article 758 du Code civil accorde effectivement aux ascendants ordinaires dans le besoin une créance d'aliment contre la succession du prédécédé lorsque le conjoint survivant recueille la totalité ou les trois quarts des biens composant la succession. Cet article a été créé par la loi du 3 décembre 2001 et son but était de pallier la suppression des droits *ab intestat* des ascendants ordinaires en présence du conjoint survivant⁹²¹.

Toutefois, les conditions d'octroi de cette aide alimentaire sont étroites. Ainsi, la succession doit être recueillie par le conjoint survivant pour la totalité ou les trois-quarts. Si un tiers est légataire universel, l'ascendant ordinaire ne pourra pas bénéficier de cette créance d'aliment⁹²². Elle est en outre strictement réservée aux ascendants ordinaires. En effet, l'article 758 exclut les père et mère de son champ d'application puisque lors de l'adoption de la loi du 3 décembre 2001, seuls les ascendants ordinaires, du troisième ordre, avaient été écartés entièrement de la succession en présence du conjoint survivant tandis que les père et mère, du deuxième ordre, bénéficiaient de leur réserve. Les père et mère ne sont donc en aucun cas protégés par l'article 758 puisque celui-ci est réservé aux ascendants autres que les père et mère.

311. Réécriture souhaitée des articles 914 et 758 - La suppression de la réserve des père et mère conduit à pouvoir laisser un père et une mère dans le dénuement⁹²³. En effet, lorsque leur enfant n'a pas d'enfant, les père et mère perdent leur créancier d'aliment⁹²⁴. Selon certains auteurs, le droit alimentaire des ascendants n'a pas été étendu aux père et mère parce que le

⁹²⁰ Amendement n° 162 précité note 916.

⁹²¹ VIDALIES A., *Rapport AN n° 2910*, p. 16.

⁹²² ARTEIL D., « L'ascendant dans le nouveau droit des successions et des libéralités », *Deffrénois* 2007, p. 477.

⁹²³ A moins qu'il n'ait gratifié leur enfant et qu'il puisse faire jouer leur droit de retour légal.

législateur estime qu'ils sont suffisamment protégés par le droit de retour nouvellement créé⁹²⁵. Néanmoins, cet argument ne nous paraît pas pertinent : en effet, le droit de retour légal créé par la loi du 23 juin 2006 n'a pas le même objet que la réserve des ascendants puisqu'il ne porte que sur les biens donnés à leur enfant. Si les ascendants n'ont rien transmis, ils n'ont alors droit à rien. Ce donnant-donnant est en contradiction avec la vocation alimentaire de la réserve⁹²⁶.

Il serait opportun de ressusciter la réserve des père et mère. En effet, les enfants bénéficient de la réserve de leurs parents, ce droit devrait être réciproque. Toutefois, il ne faut pas oublier que les père et mère sont déjà installés dans la vie lorsque leur enfant décède et qu'ils ont, dans la majeure partie des cas, moins besoin d'une subsistance qu'une veuve ou un veuf qui doit assurer seul les dépenses du ménage. C'est la raison pour laquelle cette réserve devrait être successive après celle du conjoint survivant. Ainsi, les père et mère n'en bénéficieraient qu'en l'absence de conjoint survivant ; en sa présence, ils pourraient se prévaloir d'un droit à aliments.

Ainsi, en présence d'un conjoint survivant, on ne peut imaginer priver les père et mère d'aliments si leur situation patrimoniale est délicate. En conséquence, il paraît pertinent de permettre aux père et mère de bénéficier de l'obligation alimentaire instituée par l'article 758 en modifiant et élargissant cette dernière. Il paraît nécessaire de revoir l'article 758 du Code civil en y incluant les père et mère⁹²⁷ et en supprimant la condition d'attribution de la totalité de la succession ou des trois-quarts au conjoint survivant. Néanmoins, cette créance d'aliment ne pourrait pas être réclamée par l'ascendant s'il bénéficie de droits *ab intestat* dans la succession. La demande de créance d'aliment serait subordonnée à son exclusion de la succession. L'aide alimentaire pourrait être réclamée à n'importe quel donataire ou légataire, le conjoint survivant ou un tiers.

⁹²⁴ En effet, selon l'article 206, la bru ou le gendre ne doivent plus d'aliments à leurs beaux-parents lorsque l'enfant qui produisait l'affinité est décédé.

⁹²⁵ LEVILLAIN N., « Les nouveaux droits successoraux des ascendants. – Droit de retour légal de l'article 738-2 du Code civil », *JCP N* 2007, 1135.

⁹²⁶ Cf. *infra* n° 66.

⁹²⁷ De cet avis également : CATALA P., « Prospectives et perspectives en droit successoral », *JCP N* 2007, 1206.

Certains pourraient arguer que ces dispositions sont inutiles puisqu'aujourd'hui, la subsistance aux aînés tend à être, de plus en plus, assurée par l'Etat. La multiplication des allocations aux personnes âgées permet à toutes les personnes âgées de vieillir dans la dignité sans pour autant devenir une charge trop lourde à porter pour leurs enfants. Ainsi, afin d'éviter que les personnes âgées ayant perdu un enfant soient dans une situation plus favorable que les autres, il serait préférable de laisser l'Etat subvenir à leurs besoins lorsqu'ils ne peuvent y faire face tout en lui permettant de récupérer ce qui a été donné sur la succession⁹²⁸. Toutefois, la situation économique ne permet pas de penser que l'Etat pourra encore longtemps subvenir aux besoins des personnes âgées. Le lieu naturel de la solidarité doit rester avant tout la famille grâce à la réserve.

312. Conclusion de section – La réserve héréditaire s'est resserrée autour du couple parental et de ses enfants. Ainsi, le conjoint survivant bénéficie désormais d'une réserve traduisant le maintien des devoirs du mariage au-delà de la mort. Toutefois, on peut regretter que sa réserve ne soit que successive et que le conjoint en soit privé en présence de descendant. Il est raisonnable de considérer que tous les conjoints devraient bénéficier d'une réserve correspondant à une part d'enfant.

En revanche, les ascendants sont désormais exclus du bénéfice de la réserve. On peut le regretter car il est anormal que la réserve ne soit plus réciproque. Toutefois, un concours de réserve avec le conjoint ne serait pas souhaitable. Pour cette raison, il apparaît nécessaire de prévoir un droit à aliments pour les parents en présence du conjoint survivant et une réserve en l'absence de conjoint survivant.

313. Conclusion de chapitre – La réserve héréditaire s'est recentrée autour de la famille nucléaire composée du couple et de ses enfants et s'est

⁹²⁸ C'est aujourd'hui le cas de l'allocation de solidarité aux personnes âgées (ASPA) qui est récupérable lorsque l'actif net de la succession dépasse 39 000 euros. En revanche, l'APA n'est pas récupérable sur la succession.

adaptée aux nouveaux modèles familiaux contemporains⁹²⁹. Aujourd'hui, tous les enfants, à l'exception de l'enfant incestueux qui est toujours victime d'un empêchement à succéder, bénéficient d'une réserve héréditaire pleine. En effet, la loi du 3 janvier 1972 a supprimé les différences entre enfants légitimes et naturels. Elle n'a laissé subsister qu'une discrimination en défaveur de l'enfant adultérin en concours avec le conjoint bafoué ou les enfants légitimes issus du mariage transgressé. La loi du 3 décembre 2001 a mis fin à cette discrimination après la condamnation de la France par la CEDH et a permis aux enfants naturels de demander le retranchement des avantages matrimoniaux envers le second époux.

La loi du 3 décembre 2001 a également créé une nouvelle réserve en faveur du conjoint survivant d'un quart de la succession en l'absence d'enfant du *de cuius*. En revanche, la réserve des ascendants a été purement et simplement supprimée par la loi du 23 juin 2006 faisant sortir les parents du cercle de la famille bénéficiaire de la réserve. On peut regretter cette suppression et la fin de la réciprocité de la réserve. C'est la raison pour laquelle cette réserve devrait être ressuscitée à condition d'être successive après celle du conjoint survivant. En présence du conjoint, il est nécessaire de permettre la fourniture d'aliments aux parents par le biais d'un droit aux aliments

⁹²⁹ De plus en plus d'enfants viennent au monde hors mariage : moins d'un sur dix à la fin des années soixante et six sur dix en 2009 en Haute-Normandie : Cf. COLLET, « Un enfant d'abord, le mariage après » : http://www.insee.fr/fr/themes/document.asp?ref_id=16682.

Conclusion de titre

314. La réserve a, de tout temps, joué un rôle social. Cette fonction s'articule autour de deux pôles. Tout d'abord, la réserve permet de structurer la famille en protégeant un modèle familial donné. Cette fonction de protection de la famille s'illustre tout particulièrement dans les sociétés privilégiant un modèle holiste. Ainsi, en droit romain, la réserve avait pour fonction de protéger la *gens* puis la *familia*. En revanche, cette protection n'existait que de manière virtuelle grâce à la religion et à la morale puisque la liberté de tester était absolue. Cette fonction était également présente dans le Code civil de 1804. Celui-ci privilégiait un modèle familial unique : celui d'un couple marié en premières noces et de leurs enfants légitimes. Ainsi, la liberté de disposer était fortement restreinte en faveur des enfants illégitimes et des conjoints subséquents.

Cette fonction de conservation d'un modèle familial unique a pourtant dû évoluer dans le droit contemporain pour s'adapter aux nouveaux modèles familiaux. Désormais, la famille est plus individualiste et s'est recentrée sur le couple et les enfants. En témoigne la modification des bénéficiaires de la réserve qui sont désormais les descendants et le conjoint en l'absence de descendants. Les ascendants ne bénéficient plus d'une réserve.

Titre II – La réserve, un moyen d’assurer la subsistance des proches du défunt

315. Plan - La fonction de subsistance, ou devoir de piété, a de tout temps été au cœur de la réserve. Cette fonction a justifié la création de la légitime de droit romain. Ensuite, la fonction de subsistance a continué à innover le droit coutumier, sous d’autres formes, jusqu’à la redécouverte de la légitime au XVI^e siècle. Cette fonction est également au cœur de la réserve du Code civil puisqu’elle en constitue l’un des fondements (Chapitre I).

Dans le droit contemporain, on redécouvre la fonction de subsistance de la réserve. En effet, les récentes modifications opérées à la réserve laissent à penser que la réserve tend à se rapprocher de la légitime de droit romain en devenant une créance en valeur dans la succession. En outre, on constate l’apparition de droits concurrents à la réserve permettant de donner une subsistance à certains héritiers (Chapitre II).

Chapitre I – La fonction alimentaire, fonction historique de la réserve

316. Plan - L'apparition de la réserve à Rome s'inscrit dans l'évolution de la société romaine et l'augmentation des exhéréditions injustes. Son fondement est la *pietas*, soit l'obligation morale de subvenir aux besoins de ses proches même après son décès. Ainsi, l'obligation alimentaire ne s'arrête pas au décès mais continue après celui-ci et fonde l'existence de la légitime romaine (Section I).

Cette fonction de subsistance innervait également le droit coutumier et le Code civil de manière sous-jacente (Section II).

Section I - L'apparition d'un ordre public successoral écrit fondé sur la subsistance à l'époque classique de Rome

317. Plan - A l'époque classique de Rome, la société se transforme et devient individualiste. La morale et la religion ne sont plus assez fortes pour contenir les abus et les limitations à la liberté de disposer apparaissent. A l'époque classique et au Bas-Empire, on trouve deux sortes de limitations à la liberté testamentaire. Les plus anciennes tiennent aux conditions de fond du testament (§ I). Toutefois, ces limitations tenant aux conditions de fond du testament ne restreignent pas la quotité dont le *de cuius* peut disposer mais uniquement la manière de disposer de ses biens. Si à l'origine, couplées à la morale, elles sont assez fortes pour dissuader le *de cuius* d'exhérer ses proches, elles s'avèrent rapidement insuffisantes. Le tribunal des centumvirs crée alors la première limite à la faculté de disposer de sa succession par testament au moyen de la *querela inofficiosi testamenti*. Cette limite s'est ensuite étendue aux donations et aux dots (§ II).

§ I – Du durcissement des conditions de l'exhérédation à la limitation de la capacité de disposer

318. Le délitement des mœurs - Pendant la République, à partir de 150 avant J.-C.⁹³⁰, la société romaine connaît certaines transformations. La paix sociale à Rome est fondée sur une classe de petits propriétaires terriens et sur une main d'œuvre servile. Les conquêtes font vaciller ce fragile équilibre en faisant affluer de grandes richesses à Rome, laquelle devient une place financière avec une intense activité commerciale internationale. L'attachement à la terre et la solidarité familiale laissent place au luxe, à la spéculation financière et à l'individualisme. Mais ces richesses sont mal réparties, une minorité s'enrichit tandis que la majorité n'a pas d'emploi en raison de l'augmentation vertigineuse du nombre d'esclaves provenant des provinces conquises⁹³¹. La classe moyenne disparaît et les petits paysans sont ruinés par l'importation de produits agricoles provenant des provinces conquises. Enfin, toute la cité est corrompue car l'argent de l'État est détourné. Ces difficultés entraînent plusieurs révoltes qui dégénèrent en guerres civiles⁹³².

Ces guerres entraînent la disparition de la République et l'avènement des dictateurs qui se succèdent dans le sang. En 27 avant J.-C., Octave, vainqueur d'Antoine, parvient à rétablir la paix après un siècle de guerre civile. Les deux siècles qui suivent constituent une période d'essor économique et de paix sociale.

319. L'essor de l'individualisme - Au I^{er} siècle avant Jésus-Christ, la *familia* s'émiette et l'individualisme triomphe. La puissance paternelle conserve sa structure juridique mais perd sa force morale. Il n'y a plus de copropriété

⁹³⁰ HUMBERT M., *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, 9^{me} éd. Dalloz, coll. Précis, 2007, p. 333.

⁹³¹ Il y a un esclave pour 2,5 citoyens en ville et un pour 1,5 citoyens à la campagne au II^e siècle.

⁹³² Pour une explication plus détaillée de ce phénomène, voir HUMBERT M., *Institutions politiques et sociales de l'Antiquité*, 9^{me} éd. Dalloz, coll. Précis, 2007, p. 333 et suiv. et ROBAYE R., *Le droit romain*, 4^{me} éd. Academia l'Harmattan, 2014, p. 18-19.

familiale et la notion de patrimoine devient individuelle. Dès la fin de la République, le fils peut engager le père de famille par ses actes et possède une plus grande liberté sur son pécule. Au Haut-Empire, il est même admis que le fils soit responsable de ses engagements et que les acquisitions réalisées en tant que soldat lui restent propres⁹³³.

La *patria potestas* se transforme et perd son caractère absolu. Le *pater familias* bénéficie toujours de droits mais il a aussi des obligations envers ses descendants. Ainsi, il doit par exemple, doter sa fille, entretenir les membres de sa famille, *etc...* Il est même permis à l'enfant de se plaindre de son *pater* devant un magistrat⁹³⁴.

Le culte des *sacra* tombe dans l'oubli. La profession de capteur d'héritage se développe ainsi que les exhérédatations injustes.

320. Un testament devenu privé - A cette époque, les comices curiates ne se réunissent plus. Le testament *per æs et libram* est assoupli et s'appelle désormais *tabulis et libra*⁹³⁵ : le testateur écrit ses dernières volontés sur une tablette enduite de cire, destinée à demeurer entre ses mains, scellée jusqu'à son décès. Le testament est confirmé pendant une cérémonie comprenant deux parties : la *mancipatio familiæ* et la *nuncupatio*. La *mancipatio* n'est plus qu'un rite et le *familiæ emtor* un simple témoin qui n'acquiert plus les biens et

⁹³³ DUCOS M., *Rome et le droit*, Librairie Générale Française, Série Antiquité, éd. Le livre de poche, 1996, p. 54.

⁹³⁴ DUCOS M., *ibidem*, p. 53.

⁹³⁵ Toutefois, la validité de ce testament n'est pas reconnue en droit civil. Le prêteur ne donne à l'héritier institué ni le titre ni les droits de *heres* mais ne lui attribue que la qualité de *bonorum possessor* et uniquement la *bonorum possessio secundum tabulas*. Ainsi, lorsqu'un citoyen décède sans avoir testé, le prêteur désigne lui-même sa succession suivant un certain ordre de préférence. Le successeur ainsi désigné n'est alors pas héritier selon le droit civil et n'a pas droit au titre d'*heres*. Il n'a donc pas le *dominium* des choses corporelles et n'est pas investi des créances et dettes du défunt. Il a seulement la possession des biens, *bonorum possessio*. Le successeur n'a alors que *in bonis habere* sur les biens corporels. En contrepartie, il bénéficie de l'interdit possessoire ainsi qu'une action *in rem*, calquée sur la pétition d'hérédité du droit civil. C'est par un rescrit de l'empereur Antonin le Pieux (138-161) que la pétition d'hérédité est écartée en lui opposant une exception de *dol* et en permettant la *bonorum cum re* produisant son plein effet. Cf. MAY G., *Eléments de droit romain à l'usage des étudiants des facultés de droit*, 7^{ème} édition, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1901, p. 471 et suiv., p. 485, § 236.

n'est plus l'exécuteur des dernières volontés⁹³⁶. Lors de cette cérémonie, le testateur, tenant en main ses tablettes, affirme, que cet écrit contient ses dispositions de dernières volontés et en même temps, il fait appel aux cinq témoins, au *familiæ emptor* et au *libripens* en les invitant à témoigner, en cas de besoin⁹³⁷, de l'accomplissement de ces formalités⁹³⁸.

Le testament *per æs et libram* peut également être fait à l'oral lorsque le testateur n'a pas le temps de rédiger ses tablettes. La cérémonie est identique mais avant la *nuncupatio*, le testateur déclare oralement ses dernières volontés en présence des sept témoins⁹³⁹.

Ces testaments sont révocables puisqu'il suffit de recommencer les mêmes formalités. Le testament n'a plus le même sens : il est devenu une manifestation d'individualisme permettant de transmettre le patrimoine à l'héritier choisi et les exhéréditions injustes se multiplient.

321. L'obligation d'exhérer ses *sui*, préalable à l'institution d'héritier – Afin que le testateur prenne en compte la portée de son exhérédition, il est nécessaire d'exhérer ses *sui*, de manière formelle, avant d'instituer son héritier dans le corps du testament, comme cela était le cas devant les comices curiates aux premiers temps de Rome. L'exhérédition doit répondre à des conditions précises pour être valable. Tout d'abord, elle doit être contenue dans un testament et être exprimée en termes sacramentels. Le père doit employer pour tous les héritiers siens la formule : « *exheres esto, exheredes sunto.* » En outre, les fils ne peuvent être exhérédés que nominativement : « *Titius filius meus exheres esto* » ; tandis que les filles et les petits-enfants

⁹³⁶ MAY G., *ibidem*, § 230.

⁹³⁷ Le mot testament serait issu de cet appel au témoignage : *testari*. Il donna son nom à l'acte qu'on appela *testamentum*.

⁹³⁸ D'après GAIUS (G.II,104) les termes de cette *nuncupatio* étaient les suivants : « *Hæc ita, ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do ita lego, ita testor ; itaque vos, quirites testimonium mihi perhibetote.* » Cf. MAY G., *op. cit.*, p. 471.

⁹³⁹ On appelle ce testament, testament oral ou *nuncupatif*.

peuvent être exhéredés en bloc : « *Ceteri omnes exheredes sunt.* »⁹⁴⁰. Ensuite, l'exhéredation doit porter sur toute l'héredité puisqu'on ne peut instituer un héritier testamentaire en concours avec un héritier *ab intestat*. A ces conditions, l'exhéredation prive le descendant de sa qualité d'héritier et permet au *pater familias* de disposer soit au profit d'un étranger, soit d'un autre *suus*, des biens dont l'exhéredé est exclu.

En revanche, si un fils a été omis ou irrégulièrement exhéredé, le testament est nul comme s'il avait été fait dans des formes irrégulières ou par un testateur incapable ou au profit d'un héritier incapable. Lorsqu'une fille ou un descendant d'un degré inférieur a été omis ou irrégulièrement exhéredé, le testament est maintenu mais est rectifié. L'héritier omis va, comme s'il avait été oublié, prendre une fraction de la succession au détriment des institués, en concours avec eux. Il accroît leur nombre en prenant la moitié de sa part en face d'étrangers et une part virile en présence de *sui*.

Au Bas-Empire, Justinien simplifie ce système en exigeant l'institution ou l'exhéredation nominative de chaque descendant, quel que soit son sexe. En cas d'omission d'un enfant, le testament est nul⁹⁴¹. La succession *ab intestat* s'ouvre alors et l'enfant omis y prend place.

Ces restrictions ne dissuadent pas le testateur d'instituer un tiers. Si les conditions de forme du testament sont respectées, le testateur peut rédiger son testament dans le sens dans lequel il l'entend.

322. Les lois limitant les legs particuliers – A Rome, il est d'usage de faire de nombreux legs dans son testament afin de gagner considération et puissance⁹⁴². Cette pratique est restreinte par plusieurs lois successives.

La première loi limitant la capacité de tester à titre particulier est la *Lex Furia*⁹⁴³ qui interdit de léguer plus de mille as par bénéficiaire sauf à des parents consanguins

⁹⁴⁰ GAIUS, 2, 127.128 in GIRARD, *op. cit.*, p. 906 note 3.

⁹⁴¹ LEPOINTE G., *op. cit.*, p. 75 et suiv., § 141 et suiv.

⁹⁴² Comme le fit Auguste en s'acquittant des legs envers les innombrables vétérans de César pour gagner leur faveur : Cf. SCHMIDLIN B., *Droit privé romain I – Origines et sources, Famille, Bien, Successions*, éd. Bruylant, 2008, p. 318-319.

jusqu'au 6^{ème} degré. Toutefois, elle n'empêche pas de procéder à de multiples legs inférieurs à mille as. Cette loi tombe rapidement en désuétude.

Ensuite, la *Lex Voconia*⁹⁴⁴ interdit aux citoyens appartenant à la première classe du *census* d'attribuer à un légataire plus que ce qui reste à l'héritier. Son but était de limiter les legs faits en faveur des femmes afin de combattre le luxe⁹⁴⁵.

Enfin, la *Quarte Falcidia* interdit à un testateur de léguer à titre particulier plus des trois quarts de sa succession. En effet, de nombreux testateurs mouraient *intestat* car les héritiers institués préféraient renoncer à la succession lorsque les legs étaient trop importants et ne leur laissaient qu'un bénéfice peu intéressant. Or mourir *intestat* est un déshonneur à Rome.

Ces conditions du testament ne sont pas suffisamment dissuasives pour restreindre la capacité de disposer du testateur. En effet, elles n'empêchent aucunement le testateur d'instituer un tiers et, par ce fait, de déshériter ses héritiers.

C'est pourquoi les premières restrictions légales au droit de disposer apparaissent à l'époque classique.

§ II – Les restrictions légales au droit de disposer

323. Plan - La *querela inofficiosi testamenti* à l'époque classique (A) puis l'action en complément de part et la *querela inofficiosi dotis* au Bas-Empire (B) sont venues restreindre la liberté testamentaire en droit romain.

A – La *querela inofficiosi testamenti*

⁹⁴³ La *lex Furia* date du début du II^e siècle.

⁹⁴⁴ 169 avant J.-C.

324. Fondement - Sous la République, l'opinion publique considère qu'il y a un véritable devoir d'instituer les descendants qui n'ont pas démerité et d'exhérer les enfants prodigues ou indignes⁹⁴⁶. Toutefois, à l'époque classique, la morale n'est plus suffisamment dissuasive et les abus se multiplient. Une institution jurisprudentielle⁹⁴⁷ intervient alors pour empêcher le *pater familias* d'exhérer certains proches parents sans cause et pour l'obliger à leur laisser une part suffisante de sa succession. C'est la *querela inofficiosi testamenti*⁹⁴⁸.

Le fondement originel retenu par le tribunal des *centumvirs* est la folie. On considère que le testateur qui déshérite sans motif un proche parent a agi sous le coup de la folie⁹⁴⁹ et que le testament est nul. Ce fondement fictif a pour but de justifier la rescision d'un testament valable. Ainsi, on ne cherche pas à prouver la folie véritable du testateur mais on présume la folie liée à l'exhérédation sans cause de l'héritier *ab intestat*. Ce fondement permet de sauvegarder l'apparence de liberté testamentaire tout en protégeant les héritiers.

Mais ce fondement est rapidement abandonné car la réclamation de l'héritier porte atteinte à la mémoire du défunt en proclamant publiquement sa folie. Ainsi, il est, par la suite, remplacé par le manquement du testateur aux devoirs essentiels imposés par la morale familiale. On considère que le testateur qui ne laisse pas une part de sa succession à ses proches parents manque à ses devoirs de famille puisque l'existence d'un devoir d'affection entre proches parents engendre un devoir de piété⁹⁵⁰. Les textes romains évoquent « *le respect dû à la nature* », « *la raison naturelle* » ou

⁹⁴⁵ BROCHER C., *Etude historique et philosophique sur la légitime et les réserves en matière de succession héréditaire*, éd. Ernest Thorin, 1868, p. 63.

⁹⁴⁶ OURLIAC P. et MALAFOSSE J., *op. cit.*, p. 328.

⁹⁴⁷ La coutume institua le tribunal des centumvirs du droit de réviser le testament.

⁹⁴⁸ On le traduit par « *plainte contre le testament qui a manqué au devoir de piété envers la famille* » Cf. LEPOINTE G., *op. cit.*, p. 78, § 147.

⁹⁴⁹ Cette explication dégagée par les juristes de l'époque n'est pas exacte puisque le testament fait par une personne atteinte de folie est nul tandis que le testament inofficieux est seulement susceptible d'être rescindé (2 Dig., *De inoff. testam.*, V, 2, Marcian.) in MAY G., *op. cit.*, p. 499 note 3.

⁹⁵⁰ CICÉRON définit la piété comme : « *la modération qui s'exerce à l'égard des autres s'appelle la justice ; cette justice vis-à-vis des dieux, c'est la religion ; vis-à-vis des parents, la piété...* » *Partitiones oratoriae*, 79.

encore « *l'amour naturel* » en traitant de la légitime et de l'obligation alimentaire⁹⁵¹ et ce devoir d'assistance est un droit naturel commandé par la nature. La piété ne concerne pas seulement la rescision des exhéréditions injustes. Plus largement, c'est un devoir de piété filiale à l'égard de ses parents imposant le respect qui leur est dû mais également un devoir dû par les parents à l'égard de leurs enfants et leur imposant de doter leurs filles, de fournir des aliments à leurs enfants et de leur donner une subsistance conforme à leur rang dans leur succession. La subsistance est par conséquent le fondement véritable de la *querela inofficiosi testamenti*

325. Bénéficiaires - Tous les descendants sans exception⁹⁵² et les ascendants⁹⁵³ ont accès de plein droit à la *querela* puisque ce sont les seuls qui ont droit à ce devoir de piété⁹⁵⁴. A l'origine, les frères et sœurs, agnats du défunt⁹⁵⁵ peuvent également invoquer la *querela*.

Le *querelans* doit être le plus proche héritier *ab intestat* appelé à la succession. La *querela* n'est pas collective. Le plaignant doit diriger sa plainte vers l'héritier testamentaire en alléguant qu'il a été privé de manière infondée de sa part. Le tribunal des centumvirs apprécie alors au cas par cas. Ainsi, si l'exhérédié a failli à son devoir de piété envers le défunt ou si son comportement a été contraire aux bonnes mœurs, l'exhérédition peut être confirmée⁹⁵⁶.

⁹⁵¹ LAPLANCHE J., *La « soutenance » ou « pourvéance » dans le droit coutumier français au XIII^e et XIV^e siècles*, éd. Librairie du recueil Sirey, 1952.

⁹⁵² Qu'ils soient ou non *sui*, et qu'ils soient descendants *per masculos* ou *per feminas*.

⁹⁵³ La réciprocité des devoirs d'affection entraîne cette réciprocité des devoirs de piété. Les descendants manquent d'*officium pietatis* lorsqu'ils n'instituent pas leur ascendant dans leur testament.

⁹⁵⁴ La coutume tient compte pour la première fois des affections présumées du défunt. Cette idée inspirera plus tard les réformes de Justinien. Ce devoir de piété est dit *officium pietatis*.

⁹⁵⁵ Ce sont les germains et les consanguins.

⁹⁵⁶ SCHMIDLIN B., *Droit privé romain I – Origines et sources, Famille, Bien, Successions*, éd. Bruylant, 2008, p. 294.

326. Conditions - La procédure de la *querela inofficiosi testamenti* n'est établie qu'au cours du II^e siècle après J.- C. Les conditions d'exercice de la *querela* sont au nombre de quatre .

La première condition est que le successible doit avoir été dépouillé par le testateur, ce qui est le cas s'il est exhéredé, omis ou gratifié d'une part insuffisante. Les *centumvirs* fixent cette portion au quart de ce qu'aurait dû recevoir l'héritier *ab intestat*, nommée la « quarte légitime⁹⁵⁷ ». Cette quarte s'évalue selon la valeur des biens et le nombre d'héritiers *ab intestat* au jour du décès. L'évaluation au jour du décès a l'inconvénient de laisser le testateur dans l'incertitude. Si la valeur des biens a varié ou si le nombre d'héritiers s'est modifié depuis la rédaction du testament, ce dernier doit être rescindé alors que le testateur n'a pas eu l'intention de manquer à son devoir de piété.

L'héritier ne doit pas avoir été rempli de sa quarte par une disposition *mortis causa* quelconque telle qu'un legs ou une donation à cause de mort. Si un enfant qui a reçu un legs de son père attaque son testament comme inofficieux, il ne peut plus recevoir son legs. En effet, le jugement et la volonté du père sont attaqués.

En revanche, si le *querelans* échoue dans la *querela*, il perd le bénéfice de toutes les dispositions faites à son profit par le testateur.

Selon la deuxième condition, le *querelans* ne doit pas avoir démérité⁹⁵⁸. Il doit avoir de son côté observé les devoirs compris dans l'*officium pietatis*. Les justes motifs d'exhéredation sont laissés à l'appréciation des *centumvirs* à l'époque classique. Ce motif doit figurer dans le testament pour permettre au légitimaire de le contester.

La troisième condition tient au fondement primitif de la *querela*. La *querela inofficiosi testamenti* met en doute la santé mentale du testateur et fait injure à sa mémoire. Par conséquent la *querela* ne doit être admise que de façon subsidiaire et uniquement s'il n'existe pas d'autre moyen d'annuler le testament. L'action s'éteint par la renonciation de l'intéressé et ce très facilement : elle peut être tacite, implicite,

⁹⁵⁷ *Quarta legitimæ partis.*

⁹⁵⁸ Ce qui est le cas s'il est indigne ou s'il y a contre lui une cause d'exclusion de la succession. Voir *supra* note 965.

présumée ou par abstention prolongée durant deux ans⁹⁵⁹. Elle est donc refusée à l'héritier qui peut invoquer le droit civil ou prétorien sur l'exhérédation ou l'omission⁹⁶⁰

Enfin, selon la quatrième condition, la *querela* doit être intentée dans un délai de deux ans à compter du décès. Le délai de prescription est donc bref.

327. Effets de la *querela* - A l'époque classique, si la *querela* est admise, la totalité du testament est annulée pour être l'œuvre d'un fou et la succession *ab intestat* s'ouvre au profit du *querelans*.

328. Nature de la *querela* – Les romanistes ne se sont jamais penchés sur la nature de la *querela* en se demandant si elle était une part des biens du testateur ou une part de son hérédité. Cette question fut seulement soulevée au Moyen-âge sans recevoir de réponse claire. Selon certains auteurs, la légitime était une portion des biens qu'il était possible de réclamer sans être héritier. Ils s'appuyaient pour cela sur le fait que pour calculer la *querela*, on déduisait les dettes et frais funéraires de telle sorte que si les biens de la succession ne suffisaient pas à payer ces dettes et frais, la légitime disparaissait⁹⁶¹. Il s'agissait par conséquent d'une *quarta bonorum*. En effet, si elle avait été *pars hereditatis*, la légitime aurait été une quote-part de l'hérédité active et passive⁹⁶².

En revanche, d'autres auteurs étaient d'avis que lorsque la légitime était laissée à titre de legs, elle était *pars bonorum* alors que lorsqu'elle était laissée à titre

⁹⁵⁹ OURLIAC P. et MALAFOSSE J., *op. cit.*, p. 329.

⁹⁶⁰ MAY G., *op. cit.*, p. 501, § 244.

⁹⁶¹ PAUL, *Sent.*, lib. IV, tit. V, § 6 ; L. 8, § 9, *hoc tit.* in PAVY A., *Des testaments inofficiels en droit romain*, thèse Arras, 1884, p. 53 et suiv.

⁹⁶² VOET, *Comm. ad. pand.*, *hoc tit.* ; SCHULTING, *Jurisp. vet. ante just. Sentences de Paul*, IV, 5, § 6 in PAVY A., *Des testaments inofficiels en droit romain*, thèse Arras, 1884, p. 53 et suiv.

d'institution d'héritier, elle devait être *pars hereditatis* puisque l'héritier recevait le titre et la qualité d'héritier⁹⁶³.

Au Bas-Empire, Justinien modifie le régime de la *querela*.

B – Les innovations au Bas-Empire

329. Les modifications apportées à la *querela* - Au Bas-Empire, les nouvelles 18 et 115 de Justinien modifient le régime de la *querela inofficiosi testamenti*

Tout d'abord, il révisé le chiffre de la légitime : elle est d'un tiers de la succession s'il y a quatre enfants ou moins et de la moitié de la succession s'il y a plus de quatre enfants⁹⁶⁴. Ensuite, les justes motifs d'exhérédation sont limitativement fixés⁹⁶⁵. Ce

⁹⁶³ De cet avis notamment : VINNIUS, *Select. juris. quaest.*, I, 22. in PAVY A., *ibidem*, 1884, p. 54.

⁹⁶⁴ Cf. BOUTARIC, *Les institutes de l'empereur Justinien, conférées avec le droit français*, Chez Gaspard Henault et Jean-François Forest, 1740, p. 302 et 303.

⁹⁶⁵ Nouvelle 115 : « *Si autem hæc omnia non fuerint observata, nullum vim hujusmodi testamentum quantum ad institutionem habere sancimus.* » Les quatorze cas d'exhérédation sont les suivants :

- si les enfants ont battu leur père,
- si les pères ont reçu de leurs enfants quelque injure atroce,
- si les pères ont été accusés par leurs enfants de quelque crime qui ne soit pas contre la personne du Prince, ou contre l'État,
- si les enfants ont eu société avec des gens qui commettent des maléfices pour en commettre avec eux,
- si les enfants ont attenté à la vie de leur père, par poison ou autrement,
- si les enfants ont eu commerce de débauche avec la femme ou la concubine de leur père,
- si les enfants ont dénoncé leur père dans quelque affaire qui leur ait causé un préjudice notable,
- si les enfants ont laissé emprisonner leur père pour ne vouloir cautionner pour lui,
- si les enfants ont voulu empêcher leur père de tester par des voies de fait,
- si les enfants se sont faits gladiateurs ou comédiens sans leur consentement de leur père, si ce n'est que le père lui-même ne fût de cette profession,
- si une fille, avant la vingt-cinquième année mène une vie scandaleuse ou se marie sans le consentement de son père,
- si le père est tombé en démence ou en fureur et les enfants ont négligé d'en prendre soin,
- si les enfants négligent de racheter leur père en captivité,
- si le père étant catholique, les enfants se font hérétiques.

Cf. BOUTARIC, *ibidem*, p. 295-296.

motif doit figurer dans le testament pour permettre au légitimaire de le contester. Le délai d'action de la *querela* est porté à cinq ans. Enfin, les frères et sœurs ne bénéficient de la *querela* que si le *de cuius* leur a préféré une *turpis persona*.

Les effets de la *querela* sont également modifiés puisque désormais seule l'institution d'héritier est annulée tandis que les autres dispositions testamentaires sont conservées. L'héritier omis prend la place de l'institué et doit exécuter les dispositions testamentaires. Il est également prévu que la légitime doit être laissée à titre d'institution et non plus à titre de legs ou de fidéicommis⁹⁶⁶. Les légitimaires ne la touchent plus comme simples créanciers mais tiennent la légitime à titre d'héritiers et la prennent collectivement et en nature et non plus individuellement⁹⁶⁷. La légitime glisse par conséquent vers une conception *pars hereditatis*.

330. L'action en complément de la quarte - Au Bas-Empire, Justinien⁹⁶⁸ donne au successible une action en complément de la quarte. A la place de la *querela*, le légitimaire insuffisamment gratifié dans le testament peut intenter une action en complément contre l'héritier, le testament subsistant pour le reste. Cette action n'a pas de caractère injurieux, par conséquent, elle ne se heurte pas aux fins de non recevoir de la *querela*. L'action en complément de la quarte est *pars bonorum* car le légitimaire peut retenir la libéralité reçue à titre d'exception et réclamer le supplément.

En revanche, la *querela* est conservée pour les héritiers totalement omis.

Cette nouvelle action entraîne une conséquence problématique : il devient bien plus avantageux pour le successible d'intenter la *querela* plutôt que l'action en complément de quarte puisque la *querela* lui permet d'être substitué à l'héritier institué et pas de recevoir seulement sa quarte légitime. Par conséquent, sous

⁹⁶⁶ Nouvelle 115, Livre 2, Tit.18, § 6. : « *Non licere penitus patri, vel matri liberos præarare, aut exhæredes in suo facere testamento, nec si per qualibet donationem, vel legatum, vel fideicommissum, vel alium quemcumque titulum, eis dederit legibus debitam portionem.* »

⁹⁶⁷ Justinien souhaite simplement que le *de cuius* honore son légitimaire en lui donnant le titre d'héritier même pour une part symbolique : NICOLESCO O.-N., *Querela inofficiosi testamenti et de la légitime*, thèse Paris 1888, p. 267, n° 120.

⁹⁶⁸ C.J. 3, 28, 30 ; 528.

Justinien, l'option entre la *querela* et l'action en complément est supprimée⁹⁶⁹. Si un testament contient une disposition, même modique, en faveur d'un légataire, l'action en complément de part contre l'héritier institué se substitue à la *querela*. Le *de cuius* n'est plus accusé de ne pas avoir respecté son devoir de piété mais d'une simple erreur de calcul⁹⁷⁰. Le système de la *querela* est maintenu seulement dans les cas d'omission ou d'exhérédation totale d'un légataire.

331. La création de la *querela inofficiosae donationis et dotis* - La *querela inofficiosi testamenti* n'empêche pas le *de cuius* de diminuer son patrimoine avant son décès en procédant à des donations ou des constitutions de dot. Au III^e siècle après J.-C. interviennent les premières limitations⁹⁷¹. Au siècle suivant, on admet la réunion fictive de toutes les libéralités entre vifs dans la masse de calcul de la légitime. En 358, Constance II introduit la *querela inofficiosae dotis*⁹⁷². Celle-ci prévoit que la masse sur laquelle sera calculée la part du légataire sera l'actif à l'ouverture de la succession auquel on ajoute le rapport fictif des libéralités faites par le *de cuius*. Les conditions sont identiques à celles de la *querela inofficiosi testamenti*. En revanche, les effets sont différents. Les donations et constitutions de dot ne peuvent être attaquées que si la réduction des legs ne suffit pas à remplir les légataires de leurs droits. Ainsi, les donations sont réduites de la plus récente à la plus ancienne afin de compléter la part du légataire mais uniquement si la réduction des dispositions testamentaires ne permet pas de remplir le légataire de ses droits.

332. Conclusion de section – A partir de 150 avant J.-C., les mœurs se délitent à Rome. La morale ne permet plus de protéger les descendants et les exhérédations se multiplient. Toutefois, la liberté de tester est tellement

⁹⁶⁹ MAY G., *op. cit.*, p. 500, § 244.

⁹⁷⁰ OURLIAC P. et MALAFOSSE J., *op. cit.*, p. 331.

⁹⁷¹ D., 31, 87, 3.

⁹⁷² C.J. 3, 30, 1.

ancrée dans les esprits qu'il apparaît difficile de la limiter. Pourtant, la morale, l'obligation d'exhérer ses *sui* avant d'instituer son héritier et les lois limitant la possibilité de léguer à titre particulier sont très rapidement inefficaces pour éviter ces exhérations injustes. C'est la raison pour laquelle, le tribunal des centumvirs crée la *querela inofficiosi testamenti*. Cette *querela* est, à l'origine, fondée sur la folie du testateur puisqu'il apparaît impossible de limiter sciemment la liberté de tester. Au fil du temps, **le devoir de piété, en imposant que le défunt laisse une subsistance à son héritier, après son décès,** devient le fondement véritable de celle-ci et le régime de la *querela* est systématisé. Justinien étend, en outre, la *querela* aux dots et aux donations.

En droit coutumier et dans le Code civil, ce principe innervé également, de manière sous-jacente, le droit des successions.

Section II – La subsistance, principe sous-jacent de l'ordre public successoral en droit coutumier comme au sein du Code civil

333. Plan - La conservation des biens dans la famille dans le droit coutumier, puis la volonté de disperser les biens au nom de l'égalité dans le Code civil, n'éclipsent pas tout à fait la fonction alimentaire de la réserve que ce soit dans le droit coutumier (§ I) ou dans le Code civil (§ II).

§ I - La subsistance, principe sous-jacent de l'ordre public successoral du droit coutumier

334. Plan - Malgré l'importance de la conservation des biens dans la famille, le droit coutumier n'oublie pas de pourvoir à la subsistance des membres de la famille. Cette subsistance prend la forme d'une soutenance pour les puînés (A) et d'un douaire pour les veuves (C) dès la période féodale. La légitime de droit romain fait également son apparition au XVI^{ème} siècle (B) prenant la suite de la soutenance.

A – La soutenance des puînés

335. La subsistance des puînés et des filles - Nous avons relaté que le droit d'aînesse pouvait prendre plusieurs formes dans le droit coutumier⁹⁷³. Au XIII^e siècle, dans certaines coutumes, pour les fiefs ordinaires, il consiste en un partage inégal. L'aîné recueille une part avantageuse tandis que les puînés reçoivent une part restreinte au titre de leur droit successoral⁹⁷⁴. Dans certaines coutumes, et pour les baronnies et les fiefs titrés, le puîné n'a, pour part successorale, qu'une créance d'aliments intransmissible à ses enfants⁹⁷⁵ : une pourvéance⁹⁷⁶ ou une soutenance⁹⁷⁷, qu'on traduit en français moderne par subsistance⁹⁷⁸. Dès Saint-Louis, on peut lire dans ses Etablissements « *Ainsnez doit faere avenant bien fet au puisnez, et si doit les filles marier*⁹⁷⁹. » On retrouve dans le droit coutumier la même idée que dans la *pietas* romaine : l'obligation de subvenir aux besoins de ses proches en raison du lien de

⁹⁷³ Cf. *infra* n° 21.

⁹⁷⁴ C'était le cas dans le Beauvaisis, le Parisien, l'Orléanais, le Berry et le Haut-Poitou cité par LAPLANCHE J., *La soutenance ou pourvéance dans le droit coutumier français aux XIII^e et XIV^e siècles*, éd. Librairie du recueil sirey, 1952, p. 72.

⁹⁷⁵ Coutumes de l'Ouest et du Nord-Ouest : LAPLANCHE J., *ibidem*, p. 73.

⁹⁷⁶ LAPLANCHE J., *ibidem*, p. 71 et suiv.

⁹⁷⁷ Soutenance en ancien-français.

⁹⁷⁸ GODEFROY, *Dictionnaire de l'ancienne langue française et de tous ses dialectes du IX^e siècle au XV^e siècle*, t. VII, F. Vieweg Libraires-éditeurs, 1928 : « *soutien, appui, subsistance.* »

⁹⁷⁹ *Etablissements de Saint-Louis* in BROCHER C., *op. cit.*, p. 243.

parenté. Cette soutenance est vue à l'origine comme un droit naturel⁹⁸⁰ même si, plus tard, on fonde la soutenance sur la morale chrétienne. En outre, le droit canonique, lequel s'est imposé en la matière, fait de l'obligation alimentaire une conséquence directe de la filiation⁹⁸¹. Cette obligation alimentaire est vue plus largement que dans notre droit positif. Elle inclut en effet, tout ce qui est nécessaire à l'entretien et l'éducation de l'enfant et le droit à une part légitime de la succession⁹⁸².

La soutenance n'a pas été théorisée mais se retrouve dans la plupart des coutumes. On la relève en Beauvaisis, en Flandre, en Vermandois, en Bretagne. Sa zone d'influence couvre une grande partie de la France coutumière.

On en trouve des témoignages dans certaines coutumes comme celle du Vermandois. Dans cette coutume, lorsque la succession comprend un fief, attribué au fils aîné, mais aussi des biens roturiers, si les puînés recueillent suffisamment de biens roturiers pour assurer une raisonnable soutenance, ils sont privés du droit de demander la soutenance sur le fief à leur aîné. Dès le milieu du XIII^e siècle, il est admis une soutenance successorale au profit de tous les enfants nobles et roturiers même lorsque la succession ne comporte pas de fiefs mais uniquement des vilenages. Il existe même une action en justice permettant de réclamer sa soutenance⁹⁸³.

Dans la coutume de Clermont-en-Beauvaisis, la soutenance successorale est reconnue et organisée par la Coutume au profit des enfants. Elle les protège contre les donations rompant l'égalité avec excès. Il s'agit d'une institution du droit successoral général.

⁹⁸⁰ *Ancien coutumier inédit de Picardie au commencement du XIV^e siècle*, éd. Marnier, 1840, p 63 in LAPLANCHE J., *op. cit.*, p. 6 à propos d'une décision d'une cour de justice du pays de Ponthieu : « *Item che que il dient que li drois naturel est qui est deubz à mainsnés, et se che qui leur est deu est à vie ou à hyretage, selonc le coustume de Pontieu ? Respont que li drois naturel est à mainsnez d'avoir vivre sur le terre qui fu leur père ou soutenanche pour vivre à conté d'enfant...* »

⁹⁸¹ X, 4, 7, 5.

⁹⁸² LEFEBVRE-TEILLARD A., *op. cit.*, n° 200.

⁹⁸³ FONTAINES, *op.cit.*, chap. XXXIII, § III, p. 381 « *on puet constreindre le pere et la mere de lor enfanz norrir selonc nostre usage* ». Cette action vaut pour l'obligation alimentaire mais également pour la soutenance successorale selon Pierre de Fontaines : LAPLANCHE J., *op.cit.*, p. 102.

Ainsi, la soutenance coutumière a le même fondement que l'*officium pietatis* en droit romain : assurer une subsistance à son enfant en le protégeant des libéralités excessives. Toutefois la sanction diffère : dans la coutume de Vermandois, lorsque le testateur laisse la totalité de sa succession à un tiers, le legs est uniquement réduit et le tiers recueille une part d'enfant⁹⁸⁴.

La soutenance apparaît comme le préalable à la légitime. Elle explique que la légitime ait été accueillie favorablement dans les coutumes au XVI^e siècle. Elle montre également que le droit coutumier se préoccupe des hommes autant que des biens.

A partir du XVI^e siècle, la soutenance disparaît des coutumes au profit de la légitime de droit.

B – La légitime coutumière ou la renaissance du droit romain

336. Naissance de la légitime – La légitime fondée sur l'*officium pietatis* apparaît pour la première fois au XIII^e siècle. Aucune coutume ne la relate mais certains auteurs se font l'écho de décisions de tribunaux reposant sur ce fondement⁹⁸⁵. Lorsque le juge considère que le testament viole l'*officium pietatis*, il le rescinde au profit des légitimaires en estimant lui-même la portion à laquelle ceux-ci ont droit⁹⁸⁶. Cette légitime n'existe alors qu'en

⁹⁸⁴ LAPLANCHE J., *ibidem*, p 118.

⁹⁸⁵ VASSEL P., *La légitime de droit dans les pays de coutumes*, thèse Paris 1907, p. 25 et suiv.

⁹⁸⁶ BEAUMANOIR, *Coutumes de Beauvoisis*, t. premier, par Beugnot, éd. Chez Jules Renouard et Cie, 1842, p. 187 et suiv. : « Ne porquant se li remananc de son heritge n'est pas si grans qu'il souffisse à le soustenance de ses enfans, et li mueble et li catel sont grant, et il n'en laisse nul à ses enfans, ançois les laisse toz à estranges personnes : noz ne nous acordons as que tez testamens soit tenus, ançois doit estre retret du testamens, tant que li hoir puissent resnablement vivre et avoir lor soustenance selonc lor estat, exepté deus cas : l'un, s'il est sit el testament qu'il face ce lais comme cozes rendues por forfaiz car en cel cas n'en seroit riens rendu as hoirs ; nis se toz ses heritages y couroit, car trop est cruel dete d'avoit de l'autrui à tort, ne nus hoirs ne dit enriquir du torfet son pere, ne nus ne doit estre mix crus de son otrfet que cil le reconnoist en son testament. Li secons cas en coi nul restors ne doit estre fes as hoirs, si est, s'il fet mention el testament que li hoir li aient meffet, parquoi il ne lor vaut riens laisser el testament ; car se je vois mon fils, ma fille ou me mere, ou cele qui doit estre mes hoirs, mener si deshoneste vie que ce soit escanlles à li et à son lignage, je ai bone reson de li oster de mon testament. »

faveur des descendants « *poivres hoirs* » et ascendants « *poivres parens prochains* ». L'usage fixe la légitime à la moitié des meubles et conquêts.

Au XVI^{ème} siècle, la féodalité n'est qu'un lointain souvenir. Le monde est en pleine mutation économique et sociale et l'économie est en plein essor commercial. La fortune mobilière s'accroît et la bourgeoisie a connu une montée en puissance lors des siècles précédents. La population française croît vite et les familles sont plus nombreuses qu'auparavant. Le courant humaniste et l'individualisme progressent. Les doctrines juridiques se construisent autour des notions de droit naturel et d'équité⁹⁸⁷ et les juristes se tournent vers le droit romain. La légitime de droit apparaît pour la première fois dans la coutume de Paris rédigée par Dumoulin, à son article 125 et est introduite dans les coutumes au cours du XVI^e siècle⁹⁸⁸.

337. Définition - La coutume de Paris définit la légitime en ces termes : « *La légitime est la moitié de telle part et portion que chacun enfant eust eu en la succesion desdits pere et mere, ayeul ou ayeule, ou autres ascendans, si lesdits pere et mere ou autres ascendans, n'eussent disposé par donation entre vifs, ou dernoere volonté. Sur le tout desduit les debtes et frais funéraires* »⁹⁸⁹.

338. Fondement - La légitime ne vient pas remplacer la réserve coutumière mais la compléter. Leur fondement est différent. La légitime est fondée, comme cela était le cas en droit romain, sur la subsistance, soit l'obligation morale de laisser aux légitimaires une subsistance conforme à leur rang⁹⁹⁰ ; tandis que la réserve coutumière est fondée sur la conservation des biens

⁹⁸⁷ Pour une étude complète des facteurs d'introduction de la légitime en droit coutumier, voir PEGUERA POCH M., *op. cit.*, notamment p. 103 à 148.

⁹⁸⁸ Par exemple, la légitime apparaît dans la réformation de la coutume de Paris en 1580.

⁹⁸⁹ Art. 298, BDR, t. III, p. 51.

⁹⁹⁰ « *Mès se li peres a héritage et conquez et li héritages sofist à la sostenance as enfanz, de ses conquez et de ses meubles puet fère plenièrément sa volonté auquel qu'il vorra de ses enfanz ou à estranges. Et se li héritages est petiz, et li conquez sont grant, et si que li héritage ne sofisent pas à la sostenance as enfanz, de son conquest ne puet deviser fors ce qui sormonte la sostenance as enfanz : car qui doit estre sostenuz de la sotenance au pere, que li enfant qui sont de son propre sanc, et qui il doit norrir selon nature, et porveoir selon les loi ?* » PIERRE DES FONTAINES, C. 34, n° 10 in BROCHER C., *op. cit.*, p. 242.

propres dans la famille. Son objet est de veiller à un certain équilibre entre droits individuels équivalents et protection des enfants pris individuellement. La légitime doit permettre de vivre selon son rang ce qui dépasse la simple créance d'aliments⁹⁹¹.

339. Nature - En droit romain, la légitime était une part des biens du *de cuius, pars bonorum*. Dans les pays de droit écrit, les enfants ne sont pas saisis de la légitime mais doivent en demander la délivrance à l'héritier institué. En est-il de même en droit coutumier alors que la réserve coutumière est *pars hereditatis* ? Cette question a un intérêt certain. En effet, si la légitime est *pars bonorum*, l'enfant n'a pas à se porter héritier pour prendre sa part sur les biens laissés par le défunt. En revanche, si elle est *pars hereditatis*, il faut se porter héritier et supporter une part des dettes. En outre, si la légitime coutumière est *pars bonorum*, l'enfant la reçoit comme une créance et il ne peut pas être poursuivi par les créanciers du défunt⁹⁹². Les auteurs tranchèrent pour la légitime coutumière *pars hereditatis*. Tout d'abord, l'expression *quarta legitimae partis* prouve qu'il s'agit d'une part de l'hérédité. En outre, il est nécessaire, pour demander sa légitime, d'être apte à le faire soit de ne pas avoir renoncé à la succession. L'introduction de la légitime romaine, non pas *pars bonorum* mais *pars hereditatis* en droit coutumier s'explique par le fait que la logique de la réserve coutumière imprègne toute la mentalité successorale. C'est la raison pour laquelle la légitime de droit coutumier est introduite *pars hereditatis*⁹⁹³, comme la réserve coutumière.

⁹⁹¹ PEGUERA POCH M., *op. cit.*, p. 228 et suiv.

⁹⁹² La solution romaine était compréhensible puisqu'avant Justinien, le *de cuius* pouvait instituer aussi bien un étranger que son enfant alors que dans le droit coutumier, « institution d'héritier n'a lieu » : VASSEL P., *op. cit.*, p. 59 et suiv.

⁹⁹³ La différence de nature est d'importance puisque si la légitime avait été *pars hereditatis*, le légitimaire aurait été saisi de la légitime comme l'est l'héritier réservataire sans avoir à demander l'envoi en possession. En revanche, si la légitime avait été *pars bonorum*, le légitimaire devait en demander la délivrance à l'héritier. L'héritier tenu *pars hereditatis* continuait la personne du défunt, et il était en principe tenu des dettes *ultra vires successionis*, Cf. PEGUERA POCH M., *op. cit.*, p. 217 et suiv.

340. Régime – Cette nature *pars hereditatis* de la légitime entraîne plusieurs conséquences. Tout d’abord, le légitimaire est saisi de plein droit de la légitime dès le décès de son ascendant. Ainsi, les libéralités excédant la légitime sont rescindées dès le décès et les intérêts des sommes d’argent et les fruits dus dès cette époque.

Ensuite le légitimaire peut demander sa légitime en biens héréditaires et même entre les mains de tiers détenteurs. Il s’agit d’un droit réel.

Il est nécessaire pour bénéficier de la légitime de se porter héritier. Mais le fait de se porter héritier oblige à être tenu des dettes⁹⁹⁴. La doctrine est donc partagée entre la nécessité de faire de la légitime une part d’hérédité comme la réserve, et en même temps une subsistance aux enfants, conformément à son fondement. L’argument juridique permettant de préserver cet équilibre consiste à faire participer la légitime du même privilège que les donations, qui ne font plus partie de la succession et de ce fait ne sont pas soumises aux dettes. Elles ne sont réunies à la masse successorale que de manière fictive, en vue de déterminer et, le cas échéant, de fournir la légitime⁹⁹⁵. Ainsi, si les biens de la succession suffisent à procurer la légitime, cette dernière est régie par les règles du droit successoral ; mais si la succession n’a pas de quoi fournir la légitime, tout en restant héritier, le légitimaire agit en dehors de la succession puisqu’il la retranche des donations qui ont déjà quitté le patrimoine du *de cuius*.

Ainsi, il n’est pas nécessaire de se porter héritier pour retenir sa légitime par voie d’exception.

341. Bénéficiaires - Les bénéficiaires de la légitime sont les descendants. La légitime ne protège que les descendants contrairement à la créance d’aliments qui protège également les ascendants et les frères et sœurs. On peut expliquer cette modification du droit romain par le fait que les

⁹⁹⁴ Contrairement au légitimaire *pars bonorum* qui n’est pas héritier et donc pas tenu des dettes, ce qui est conforme à son fondement qui est l’obligation pour un père de laisser des biens à son enfant pour l’aider à subsister et à vivre selon son rang.

⁹⁹⁵ PEGUERA POCH M., *op. cit.*, p 217 et suiv.

ascendants étaient appelés à recueillir les meubles et acquêts⁹⁹⁶ ainsi que la réserve coutumière⁹⁹⁷ et que cela aurait trop fortement réduit la faculté de disposer du *de cuius*. Toutefois, il existe une exception en faveur de l'ascendant dans l'indigence qui bénéficie alors d'une légitime de faveur⁹⁹⁸. Les enfants naturels n'étaient appelés ni à la succession *ab intestat* ni à la légitime.

La représentation est admise dans la plupart des coutumes en cas de pluralité de souches. Dans les coutumes dans lesquelles la légitime est fixe, lorsqu'un fils unique meurt en laissant plusieurs enfants, la représentation ne joue pas et les petits-enfants reçoivent la légitime par tête. En cas de pluralité d'enfants, la légitime se règle par souche. En revanche, dans les coutumes suivant la nouvelle XVIII, on tient compte du nombre de représentés pour fixer la légitime.

La légitime n'est pas attachée à la personne. Ainsi, les ayants causes du légitimaire peuvent la réclamer si celui-ci a omis de le faire.

Il existe toutefois plusieurs exceptions telles que l'incapacité à succéder⁹⁹⁹, l'indignité, la prescription¹⁰⁰⁰, la renonciation¹⁰⁰¹ et notamment celle des filles dotées. En effet, la fille était considérée comme ayant transigé sur la succession future et sur la légitime. Toutefois, il existe des exceptions : lorsque la fille n'avait pas reçu sa dot, lorsque la différence entre la dot reçue par la fille et la légitime qu'elle aurait dû recevoir était trop importante et cachait une exhéredation. Certaines coutumes excluaient de plein droit les filles dotées¹⁰⁰² mais prévoyaient toutefois la possibilité pour le père de rappeler la fille à la succession par testament ou de la réserver dans le contrat de mariage.

⁹⁹⁶ BROCHER C., *op. cit.*, p. 247

⁹⁹⁷ PAVY A., *op. cit.*, p. 158

⁹⁹⁸ VASSEL P., *op. cit.*, p. 48.

⁹⁹⁹ Les enfants non conçus au moment du décès, les morts civils, les religieux profès, les étrangers et les enfants naturels.

¹⁰⁰⁰ Elle était de trente ans.

¹⁰⁰¹ Le légitimaire conservait toutefois son droit à retenir sa légitime par voie d'exception.

¹⁰⁰² Notamment les coutumes de Touraine, Anjou, Bretagne, Poitou, Marche et Auvergne.

342. Quotité de la légitime – Les pays de coutumes avaient d’abord adopté la quotité de la légitime fixée par la nouvelle XVIII¹⁰⁰³. Mais lors de la réformation des coutumes, certains rédacteurs modifièrent cette quotité. Ainsi, les Coutumes de Paris¹⁰⁰⁴, Calais, Saint-Omer, la Châtellenie d’Aire, Chauny et Orléans portèrent cette quotité à la moitié de la part héréditaire ce qui revient à dire que la légitime est de la moitié de la succession. De nombreuses coutumes¹⁰⁰⁵ ne se prononcèrent pas sur cette quotité et l’on se demanda s’il fallait continuer à appliquer la quotité de la Nouvelle XVIII ou celle de la Coutume de Paris. Un arrêt du 10 mars 1672 se prononça en faveur de la quotité de la coutume de Paris.

Les enfants exclus de la légitime ne sont pas comptés à l’exception de ceux qui prennent leur légitime par voie d’exception et des filles dotées.

343. Liquidation – La légitime a pour but de protéger les enfants contre les libéralités excessives. L’enfant ne peut prendre que la légitime ou la réserve mais pas les deux. Il doit procéder à un calcul pour déterminer ce qui est le plus avantageux pour lui. Mais même si ces protections ne se cumulent pas, si la réserve n’est pas suffisante pour fournir la valeur de la légitime, les enfants peuvent demander le supplément à condition de retrancher la part des biens qu’ils ont déjà reçus par leur réserve. Certains auteurs affirment qu’il faut d’abord invoquer la réserve puis seulement la légitime, ceci afin d’éviter de toucher aux donations entre vifs si ce n’est pas nécessaire¹⁰⁰⁶. En revanche, la légitime prime le droit d’aînesse puisqu’elle est de droit naturel.

¹⁰⁰³ Soit le tiers de ses biens lorsqu’ils étaient quatre enfants ou moins et la moitié s’il y avait plus de cinq enfants.

¹⁰⁰⁴ « La légitime est la moitié de telle part et portion que chacun enfant eust eu en la succession desdits pere et mere, ayeul ou ayeule, ou autres ascendans, si lesdits pere et mere ou autres ascendans, n’eussent disposé par donation entre vifs, ou dermoere volonté. Sur le tout desduit les debtes et frais funéraires »

¹⁰⁰⁵ Notamment les coutumes de la Marche, du Bourbonnais et de l’Auvergne.

¹⁰⁰⁶ Cf. RICARD, *traité des donations*, t. I, partie 3, p. 663-664 in PEGUERA POCH M., *op.cit.*, p. 236 note 1010.

Il faut en premier lieu établir une masse de calcul comprenant les biens existants, déduction faite des dettes auxquelles on adjoint fictivement les biens donnés afin de reconstituer le patrimoine tel qu'il aurait existé si le défunt n'avait jamais fait de libéralité. Les biens existants sont évalués selon leur état et leur valeur au jour du décès. On évalue les biens donnés d'après leur état au jour de la donation et leur valeur au jour du décès.

Une difficulté se pose pour les dots qu'on ne peut qualifier de libéralités. Une ordonnance de 1731 prévoit pourtant que la dot peut subir le retranchement entre les mains de l'époux de la fille dotée du vivant de ce dernier¹⁰⁰⁷.

Il faut ensuite déterminer les légitimaires afin d'établir la part héréditaire de chaque légitimaire puisque dans la plupart des coutumes, cette part est, comme dans la coutume de Paris, de moitié de la part héréditaire. La légitime est donc attribuée individuellement à la différence de la légitime de la nouvelle XVIII attribuée collectivement. Les légitimaires descendants sont comptés par tête lorsqu'ils viennent à la succession et par souche lorsqu'ils viennent par représentation. Ceux qui renoncent ne sont pas comptés dans le nombre des légitimaires.

Une fois déterminée la masse de calcul de la légitime et le nombre de légitimaires, il faut s'assurer qu'ils n'ont pas été remplis de leur légitime au moyen d'une libéralité. Pour cela, on impute la libéralité sur la légitime lorsque celle-ci n'est pas dispensée de rapport. En revanche, les biens recueillis par une substitution ne s'imputent pas sur la légitime. Il faut également imputer les quatre quintes des propres obtenus en vertu de la réserve coutumière.

344. Sanction de la légitime – Les coutumes accordent aux parents légitimaires une action en retranchement pour attaquer les dispositions faites en fraude de leur légitime. Ils peuvent demander la révocation des libéralités

¹⁰⁰⁷ Alors qu'une controverse sur la nature onéreuse de la dot se pose : Cf. PAVY A., *op. cit.*, p. 167 et suiv.

leur portant préjudice¹⁰⁰⁸ en partant de la plus récente jusqu'à la plus ancienne. Ainsi, on réduit d'abord les legs universels ou à titre universel, ensuite les legs à titre particulier puis les donations de la plus récente à la plus ancienne.¹⁰⁰⁹ Le testament n'est pas annulé comme en droit romain.

La légitime doit être délivrée en propriété et en biens héréditaires, ce qui est une conséquence de la légitime *pars hereditatis*. Ainsi, le légataire peut réclamer sa légitime entre les mains d'un tiers détenteur. Une exception est néanmoins permise en faveur des biens nobles et du droit d'aînesse : on accepte que la légitime soit payée en deniers ou autres biens de la succession¹⁰¹⁰.

Le droit d'aînesse n'entre pas dans le calcul de la masse successorale pour déterminer la légitime. L'article XVII de la coutume réformée de Paris nous dit que la légitime des puînés prime le droit d'aînesse. Le droit d'aînesse est alors considéré comme une donation inofficieuse et on y retranche la légitime¹⁰¹¹.

Ainsi, les descendants bénéficient dans tous les cas d'une subsistance.

L'épouse n'est pas oubliée puisqu'elle bénéficie de son douaire au décès de son mari.

C – Le douaire de la veuve

345. Présentation historique - Le droit romain ne connaissait pas de tel mécanisme. En revanche, les germains se sont toujours souciés de conserver une subsistance pour les veuves grâce au mécanisme du *dos ex marito*. L'homme barbare, lorsqu'il se mariait, assignait une dot à son épouse

¹⁰⁰⁸ Ils ne peuvent pas de mander la révocation de toutes les libéralités comme en droit romain.

¹⁰⁰⁹ PAVY A., *op. cit.*, p. 195 et suiv.

¹⁰¹⁰ PEGUERA POCH M., *op. cit.*, p. 245 et suiv.

¹⁰¹¹ PEGUERA POCH M., *op. cit.*, p. 225.

Coutume de Paris de 1580, Art. XVII : « (...) Et où il y auroit autres biens qui ne fussent suffisans pour fournir ledict droicts aux enfans, le supplément de ladite légitime (...) se prendra sur ledit fief. » in BDR, t. III, p. 31.

constituée au moyen des propres de celui-ci mais dont il gardait la gestion. Il s'agissait en général d'immeubles. Ces biens ne pouvaient être aliénés que par les deux époux ensemble durant l'union¹⁰¹².

Peu à peu, la coutume a restreint les pouvoirs de la veuve en réservant les biens de sa dot aux enfants communs ou s'il n'y en avait pas, au lignage de l'époux. Le droit coutumier appela ce mécanisme « douaire » et ce douaire n'attribue plus les biens en pleine propriété à l'épouse mais uniquement en usufruit.

Lors de la période féodale, le douaire est conventionnel. Le mari doit doter sa femme d'un douaire pour lui permettre de subvenir à ses besoins s'il décède. Pour cela, il lui suffit de prononcer une formule rituelle au cours de la bénédiction nuptiale¹⁰¹³. Le douaire ne constitue pas une libéralité : l'homme, lorsqu'il épouse une femme, contracte obligation de pourvoir à la subsistance de son épouse sur ses biens après sa mort. Ce douaire est indispensable puisque la femme n'hérite pas de ses parents, sa subsistance ne peut provenir que de son mari.

Le Roi Philippe-Auguste, en 1214, introduit le douaire légal en attribuant à la veuve la moitié des propres, soit les immeubles, présents et futurs du mari¹⁰¹⁴. Ainsi, il existe deux sortes de douaire dans la majorité des coutumes : un douaire conventionnel et un douaire légal qui ne prend effet qu'en l'absence de douaire conventionnel. La veuve est ainsi assurée d'avoir une subsistance au décès de son époux. Mais peu à peu, la coutume en vient à ne faire porter le douaire que sur l'usufruit d'une certaine partie de l'héritage afin de conserver les biens dans les familles. Peu à peu, ce droit fut converti en un droit viage, lequel se distingue du droit d'usufruit puisqu'il comporte les dignités et honneurs attachés aux biens soumis au douaire. Ce droit s'apparente à une propriété temporaire grevée d'une obligation de restitution à la mort de son bénéficiaire.

¹⁰¹² LÉVY J.-P., CASTALDO A., *Histoire du droit civil*, 1^{re} éd. Dalloz, coll. Précis, 2002, p. 1406.

¹⁰¹³ Ainsi BEAUMANOIR nous rapporte que le prêtre faisait répéter à l'homme la formule suivante « *Du doaire qui est devisés entre mes amis et les tiens, te deu* » : *Coutumes de Beauvoisis*, par AM. Salmon, t. premier, éd. Alphonse Picard et fils, 1899, p. 215.

LÉVY J.-P. et CASTALDO A., donnent une traduction de cette phrase : « *du douaire qui est convenu entre mes parents et les tiens te gratifie* », *op. cit.*, p. 1406, note 1.

¹⁰¹⁴ SCHMITZ J., *Le douaire coutumier à partir du XIIIe siècle et sa suppression*, thèse Paris 1900, p. 11.

Le douaire porte à la fin du XIII^e siècle sur les biens que le mari possède au jour du mariage et sur ceux qui lui adviennent par succession durant le mariage en ligne directe¹⁰¹⁵. Ce douaire peut également porter sur les fiefs¹⁰¹⁶.

346. Conditions du douaire - Le douaire de la veuve est défini comme « ce que la convention ou la loi accorde à la femme dans les biens de son mari pour sa subsistance au cas où elle lui survive¹⁰¹⁷.»

Pour qu'il y ait douaire, il faut un mariage valable et la mort du mari. L'épouse est saisie de plein droit de son douaire au jour du décès dans la majorité des coutumes.

Le douaire conventionnel est une donation. En revanche, le douaire coutumier n'est pas qualifié de donation en raison de cette fonction de subsistance de la veuve¹⁰¹⁸. En effet, le douaire est dû à la femme par le mari, il n'y a pas d'intention libérale. Lorsque le douaire conventionnel est plus élevé que le douaire coutumier, il suit la nature du douaire coutumier.

On applique au douaire les règles de l'usufruit. Ainsi, la veuve a droit aux fruits et supporte les obligations de l'usufruit. Elle doit jouir en bon père de famille des héritages soumis à son douaire. Elle doit en outre fournir caution et acquitter les charges foncières. Toutefois, elle est dispensée des devoirs féodaux, lesquels sont dévolus au nu-propriétaire.

347. Extinction du douaire – Le douaire s'éteint par le décès de l'épouse ou la consolidation sur sa tête de la nue-propriété et de l'usufruit. En revanche, le second mariage ne met pas fin au douaire

¹⁰¹⁵ SCHMITZ J., *ibid.*, p. 8.

¹⁰¹⁶ BEAUMANOIR, *Coutumes de Beauvaisis*, par Beugnot, t. premier, éd. Chez Jules Renouard et Cie, 1842, p. 215.

¹⁰¹⁷ POTHIER, *Œuvres complètes de Pothier, Traité du douaire*, t. XIII, Chez Thomine et Fortic, 1821, p. 1, § 1.

¹⁰¹⁸ POTHIER, *ibidem*, p. 6, n° 5.

348. Quotité - La quotité du douaire diffère selon les coutumes. Ainsi, les coutumes de l'ouest, Normandie, Bretagne, Anjou prescrivent une quotité de l'usufruit du tiers des biens du mari. Les autres coutumes portent sur l'usufruit de la moitié des biens du mari¹⁰¹⁹.

349. Assiette - En revanche, l'assiette du douaire est identique dans toutes les coutumes. Il porte sur les immeubles du mari. Toutefois, la qualité des immeubles diffère selon les coutumes. Les coutumes de Paris et d'Orléans font porter le douaire sur les héritages appartenant au mari au jour de son mariage, advenus comme héritage au cours du mariage par succession en ligne directe. Certaines coutumes, comme celles de Normandie, Poitou et Anjou, y ajoutent les biens qui auraient dû advenir au mari pendant l'union lorsque le mari décède avant d'avoir recueilli l'héritage de ses parents. Les coutumes de Berry et Bourbonnais font porter le douaire sur tous les immeubles¹⁰²⁰.

Le douaire ne porte en revanche jamais sur les conquêts puisque la femme commune en biens recueille la moitié des conquêts au décès de son époux.

Il existe dans quelques coutumes, un douaire subsidiaire : lorsque l'époux n'a aucun héritage, le douaire peut porter sur les conquêts et parfois sur les meubles¹⁰²¹

Malgré son utilité incontestable, le douaire comporte un inconvénient majeur. Si l'époux aliène l'un de ses propres pendant l'union et qu'il décède avant son épouse, la veuve peut réclamer son douaire sur les biens aliénés si les biens présents ne suffisent pas pour le remplir. Dans ce cas, l'aliénation lui est inopposable. Ainsi, les acquéreurs ne peuvent pas savoir avant le décès du mari si les biens présents seront suffisants pour constituer le douaire de l'épouse et il en résulte une indisponibilité diffuse. Il est toutefois possible de remédier à cette difficulté en faisant soit intervenir

¹⁰¹⁹ SCHMITZ J., *op. cit.*, p. 34.

¹⁰²⁰ SCHMITZ J., *op. cit.*, p. 36 et suiv.

¹⁰²¹ C'est le cas dans la coutume d'Orléans, du Bourbonnais et de Trembevif : SCHMITZ J., *op. cit.*, p. 41 et suiv.

l'épouse lors de l'aliénation, soit en permettant au mari d'affecter un autre bien propre, en remplacement du bien aliéné, au douaire de son épouse¹⁰²².

Ainsi, le droit coutumier n'omet pas la subsistance des descendants et de l'épouse. Les rédacteurs du Code civil, en s'inspirant fortement de la légitime coutumière, donnent également ce fondement à la réserve héréditaire.

¹⁰²² LÉVY J.-P., CASTALDO A., *op. cit.*, p. 1410 et suiv.

§ II – La subsistance, principe sous-jacent de l'ordre public successoral au sein du Code civil

350. Plan - Le Code civil est une œuvre de transaction entre les pays de droit romain et les pays coutumiers. La réserve en est une parfaite illustration puisque les rédacteurs ont voulu « *atteindre le but de la (...) (légitime) par les moyens employés pour assurer la (...) (réserve coutumière).*¹⁰²³ » Ainsi, le fondement de la réserve du Code civil est celui de la légitime soit la subsistance (A) ce qui va induire ses bénéficiaires et sa quotité (B).

A – Le fondement de la réserve héréditaire, héritage de la légitime de droit romain

351. Une réserve fondée sur la subsistance - L'étude des travaux préparatoires du Code civil nous permet de mettre en lumière le fondement de la réserve héréditaire du Code civil.

Le projet de Code civil a été élaboré après avoir demandé l'avis des différents tribunaux d'appel¹⁰²⁴. La plupart des observations rendues par les tribunaux d'appel

¹⁰²³ BOISSONADE, *op. cit.*, p. 672.

¹⁰²⁴ Les textes proposés dans le premier projet de Code civil sont les suivants :

Article 16 « *Les donations soit entre vifs, soit à cause de mort, ne peuvent excéder le quart des biens du donateur, s'il laisse, à son décès, des enfants ou descendants ; la moitié, s'il laisse des ascendants ou frères et sœurs ; les trois quarts s'il laisse des neveux ou nièces, enfant au premier degré d'un frère ou d'une sœur.*

A défaut de parents dans les degrés ci-dessus exprimés, les donations peuvent épuiser la totalité des biens du donateur. »

Article 17 : « *La donation en usufruit ne peut excéder la quotité dont on peut disposer en propriété ; en telle sorte que le don d'un usufruit ou d'une pension est réductible au quart, à la moitié, ou aux trois quarts du revenu total, dans les cas ci-dessus exprimés.*

Sans préjudice néanmoins de ce qui est réglé à l'égard des époux. »

Article 18 : « *La donation de la quotité disponible peut être faite en tout ou en partie, même en faveur des enfants des autres successibles du donateur. »*

Article 19 : « *Cette donation n'est pas rapportable par le donateur venant à la succession, pourvu qu'elle ait été faite expressément à titre de préciput et hors part. »*

font écho à l'héritage coutumier propre à chaque région et chaque tribunal essaie d'influencer les rédacteurs du Code dans son sens. Le tribunal de Paris se livre à une analyse de la légitime et de la réserve au regard des propositions de la commission. Le tribunal souligne la disparition de la réserve coutumière au motif que le fondement de celle-ci était dépassé puisque la propriété individuelle avait pris la place de la copropriété familiale. En outre, la réserve coutumière avait été englobée dans la légitime coutumière, laquelle protégeait mieux les héritiers¹⁰²⁵.

Lors des débats, Bigot de Préameneu évoque le fondement qu'il souhaite donner à la légitime lorsqu'il dit que « les pères et mères qui ont donné l'existence naturelle ne doivent pas avoir la liberté de faire arbitrairement perdre, sous un rapport aussi essentiel, l'existence civile ; et si le père doit rester libre de conserver l'existence de son droit de propriété, il doit aussi remplir les devoirs que la paternité lui a imposés envers ses enfans et envers la société¹⁰²⁶. » Ce devoir est notamment de laisser une subsistance conforme à leur rang à ses enfans, tout comme en droit romain. La conservation des biens dans la famille, fondement de la réserve coutumière, n'est à aucun moment évoquée dans les discussions préalables. Ceci est corroboré par l'article 732 du Code civil selon lequel « la loi ne considère ni la nature ni l'origine des biens pour en régler la succession¹⁰²⁷. » En outre, la légitime serait de droit naturel tandis que la réserve serait de droit positif¹⁰²⁸.

Ainsi, on peut affirmer que le fondement de la réserve du Code civil est, de toute évidence, l'obligation morale de laisser une subsistance conforme à leur rang à ses enfans, fondement de la légitime de droit romain et de la légitime coutumière. Le nom donné à la réserve pourrait induire en erreur. Toutefois, les commissaires n'utilisent pas toujours, durant les débats, le mot « réserve » mais indifféremment les noms « réserve » et « légitime ». Le mot réserve n'a été substitué que dans la rédaction définitive.

¹⁰²⁵ PEGUERA-POCH M., *op. cit.*, p. 303 à 314.

¹⁰²⁶ FENET, Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, t. I, éd. Au dépôt, 1827, t. XII, p. 245. Voir également page 534 : « le père a contracté non seulement envers ses enfans mais envers la société l'obligation de leur conserver des moyens d'existence proportionnés à sa fortune. »

¹⁰²⁷ FENET, *ibidem*, t. XII, p. 12 à 17.

Cette opinion est corroborée par les analyses postérieures des auteurs. Ainsi Demolombe précise que la réserve est « d'abord la sanction d'un devoir naturel, de ce devoir de piété, officium pietatis, qui lie réciproquement les descendants et les ascendants ; c'est de cette cause que nous avons vu naître l'obligation alimentaire ; et c'est aussi la même cause qui va produire ici la réserve¹⁰²⁹. » Josserand explique également à propos de la réserve que « nous sommes tenus, envers nos proches, d'une obligation alimentaire ; cette obligation ne s'éteint pas avec nous mais elle se prolonge en se transformant (...) ainsi l'exige la solidarité familiale, la cohésion de la famille¹⁰³⁰. » Ainsi, les parents mettant au monde des enfants ont obligation de leur donner des moyens de subsister et cette obligation ne peut cesser à la mort du débiteur¹⁰³¹. La dette d'aliment a également justifié la réserve. Le terme « aliment » étant entendu au sens de « tous les devoirs moraux du père, soit quant à l'éducation, soit quant aux conséquences qui en résultent, car l'éducation oblige et comporte un rang social correspondant.¹⁰³² » Il en est de même pour Planiol et Ripert, lesquels appuient le fondement de la réserve sur une obligation morale de piété filiale et d'affection parentale exigeant l'obligation alimentaire du vivant et la réserve héréditaire au décès. Même si l'obligation alimentaire et la réserve diffèrent, leur source est commune¹⁰³³.

Les bénéficiaires de la réserve du Code civil sont également les mêmes que dans la légitime de droit romain.

¹⁰²⁸ BIGOT-PRÉAMENEU *in* FENET, *op. cit.*, t. XII, p. 251.

¹⁰²⁹ DEMOLOMBE G., *op. cit.*, p. 36.

¹⁰³⁰ JOSSERAND L., *Cours de droit civil positif français*, Tome III, les régimes matrimoniaux, les successions légales, les libéralités, éd. Sirey, 1940, p. 975, n° 1657.

¹⁰³¹ BAUDRILLART, *Rapport de la morale et de l'économie politique*, p. 415-416, cité par BOISSONADE, *op. cit.*, p. 532-533.

¹⁰³² BATBIE, *Cours d'économie politique*, t. II, p. 92 cité par BOISSONADE, *op. cit.*, p. 533.

¹⁰³³ PLANIOL M., RIPERT G., *Traité élémentaire de droit civil, t. III contenant les régimes matrimoniaux, les successions et les donations et testaments*, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1932, p. 860, n° 3049.

352. Bénéficiaires et quotité de la réserve des descendants - Les bénéficiaires de la réserve sont-ils tous les lignagers comme c'est le cas pour la réserve du droit coutumier ou s'agit-il seulement des descendants et des ascendants, voire des frères et sœurs, comme dans la légitime de droit romain ? Le fondement de la réserve étant alimentaire, ses bénéficiaires ne peuvent être que des proches. Les bénéficiaires de la réserve sont par conséquent les descendants et les ascendants.

Tout d'abord, la réserve appartient aux enfants légitimes, adoptifs et naturels¹⁰³⁴. La quotité de la réserve héréditaire fut discutée lors des travaux préparatoires du Code civil. Le conseil avait proposé, lors des débats initiaux, de fixer la légitime aux trois quarts de la portion qui aurait dû leur revenir par succession pour les descendants et à la moitié de la succession pour les ascendants, soit celle de la légitime dans les coutumes¹⁰³⁵. Les rédacteurs avaient préféré ce système au système de la coutume de Paris, lequel prévoyait que la légitime était de la moitié de la part successorale.

Finalement, une part fixe selon le nombre d'enfants fut préférée. En effet, la plupart des tribunaux d'appel interrogés, à l'exception de ceux de Paris, Montpellier et Limoges marquaient leur préférence pour la quotité proposée par le projet¹⁰³⁶. En outre, le système coutumier n'était pas avantageux lorsqu'il y avait beaucoup d'enfants. Ainsi, en présence de six enfants, la légitime coutumière n'était que de 1/12^e par enfant tandis que l'étranger pouvait être gratifié de 6/12^e¹⁰³⁷. Le système proposé dans le projet paraît moins disproportionné pour les enfants puisque la quotité de la réserve suit le nombre d'enfants jusqu'à trois afin de laisser libre disposition au *pater familias* d'une part au moins égale au quart de son

¹⁰³⁴ Pour l'étude de la réserve des enfants naturels, voir *infra* n° 271.

¹⁰³⁵ FENET, *op. cit.*, t. XII, p. 254, l'article proposé à la discussion était : « S'il y a des enfans ou descendans des enfans au temps du décès, ils auront à titre de légitime les trois quarts de ce qui leur reviendrait par succession s'il n'y avait pas de donation entre vifs ou testamentaires. A défaut de descendans, s'il y a des ascendans, leur légitime sera de moitié. »

¹⁰³⁶ FENET, *ibidem*, p. 256.

¹⁰³⁷ FENET, *ibidem*, p. 304.

patrimoine¹⁰³⁸. Ce qui importe pour les rédacteurs c'est la libre disposition d'une partie de sa fortune pour le père de famille¹⁰³⁹.

Le Code civil laisse ainsi à libre disposition du *pater familias*, la moitié de la succession s'il n'a qu'un enfant, le tiers s'il en a deux, le quart s'il en a trois ou plus, conformément à son article 913¹⁰⁴⁰. Il prévoit également une réserve au profit des ascendants.

353. Discussion autour de la réserve des ascendants – Les ascendants ne bénéficiaient pas de la légitime coutumière dans les pays de coutume, parce que leur accorder une légitime aurait restreint de manière trop forte la liberté de disposer. En effet, la légitime n'aurait pu être prise que sur les meubles et acquêts puisque les propres étaient protégés par la réserve coutumière des quatre-quints. Ainsi, le *de cuius* ne pouvait disposer que d'un quart de ses propres, il aurait été trop restrictif de limiter, en outre, la disposition des meubles et acquêts¹⁰⁴¹. A l'inverse, dans les pays de droit écrit, les ascendants bénéficiaient d'une légitime d'un tiers à se partager. Les consultations aux tribunaux montrent que la plupart des tribunaux sont favorables à l'introduction d'une réserve au profit des ascendants. Le tribunal de Paris se félicite de la proposition d'accorder une légitime aux

¹⁰³⁸ FENET, *ibidem*, p. 526 : « Il faut considérer que l'ordre conforme à la nature est celui dans lequel les pères et mères ne voudront disposer de leur propriété qu'au profit de leurs enfants et pour réparer les inégalités naturelles ou accidentelles. Lorsque le nombre des enfants est considérable, la loi doit réserver à chacun d'eux une quotité suffisante sans trop diminuer dans la main du père les moyens de fournir à des besoins particuliers qui seraient alors multipliés. »

¹⁰³⁹ FENET, *ibidem*, p. 317 ; PERNEY D., *op. cit.*, n° 69.

¹⁰⁴⁰ Article 913 du Code civil de 1804 : « Les libéralités, soit par actes entre-vifs, soit par testament ne pourront excéder la moitié des biens du disposant, s'il ne laisse à son décès qu'un enfant légitime ; le tiers, s'il laisse deux enfants, le quart, s'il en laisse trois ou un plus grand nombre. »

¹⁰⁴¹ FENET, *op. cit.*, t. V, *Observations des commissaires du tribunal d'appel séant à Paris*, p. 257-258.

ascendants¹⁰⁴². En revanche, la proposition d'accorder une réserve aux collatéraux a été repoussée par les tribunaux et finalement abandonnée par les rédacteurs du Code civil.

354. Bénéficiaires et quotité de la réserve des ascendants - La réserve des ascendants est d'un quart des biens pour chaque ligne conformément à l'article 915 du Code civil¹⁰⁴³, quels que soient le nombre et le degré d'ascendant dans une ligne. Le défaut d'ascendant dans une ligne ne fait pas bénéficier l'autre ligne de son quart. Les travaux préparatoires justifient la différence de quotité avec les descendants par le fait que les ascendants bénéficient de leur droit de retour légal des biens donnés¹⁰⁴⁴.

La réserve des ascendants bénéficie à tous les ascendants : père, mère et aïeuls, voire bisaïeuls mais uniquement s'ils sont légitimes. La réserve leur est accordée dans l'ordre dans lequel la loi les appelle à succéder. Elle appartient à l'ascendant le plus proche en degré dans chaque ligne.

Ainsi les bénéficiaires de la réserve sont ceux de la légitime de droit romain, en accord avec le fondement qu'assigne à la réserve les rédacteurs du Code civil.

355. Conclusion de section – Alors que la conservation des biens dans la famille en droit coutumier, puis la dispersion des biens dans le Code civil, apparaissent comme les fondements principaux de la réserve, nous avons

¹⁰⁴² « Il est juste d'accorder pareillement une légitime aux ascendants sur les biens de leurs enfants. Le fils doit des aliments au père, comme le père en doit au fils. Et quoique la succession du fils, ainsi que l'observe la loi, ne soit pas destinée au père, selon l'ordre et le vœu de la nature, néanmoins, le cas arrivant, la piété filiale ne permet pas que le père en soit privé pour la transférer à d'autres personnes, ou étrangères au défunt, ou qui ont avec lui des relations moins intimes. » FENET, *op. cit.*, tome V, Observations des commissaires du tribunal d'appel séant à Paris, p. 257-258.

¹⁰⁴³ Article 915 du Code civil de 1804 : « Les libéralités par acte entre vifs ou par testament, ne pourront excéder la moitié des biens, si, à défaut d'enfant, le défunt laisse un ou plusieurs ascendants dans chacune des lignes paternelle et maternelle; et les trois quarts, s'il ne laisse d'ascendants que dans une ligne.

Les biens ainsi réservés au profit des ascendants, seront par eux recueillis dans l'ordre où la loi les appelle à succéder; ils auront seuls droit à cette réserve, dans tous les cas où un partage avec des collatéraux ne leur donnerait pas la quotité de biens à laquelle elle est fixée. »

¹⁰⁴⁴ FENET, *op. cit.*, t. XII, p. 250.

démontré que la subsistance y est toujours présente de manière sous-jacente. En droit coutumier, la soutenance oblige les aînés à pourvoir à la subsistance de leurs frères puînés et de leurs sœurs. Puis, apparaît, petit à petit, dans les coutumes, la légitime coutumière inspirée de la légitime romaine dont bénéficient les descendants et qui a pour but de compléter la réserve coutumière. La veuve, quant à elle, bénéficie également d'une subsistance grâce à un douaire, lequel lui accorde un usufruit sur une part des biens propres de son mari.

Dans le Code civil, la subsistance apparaît être le fondement de la réserve héréditaire. Ce fondement transparaît dans les discussions des rédacteurs mais également dans les analyses postérieures. Les bénéficiaires de la réserve sont en accord avec ce fondement.

356. Conclusion du chapitre – Du droit romain jusqu'au Code civil, notre étude a démontré que le devoir de piété ou subsistance innerve le droit successoral et permet d'assurer la subsistance de ses proches après son décès. Ce devoir de piété prend toutefois des formes différentes.

En droit romain, la légitime créée par le tribunal des centumvirs vient limiter la liberté testamentaire afin d'obliger les parents à accomplir leur devoir de piété envers leurs enfants, même après leur décès. En droit coutumier, le devoir de subsistance existe également au travers, primitivement, de la soutenance due par l'aîné à ses puînés et à ses sœurs, puis plus tard par l'introduction de la légitime de droit romain dans les coutumes. Le mariage impose également un devoir de subsistance au-delà de la mort par le douaire de la veuve, lequel donne un usufruit sur une part des propres du mari à la veuve.

Dans le Code civil, les discussions préliminaires dévoilent que les rédacteurs du Code civil ont entendu que la subsistance soit le fondement de la réserve du Code civil. Ainsi, les proches doivent des aliments durant la vie et une réserve à leur décès. Les bénéficiaires de la réserve héréditaire dans le Code civil de 1804 corroborent cette analyse puisqu'il ne s'agit que des descendants et ascendants.

Aujourd'hui, dans le droit contemporain, cette fonction alimentaire existe également dans la réserve, de même que dans d'autres droits concurrençant ou complétant la réserve.

Chapitre II – La fonction alimentaire, fonction contemporaine de la réserve

357. **Plan** - En droit romain, la réserve héréditaire était seule à assurer des aliments aux parents du défunt. En revanche, en droit coutumier, cette fonction était assurée par divers mécanismes lorsque la légitime coutumière n'existait pas¹⁰⁴⁵ ou ne s'appliquait pas¹⁰⁴⁶. Les rédacteurs du Code civil n'ont repris que le fondement alimentaire de la légitime de droit romain et coutumière et ses bénéficiaires, la nature de la réserve étant inspirée de la réserve coutumière¹⁰⁴⁷.

Les récentes réformes en droit des successions démontrent une volonté du législateur de se rapprocher de ces conceptions puisque l'étude de la nature de la réserve nous montre que même si elle conserve son caractère successoral, elle n'est plus un droit réel dans la succession. On perçoit ainsi un rapprochement de sa nature et de sa fonction alimentaire. Pourtant, cette fonction alimentaire n'est pas remplie en droit positif pour certains héritiers réservataires : l'augmentation des droits successoraux du conjoint et la volonté de lui conserver des moyens de subsistance obligent les enfants à différer l'appréhension de leur réserve au décès du conjoint (Section I).

L'héritage du droit coutumier se décèle également dans la volonté du législateur de fournir des droits concurrents à la réserve à certaines personnes telles que le conjoint (Section II).

¹⁰⁴⁵ Telle que la soutenance des puînés, *cf. infra* n° 335.

¹⁰⁴⁶ Ainsi, le douaire permettait à la veuve de bénéficier d'une subsistance. *Cf. infra* n° 345 et suiv.

¹⁰⁴⁷ *Cf. infra* n° 81 et suiv.

Section I – La transformation de la réserve en une créance différée dans la succession

358. Plan - La nature de la réserve dépend d'abord de la manière dont on aborde la succession. En droit romain, la succession testamentaire était prépondérante. Ainsi, le *de cuius* instituait son héritier par testament et les héritiers réservataires n'avaient qu'une créance alimentaire à faire valoir contre cet héritier institué. La légitime était donc *pars bonorum* car elle représentait un droit de créance personnel contre la succession, acquittable en espèces. C'était un droit individuel dévolu à ses bénéficiaires de par leur qualité de parents. Le légitimaire n'était pas tenu aux dettes puisqu'il n'était pas héritier¹⁰⁴⁸.

En droit coutumier, la succession *ab intestat* dominait. La réserve était une barrière à la dissipation des biens hors de la famille ce qui explique qu'elle était la succession, elle-même diminuée de la portion disponible¹⁰⁴⁹. La réserve était par conséquent un droit réel sur les biens de la famille dévolu collectivement à tous les héritiers désignés par la loi et acceptants. Ils étaient ainsi tenus aux dettes. Lorsque la légitime romaine a été introduite dans le droit coutumier, elle a épousé la nature de la réserve coutumière¹⁰⁵⁰.

Le système successoral français créé par les rédacteurs du Code civil est mixte ; il repose majoritairement sur la succession *ab intestat* en réservant une place à la succession testamentaire¹⁰⁵¹. L'étude de la réserve issue du Code civil nous a montré que son fondement et ses bénéficiaires étaient inspirés de la légitime romaine alors que sa nature était celle de la réserve et de la légitime coutumières.

¹⁰⁴⁸ *Infra* n° 328.

¹⁰⁴⁹ GRIMALDI M., *Droit civil – Successions*, 6^{ème} éd. Litec, 2001, p.276- 278, § 281-283.

¹⁰⁵⁰ *Infra* n° 339.

¹⁰⁵¹ AUBRY et RAU, *op. cit.*, 4^{ème} éd., t. VIII, p. 266; H., L. ET J. MAZEAUD, *Leçons de droit civil*, T. IV, éd. Montchrétien, 1963, n° 662 et 667. Certains auteurs ont soutenu que le système français était testamentaire et reposait sur un testament présumé du *de cuius*. En ce sens : PLANIOL M., RIPERT G., par MAURY et VIALLETON, *op. cit.*, 1^{ère} éd., 1928, p. 6 ; VALLIER E., *Le fondement du droit successoral en droit français*, thèse Paris, 1902, p. 27 et suiv.

La loi du 23 juin 2006 a consacré la nature *pars hereditatis* et successorale de la réserve en la définissant comme « 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 ». Pourtant, les récentes réformes du droit des successions laissent à penser que la réserve se transforme en une créance dans la succession, *pars bonorum* (§ I).

Cette créance tend en outre à être différée. Alors que la réserve alimentaire servait à donner une subsistance, l'augmentation de la durée de la vie a conduit le législateur à augmenter les droits du conjoint en usufruit empiétant par là-même sur la réserve des enfants. Le plus souvent, ceux-ci ne pourront profiter effectivement de leur part réservée qu'au décès du conjoint survivant (§ II).

§ I – Une réserve désormais *pars bonorum* ?

359. Plan - Dans le droit coutumier, la réserve était un droit réel dans et sur les biens, ayant pour fondement la conservation des biens dans la famille, dévolu collectivement à tous les héritiers acceptants légalement désignés. Dans la conception romaine, la réserve était, à l'inverse, un droit de créance personnel, non pas dans mais contre la succession, acquittable en espèces et ayant pour fondement l'obligation alimentaire pesant sur le défunt envers ses proches. Il s'agissait d'un droit individuel dévolu *ut singuli* à ses bénéficiaires en qualité de parents.

Nous avons vu que, lors de la rédaction du Code civil, les rédacteurs ont donné un fondement alimentaire à la réserve tout en lui conservant sa nature *pars hereditatis* afin de morceler les héritages. Toutefois, les récentes modifications de la réserve opérées à partir de la loi de 1971 laissent à penser que la nature de la réserve tend à rejoindre son fondement alimentaire et ses bénéficiaires. En effet, on observe un glissement d'une réserve collective à une part de réserve individuelle (A) ainsi qu'une modification de la nature réelle de l'action en réduction (B).

A – Le glissement vers une part privative de la succession affectée à certains héritiers

360. Plan - La réserve héréditaire tend à devenir une part privative de la succession au détriment de sa vocation familiale collective. Cette tendance s'observe par la fin de la transmission de la réserve à l'ordre subséquent (1), le caractère individuel de la réserve (2) et la fin de l'indisponibilité des biens composant la réserve (3).

1 – La fin de la transmission de la réserve à l'ordre subséquent

361. La suppression de la vocation familiale de la réserve – La vocation familiale de la réserve commandait qu'en cas d'absence ou de renonciation des descendants et de renonciation des ascendants, la réserve qui leur était dévolue était transmise aux collatéraux privilégiés en l'absence de légataire universel¹⁰⁵². Un arrêt du 1^{er} mars 1977¹⁰⁵³ a mis fin à cette jurisprudence. Dans cet arrêt, une vieille dame avait légué la quotité disponible ne laissant que la réserve. Une de ses petites-filles, dont le père était décédé et qui avait fait l'objet d'une légitimation adoptive à laquelle sa grand-mère n'avait pas adhéré par acte authentique, lui refusant par là-même la qualité de réservataire, prétendait bénéficier du partage de la réserve en tant qu'héritière *ab intestat*. La cour d'appel avait accueilli sa demande au motif que, « *la réserve étant la succession elle-même diminuée de la quotité disponible, les biens composant la réserve doivent être dévolus selon les règles des successions ab intestat*¹⁰⁵⁴. » La Cour de cassation casse cet arrêt en affirmant que « *la part de succession réservée par ce texte (art. 913) à certains héritiers leur est affectée*

¹⁰⁵² Cf. *infra* n° 91.

¹⁰⁵³ Cass. 1^{er} Civ. , 1^{er} mars 1977 : D. 1977, 542, note DONNIER ; *Defrénois* 1978, art. 31653, obs. CHAMPENOIS G. ; *RTD Civ.* 1978, 902, obs. SAVATIER R.

¹⁰⁵⁴ CA Aix-en-Provence, 17 juin 1974.

privativement à l'exclusion de toutes autres personnes ayant vocation à la succession et notamment des successibles n'ayant pas la qualité de réservataires. »

Ainsi, la Cour de cassation rompt avec la solution de l'arrêt Laviolle¹⁰⁵⁵ en affirmant pour la première fois que désormais la réserve est affectée privativement aux héritiers réservataires et à eux seuls. La conséquence de cet arrêt est que la réserve ne se transmet plus mais s'éteint si les réservataires renoncent. La réserve perd sa vocation familiale pour devenir individuelle et se transforme en une « *institution de protection personnelle des réservataires*¹⁰⁵⁶ ».

Cette décision a eu comme conséquence, lors de la promulgation de la loi du 3 décembre 2001, de priver les ascendants de leur réserve en présence d'un conjoint survivant, pourtant non réservataire, puisque celui-ci les primait et recueillait toute la succession en l'absence de descendants¹⁰⁵⁷. Avec la suppression de la réserve des ascendants à la suite de la loi du 23 juin 2006, cette hypothèse est désormais caduque.

La perte de la vocation familiale de la réserve s'illustre également dans la fin du caractère collectif de la réserve.

2 – Le caractère collectif ou individuel de la réserve

Le caractère collectif ou individuel de la réserve porte à conséquence sur sa quotité et sur l'imputation des donations en avancement de part successorale.

¹⁰⁵⁵ C. Cass, 27 novembre 1863 : « *La réserve n'est autre chose que la succession elle-même diminuée de la quotité disponible s'il en a été disposé.* » cité infra note 7.

¹⁰⁵⁶ SAVATIER R., obs. sous Civ. 1^{re}, 1^{er} mars 1977, *RTD Civ.* 1978, 902.

¹⁰⁵⁷ BRENNER C., *Juris-Classeur Civil Code, V° LIBERALITES – Réserve héréditaire – quotité disponible – Nature, Caractère, Fondement et dévolution de la réserve*, 2009, § 21.

362. L'influence du caractère collectif ou individuel de la réserve sur sa quotité - Depuis l'arrêt Laroque de Mons¹⁰⁵⁸, la renonciation d'un réservataire était sans effet sur la quotité de la réserve. En effet, en raison de sa finalité familiale et de son caractère collectif, la quotité disponible était fixée invariablement au décès, quelles que soient les renonciations ultérieures.

Pourtant, dès la loi de 1971, on a pu observer un changement de terminologie, référence étant faite à la « *part* » de réserve plutôt qu'à la réserve globale dans l'article 919-1 du Code civil. La Cour de cassation, elle-même, dans l'arrêt du 1^{er} mars 1977 précité¹⁰⁵⁹ précise que la part de succession est affectée « *privativement* » aux héritiers réservataires.

Désormais, le législateur n'hésite plus à faire mention de la « part de réserve ». Ainsi, l'article 1078-8 prévoyant que dans la donation-partage transgénérationnelle les biens reçus par les enfants ou leurs descendants s'imputent sur la « *part* » de réserve revenant à leur souche et l'article 930-2 évoque la « *réserve du renonçant* ».

La loi du 23 juin 2006 a également mis fin à la règle de la jurisprudence Laroque de Mons en décidant que le renonçant ne serait plus pris en compte dans le calcul de la réserve sauf s'il est représenté ou tenu au rapport d'une libéralité. Ainsi, la part de réserve du renonçant n'accroît plus la part des réservataires acceptants montrant ainsi que la réserve n'est plus familiale mais tend à devenir privative avec une vocation individuelle. La réserve ne protège plus la famille dans son ensemble mais est devenue une part privative de la succession accordée à chaque réservataire, tant qu'il n'y a pas renoncé. Cette évolution suit celle de la conception de la famille devenue plus individualiste dans laquelle l'important est l'épanouissement des individus pris individuellement.

Ce caractère individuel se manifeste de plusieurs manières.

¹⁰⁵⁸ Cf. *infra* n° 85.

363. L'imputation des donations en avancement de part successorale – La question de la nature collective ou individuelle de la réserve porte, tout d'abord, à conséquence quant à l'imputation des donations en avancement de part successorale. En effet, lorsqu'un réservataire est gratifié en avancement d'hoirie et que cette libéralité dépasse la réserve, s'impute-t-elle sur la part de réserve individuelle du gratifié puis sur la quotité disponible ou alors sur la réserve globale afin de laisser la quotité disponible libre ? C'est l'affaire Lacombe du 23 juin 1964¹⁰⁶⁰ qui trancha cette question. Dans cette affaire, les époux Lacombe décédèrent en laissant trois enfants. Les deux premiers avaient été gratifiés en avancement de part successorale tandis que la dernière avait été instituée légataire de la quotité disponible. Lors du règlement de la succession, le second enfant voulut imputer sa donation sur la réserve puis sur la quotité disponible alors que la dernière prétendait avoir droit à la totalité de la quotité disponible. La chambre civile de la Cour de cassation rejeta la demande de la légataire et l'imputation sur la réserve globale et consacra le caractère divis et individuel de la réserve. Le législateur inscrivit cette solution dans l'article 919-1 du Code civil¹⁰⁶¹. Ainsi, la libéralité en avancement de part successorale s'impute sur la réserve puis subsidiairement sur la quotité disponible. Entre cohéritiers, en revanche, le jeu du rapport rétablit l'égalité entre les réservataires¹⁰⁶².

364. Le caractère individuel de l'action en réduction - Ensuite, l'action en réduction est divisible, chaque héritier réservataire doit l'exercer pour sa part. Si la réserve était collective, un héritier réservataire pourrait exercer la réduction pour le tout quitte à conserver la totalité de la réserve si ses cohéritiers ne la lui réclamaient pas ou renonçaient à exercer l'action en réduction.

¹⁰⁵⁹ Cf. *infra* n° 361.

¹⁰⁶⁰ Cass. 1^{re} Civ. 23 juin 1964 : *JCP* 1964, II, 13819 note PATARIN J. ; *Defrénois* 1964, 28556, note MAZEAUD ; *Defrénois*, 1972, 301174, note CATALA P. ; *D.* 1965, p. 341, ESMEIN A. ; *RTD Civ* 1965, p. 383, note SAVATIER R.

¹⁰⁶¹ Anciennement l'article 864 du Code civil.

Toutefois, l'on constate une dernière manifestation de la nature collective de la réserve : lors de l'imputation des donations consentie hors part successorale à un réservataire.

365. La subsistance du caractère collectif de la réserve lors de l'imputation d'une donation consentie hors part successorale par un réservataire - Le caractère collectif de la réserve emporte comme conséquence que l'héritier réservataire bénéficiant d'une donation précipitaire voit celle-ci être réduite dès qu'elle excède la quotité disponible. Il n'y a pas d'imputation subsidiaire sur la réserve¹⁰⁶³. Si l'on considère que la réserve est désormais une part privative de la succession, il apparaît nécessaire de permettre l'imputation subsidiaire sur la réserve en modifiant l'article 919-2¹⁰⁶⁴. Actuellement, ce résultat peut être atteint si le disposant associe à la libéralité une clause d'imputation sur la réserve globale.

Après la transformation de la réserve collective en une part individuelle dévolue au réservataire, les biens composant la réserve ne sont plus dévolus mais sont désormais affectés au réservataire.

¹⁰⁶² PERNEY D., *op. cit.*, p ; 450 et suiv., § 482 et suiv.

¹⁰⁶³ PERNEY D., *op. cit.*, p. 414, § 445.

¹⁰⁶⁴ Même si cela a peu de conséquence sur le partage final en raison du partage en valeur et en moins prenant. Imaginons un *de cuius* laissant deux enfants X et Y. X a reçu une donation en avancement de part successorale de 200 et Y une donation hors part successorale de 400. Les biens existants sont de 300. La masse de calcul de la réserve sera donc de $300 + 200 + 400 = 900$. La réserve globale sera de $2/3$ soit 600, la réserve individuelle de 300 et la quotité disponible de 300. La donation à X s'imputera sur sa part de réserve entièrement. La donation à Y s'imputera pour 300 sur la quotité disponible et sera réduite pour l'excédent soit 100. La masse partageable comprendra les biens existants, l'indemnité de rapport de X et l'indemnité de réduction de Y soit $300 + 200 + 100 = 600$. On pourra attribuer à X son indemnité de rapport en moins prenant et 100 de biens existants et à Y son indemnité de réduction et 200 de biens existants. Ainsi, chaque enfant aura reçu sa réserve. Si on retenait l'imputation sur la part de réserve individuelle alors la donation à Y s'imputerait subsidiairement sur sa part de réserve individuelle. Au partage, Il n'y aurait que 500 de masse partageable dont 300 pour X et 200 pour Y.

3 – D'une indisponibilité générale des biens composant la réserve à une affectation de biens dans la succession au réservataire

366. La réserve : une part de la succession indisponible - Selon la nature *pars hereditatis* de la réserve, celle-ci est une part de la succession rendant les biens qui la composent indisponibles. En effet, le *de cuius* peut disposer de la quotité disponible tandis que la réserve héréditaire est la succession elle-même, laquelle est régie par les règles de la dévolution *ab intestat*¹⁰⁶⁵. C'est la raison pour laquelle le *de cuius* n'avait, à l'origine, aucune influence sur celle-ci tant en quantité qu'en qualité¹⁰⁶⁶. Cette règle a été interprétée originellement de manière stricte puisqu'elle a eu pour conséquence qu'il était impossible de stipuler sur la réserve, même dans l'intérêt du réservataire. Ainsi, le disposant ne pouvait décider que les biens donnés à un réservataire marié sous le régime de la communauté universelle et formant sa réserve seraient propres au donataire¹⁰⁶⁷. Les juges interprétaient également de manière restrictive l'article 387 du Code civil qui permet de soustraire à la jouissance légale des parents les biens donnés ou légués. En effet, le disposant ne pouvait pas soustraire un bien donné à un petit-fils réservataire, de la jouissance légale de son père au delà de la quotité disponible¹⁰⁶⁸.

367. Un revirement : une indisponibilité en faveur du réservataire - L'arrêt Hopp du 10 juin 1975¹⁰⁶⁹ opère un premier pas en décidant que la réserve est indisponible mais que cette indisponibilité n'est qu'en faveur du

¹⁰⁶⁵ Cf. *infra* n° 87.

¹⁰⁶⁶ PERNEY D., *op. cit.*, p. 157, § 177.

¹⁰⁶⁷ Civ. 6 mai 1885, D. 85.1.369.

¹⁰⁶⁸ Cass. Req., 11 nov. 1828 : S. 1830. 1. 78 ; Civ. 27 juin 1933 : DP 1934. 1. 94, note SAVATIER R. ; S 1933, 1, 326; RTD Civ. 1934, p. 134, obs. LAGARDE.

réservataire. Dans cette espèce, deux époux avaient adopté la communauté universelle. Le père de l'épouse avait institué sa fille légataire universelle en stipulant que les biens seraient exclus de la communauté existant entre elle et son mari. L'époux a soutenu devant les juges du fond que conformément à la jurisprudence constante, « *les biens composant la réserve sont indisponibles et ne peuvent faire l'objet d'aucune stipulation tendant à en fixer le sort, leur dévolution étant assurée par le seul effet de la loi.* » La Cour de cassation rejette la prétention du mari et opère un revirement en déclarant que « *les règles impératives protectrices des droits des héritiers ne peuvent être invoquées que par ces derniers ou (leurs) ayants cause lorsqu'il a été porté atteinte à la réserve.* »

La disponibilité de la réserve s'illustre également dans la possibilité pour le *de cuius* de choisir les biens composant la part de réserve de son héritier dans un arrêt de la Chambre civile du 18 juillet 1983¹⁰⁷⁰. En effet, les juges du fond avaient refusé d'appliquer la stipulation du legs fait par des parents à leur fils lui permettant de choisir par priorité les biens lui revenant pour le remplir de ses droits tant dans la réserve que dans la quotité disponible. Les magistrats avaient décidé que ce choix ne pourrait s'exercer que sur la quotité disponible puisque les disposants n'avaient aucun droit sur la réserve dont la composition restait soumise aux règles du partage *ab intestat*. La Cour de cassation a cassé cet arrêt, montrant ainsi que la réserve sert d'abord à protéger le réservataire et non à consacrer une indisponibilité générale des biens composant la réserve.

La Cour de cassation reconnaît désormais également le droit de soustraire un bien donné ou légué à l'administration légale d'un de ses parents¹⁰⁷¹ en refusant l'argument fondé sur l'indisponibilité de la réserve.

¹⁰⁶⁹ Cass. 1^{re} Civ., 10 juin 1975 : *Defrénois* 1975, art. 30986, note G. ; *JCP* 1975, II, 1814, note SAVATIER R. ; *RTD Civ.* 1975, 754, obs. SAVATIER R. : « *En ce qui concerne les biens compris dans la réserve, la transmission s'en opère par la volonté de la loi, et que l'ascendant donateur ne peut, par des clauses de la donation ou du testament, modifier les conditions et les effets légaux de cette transmission.* »

¹⁰⁷⁰ Cass. 1^{re} Civ., 18 juillet 1983 : *Defrénois*, 1984, art. 33195 et *JCP* 1983, II, 20052 notes GRIMALDI M. ; *RTD civ.* 1984, 141, obs. PATARIN J., D. 1983, 263 note MORIN G. ; *Defrénois* 1983, 171, note MORIN G.

¹⁰⁷¹ Cass. 1^{re} Civ., 6 mars 2013, n° 11-26.728 : *Bull. civ.* I, n° 36 ; D. 2013. Pan. 2073, obs. BONFILS P. et GOUTTENOIRE A. ; *AJ fam.* 2013. 239, obs. MASSIP J. ; *RTD Civ.* 2013, p. 346, obs. HAUSER J., *RTD Civ.* 2013 p. 421, obs. GRIMALDI M. ; *Defrénois* 2013. 365, obs. RANDOUS N.

La réserve héréditaire tend désormais vers la légitime en faisant de la réserve un droit propre et privatif en faveur du réservataire et non une indisponibilité des biens lignagers. La réserve affecte une partie de la fortune du *de cuius* en faveur des héritiers réservataires créant ainsi un ordre public privé réservé aux réservataires¹⁰⁷².

Cette logique transparaît également dans la renonciation anticipée à l'action en réduction et dans les possibilités de renoncer par anticipation à sa part de réserve.

On peut toutefois se demander si la conception *pars bonorum* prend le pas sur la réserve *pars hereditatis*, la loi consacrant désormais une créance contre la succession.

B – Le glissement vers un droit de créance personnel dans la succession

368. Plan - La réserve *pars hereditatis* est un droit réel dans la succession. Elle correspond à une part privative d'une partie des biens du *de cuius* et est donc réduite en nature. Pourtant, la généralisation de la réduction en valeur laisse à penser que la réserve est devenue une créance (1) et s'est transformée en un droit personnel (2).

1 – La réserve est-elle une créance ?

369. Plan - La réserve étant une part de la succession, *pars hereditatis*, elle doit être servie en biens de la succession. Pourtant, la réduction en nature a connu un déclin lent tout au long du XXème siècle (a) jusqu'à devenir l'exception depuis l'entrée en vigueur de la loi du 23 juin 2006 ce qui laisse à penser qu'elle est devenue une créance (b).

¹⁰⁷² SAVATIER R., *JCP* 1969, II, 15776, note sous Cass. 1^{re} Civ., 10 juin 1975.

370. Plan - Les premières exceptions à la réduction en nature ont été introduites par le décret-loi du 17 juin 1938 puis par la loi du 3 juillet 1971¹⁰⁷³. La réduction en nature était, à cette époque, déjà critiquée : la menace de la réduction en nature dissuadait le transfert de propriété et le crédit¹⁰⁷⁴. Les législateurs ont ainsi souhaité privilégier la sécurité juridique et éviter le morcellement de certains biens économiques. Pour ces raisons, le législateur a conservé le principe de la réduction en nature en élargissant notablement le champ d'application de la réduction en valeur lorsque la libéralité profitait à un successible et lorsque la libéralité était une donation ou un legs à un non-successible.

371. La libéralité profitait à un successible - Dans certains cas, lorsque la libéralité profitait à un successible, la réduction pouvait avoir lieu en valeur plutôt qu'en nature. La première exception à avoir été introduite dans le Code civil, par le décret-loi du 17 juin 1938, avait un fondement économique. Elle était réservée aux domaines ruraux et permettait au réservataire, donataire ou légataire gratifié au delà de la quotité disponible, de conserver le bien donné en procédant à une réduction en valeur, ceci afin d'éviter le morcellement des immeubles ruraux et des exploitations agricoles. Cette

¹⁰⁷³ Pour des commentaires de la loi n° 71-523 du 3 juillet 1971, voir : ARRIGHI, « Observations sur le rapport et la réduction des libéralités », *D.* 1972, chron. p. 85 ; CATALA P., « La réforme des liquidations successorales », *Defrénois* 1972, art. 30015 ; DAGOT, « La loi successorale du 3 juillet 1971 », *JCP* 1971, I, 2434 ; MORIN G., *Defrénois* 1971, art. 29921, 29932, 29939 ; RAISON, *Journ. notaires* 1971, art. 50327, p. 1305.

¹⁰⁷⁴ CATALA P., « La réforme des liquidations successorales », *Rép. notariat* 1972, art. 30015.

exception a été étendue aux entreprises commerciales, industrielles ou artisanales par la loi du 19 décembre 1961¹⁰⁷⁵.

Un second cas de réduction en valeur a été introduit dans le Code civil lorsque la donation ou le legs portait sur des biens ayant été à l'usage commun du légataire et du défunt¹⁰⁷⁶.

Ensuite, la loi du 3 juillet 1971 a institué le libre choix de la réduction pour les donations profitant à un successible¹⁰⁷⁷. Ce dernier pouvait opter entre la réduction en valeur ou la réduction en nature. Toutefois, s'il choisissait la réduction en nature, il était alors redevable des dégradations et détériorations juridiques ou matérielles du bien. Il en était de même pour le légataire gratifié au-delà de la quotité disponible¹⁰⁷⁸.

Enfin, l'ancien article 867¹⁰⁷⁹ prévoyait que dans le cas où le legs fait à un successible portait sur un ou plusieurs biens composant un ensemble et excédait la quotité disponible, la réduction en valeur pouvait être demandée par le légataire.

372. La libéralité était une donation au profit d'un non successible -

Lorsque la libéralité était une donation au profit d'un non successible, le principe était celui de la réduction en nature. En effet, une personne

¹⁰⁷⁵ Ancien article 924 du Code civil alinéa 1 (abrogé par la loi du 3 juillet 1971) : « Lorsque le don ou le legs d'un immeuble, d'immeubles formant un ensemble , d'une exploitation agricole ou d'une entreprise commerciale, industrielle ou artisanale, fait sans obligation de rapport en nature à un successible ou à plusieurs successibles conjointement, excède la portion disponible, ceux-ci peuvent, quel que soit cet excédent, retenir en totalité l'objet de la libéralité, sauf à récompenser les cohéritiers en argent ou autrement. (...) »

¹⁰⁷⁶ Ancien article 924 du Code civil alinéa 2 (abrogé par la loi du 3 juillet 1971) : « Il en est de même si la libéralité porte sur des objets mobiliers ayant été à l'usage commun du défunt et du bénéficiaire. »

¹⁰⁷⁷ Ancien article 866 du Code civil : « Les dons faits à un successible, ou à des successibles conjointement, qui excèdent la portion disponible, peuvent être retenus en totalité par les gratifiés, quel que soit l'excédent, sauf à récompenser les cohéritiers en argent. »

¹⁰⁷⁸ Ancien article 924 alinéa 2 : « Il (l'héritier réservataire) peut réclamer la totalité des objets légués, lorsque la portion réductible n'excède pas sa part de réserve. »

étrangère à la famille n'avait pas à bénéficier de faveurs particulières lorsqu'elle recevait une donation empiétant sur la réserve héréditaire.

Néanmoins, deux tempéraments existaient : l'un en faveur de la sécurité juridique des tiers, l'autre en faveur des entreprises.

Tout d'abord, l'ancien article 930 permettait au tiers détenteur des immeubles faisant partie de donations et aliénés par le donataire de faire discussion préalablement des biens du donataire. En ouvrant au tiers le bénéfice de discussion, l'ancien article 930 admettait indirectement l'hypothèse de la réduction en valeur¹⁰⁸⁰.

Néanmoins, si le donateur et tous les réservataires nés et vivants au moment de l'aliénation consentaient à celle-ci, le tiers était protégé du risque de réduction¹⁰⁸¹.

Ensuite, l'autre exception concernait les étrangers à la famille appelés à une donation-partage en application de la loi du 5 janvier 1988 relative à la transmission d'entreprise. Dans ce cas, la réduction en valeur était applicable.

373. La libéralité est un legs au profit d'un non successible - Lorsque la libéralité était un legs au profit d'un non successible, la réduction en nature restait le principe. En effet, le légataire n'était pas encore entré en possession du bien. Il était donc moins lésé qu'un donataire.

Il existait, par exception, des hypothèses de réduction en valeur. Ainsi, selon l'ancien article 1870 du Code civil, un associé d'une société civile pouvait désigner par testament les personnes avec lesquelles la société continuerait. Dans ce cas, les héritiers ou légataires de l'associé qui ne devenaient pas associés n'avaient droit qu'à

¹⁰⁷⁹ Ancien article 867 du Code civil : « Lorsque le legs fait à un successible, ou à des successibles conjointement, porte sur un bien ou sur plusieurs biens composant un ensemble, dont la valeur excède la portion disponible, le ou les légataires peuvent, quel que soit cet excédent, réclamer en totalité l'objet de la libéralité, sauf à récompenser les cohéritiers en argent. Il en est de même si la libéralité porte sur des objets mobiliers ayant été à l'usage commun du défunt et du légataire. »

¹⁰⁸⁰ JUBAULT C., *Droit civil : les successions, les libéralités*, 2^e éd. Montchrétien, 2010, p. 409, § 579.

¹⁰⁸¹ Ancien article 930 alinéa 2 cité note 364.

la valeur des parts sociales¹⁰⁸². Il en était de même pour les associés d'une société en nom collectif¹⁰⁸³.

La seconde hypothèse concernait le legs à l'Etat d'un bien portant un intérêt pour le patrimoine historique, artistique ou culturel de la nation. En présence d'un tel legs, l'Etat pouvait réclamer en totalité le bien légué sauf à récompenser les héritiers en argent¹⁰⁸⁴.

Ainsi, la réduction en valeur était privilégiée entre successibles tandis que la réduction en nature restait le principe pour les libéralités au profit des tiers. La loi du 23 juin 2006 va étendre le principe de la réduction en valeur en ne faisant de la réduction en nature qu'une exception.

374. Le nouveau principe de la réduction en valeur – Poursuivant la réforme initiée par les lois de 1938 et 1971, la loi du 23 juin 2006 fait de la réduction en valeur le nouveau principe dans l'article 924 du Code civil. Ainsi, que la libéralité soit faite à un successible ou à un non successible, le principe est désormais que l'héritier réservataire a droit à une somme d'argent et non plus à une part des biens successoraux en cas de réduction.

Toutefois, la loi du 23 juin 2006 prévoit deux exceptions à la réduction en valeur. Tout d'abord, l'article 924-1 donne la possibilité au gratifié d'opter pour la réduction en nature. Néanmoins, cette possibilité est entourée de conditions strictes. Le bien doit encore lui appartenir, être libre de toute charge dont il n'aurait pas été grevé lors de la libéralité, et de toute occupation autre qu'une occupation dont il aurait fait l'objet lors de la libéralité. La volonté d'opter pour la réduction en nature doit être exprimée dans les trois mois à compter de la date à laquelle un héritier réservataire a mis le gratifié en demeure de prendre parti.

¹⁰⁸² JUBAULT C., *op. cit.*, p. 411, § 583.

¹⁰⁸³ Article L. 221-15 du Code de commerce.

¹⁰⁸⁴ Loi n° 85-571 du 23 juillet 1987.

Ensuite, en cas d'insolvabilité du débiteur de l'indemnité en réduction et après discussion de ses biens, la réduction en nature peut être exercée contre le tiers détenteur du bien. Néanmoins, cette action ne peut plus être exercée lorsque le donateur ou les héritiers réservataires présomptifs avaient au jour de la donation ou postérieurement consenti à l'aliénation des biens donnés¹⁰⁸⁵.

La réduction en valeur est désormais le principe. Consacre-t-elle un changement de nature de la réserve ?

b – La réserve est-elle devenue une créance ?

375. La réserve est une créance... - Désormais le *de cuius* peut, s'il le souhaite, léguer la totalité de son patrimoine à un tiers ; celui-ci n'aura qu'à dédommager les réservataires en argent. Ainsi, la réserve ne donne plus droit aux biens de la succession mais seulement à une indemnité, un droit de créance. La réserve ne servirait plus qu'à participer à l'enrichissement de son bénéficiaire, se rapprochant ainsi d'une *pars bonorum*. Ainsi, certains auteurs affirment que la réserve n'est plus une part des biens de la succession mais une créance puisqu'elle peut n'être fournie qu'en deniers par le gratifié, le réservataire n'ayant plus droit qu'à une valeur monétaire¹⁰⁸⁶ ? Cette créance

¹⁰⁸⁵ Article 924-4 du Code civil : « Après discussion préalable des biens du débiteur de l'indemnité en réduction et en cas d'insolvabilité de ce dernier, les héritiers réservataires peuvent exercer l'action en réduction ou revendication contre les tiers détenteurs des immeubles faisant partie des libéralités et aliénés par le gratifié. L'action est exercée de la même manière que contre les gratifiés eux-mêmes et suivant l'ordre des dates des aliénations, en commençant par la plus récente. Elle peut être exercée contre les tiers détenteurs de meubles lorsque l'article 2276 ne peut être invoqué.

Lorsque, au jour de la donation ou postérieurement, le donateur et tous les héritiers réservataires présomptifs ont consenti à l'aliénation du bien donné, aucun héritier réservataire, même né après que le consentement de tous les héritiers intéressés a été recueilli, ne peut exercer l'action contre les tiers détenteurs. S'agissant des biens légués, cette action ne peut plus être exercée lorsque les héritiers réservataires ont consenti à l'aliénation. »

¹⁰⁸⁶ En ce sens, DONNIER, Juris-Classeur Civil Code V° LIBÉRALITÉS . – Réserve héréditaire. Quotité disponible – Réduction des libéralités, 2010, § 50, MALAURIE P. et BRENNER C., Les successions, les libéralités, 6^e éd. LGDJ, 2014, p. 385, § 720 et p. 419, § 777 ; GRIMALDI M., *op. cit.*, p. 385, § 720 ; PIEDELIÈVRE S., *op. cit.*, p. 388, § 345.

consacrerait une vocation dévolutive aux libéralités et non plus répartitrice¹⁰⁸⁷ en permettant au défunt d'instituer un héritier tout en ne laissant qu'une créance, par la réduction en valeur, au réservataire.

Le glissement vers une créance s'observe dans la suppression de la possibilité d'obtenir sa réserve par voie d'exception. En effet, avant la loi de 2006, le réservataire pouvait opposer une exception au légataire demandant la délivrance de son legs excédant la quotité disponible¹⁰⁸⁸ tant que le légataire n'avait pas pris possession du bien légué¹⁰⁸⁹. Désormais, il n'est plus possible d'opposer sa réserve par voie d'exception au légataire universel puisque l'atteinte à la réserve n'ouvre plus droit qu'à une indemnité en valeur que les réservataires ne pourront obtenir que par voie d'action¹⁰⁹⁰. Il a été soutenu par un auteur qu'il serait concevable d'opposer, à titre de défense au fond, une exception de réduction en cas d'atteinte avérée à la réserve¹⁰⁹¹. Toutefois, cette opinion ne paraît pas devoir être retenue. En effet, même si la réserve ressemble désormais à une créance, il s'agit d'une créance tout à fait particulière car dans la succession et non contre elle.

376. Mais une créance dans la succession et non contre elle - La généralisation de la réserve en valeur semble entraîner un changement de nature de la réserve qui se rapproche d'un simple droit de créance. Toutefois, cette créance est dans la succession, *pars hereditatis*¹⁰⁹².

¹⁰⁸⁷ DONNIER, *op.cit.*, § 49

¹⁰⁸⁸ Cass. Req., 16 novembre 1942 : S. 1943, 1, 19.

¹⁰⁸⁹ Cass. 1^{re} Civ., 19 janvier 1982 : *Bull. civ.* 1982, I, n° 33 ; *Gaz. Pal.* 1982, 2, p. 214.

¹⁰⁹⁰ En ce sens : DONNIER, *op. cit.*, n° 3 ; TERRÉ F., LEQUETTE Y., GAUDEMET S., *Les successions, les libéralités*, 4^{me} éd. Dalloz, 2013, p. 1085, n° 1213 ; DEVILLE, NICOD M., *Encyclopédie Dalloz V° Réserve héréditaire-réduction des libéralités*, 2012, n° 103.

¹⁰⁹¹ JUBAULT C., *op. cit.*, p. 385, n° 530.

¹⁰⁹² GRIMALDI M., *op. cit.*, p. 385, § 720.

Le premier argument que l'on peut avancer en ce sens est qu'il est toujours nécessaire d'être héritier pour obtenir sa réserve¹⁰⁹³ et que le réservataire reste ainsi tenu aux dettes successorales.

Le second argument est que le droit successoral, *a fortiori* la réserve, utilise la technique de la dette de valeur. Il suffit pour s'en persuader de regarder les modes d'évaluation des indemnités de rapport et de réduction. Celles-ci sont toujours calculées en fonction de la valeur et de l'état d'un bien de la succession car elles doivent conduire à un résultat équivalent à une restitution en nature¹⁰⁹⁴. En outre, lorsque la réduction est partielle, deux modes de calcul avaient été envisagés par les auteurs : soit la réduction arithmétique qui ne prenait en compte que le dépassement de la quotité disponible évalué au décès ou la réduction proportionnelle qui évaluait le dépassement à l'époque du partage ; le premier était fondé sur le nominalisme monétaire alors que le second prenait en compte la valeur des biens successoraux au partage et maintenait un lien étroit entre réduction en nature et réduction en valeur. La Cour de cassation a consacré la réduction arithmétique¹⁰⁹⁵ ce qui rapproche la réduction des dettes de valeur du droit des biens. Certes, il existe des dettes de valeur de droit naturel comme les obligations alimentaires mais alors si la réserve était une créance contre la succession, il faudrait poser un nouveau principe de revalorisation déconnecté des biens de la succession¹⁰⁹⁶.

En outre, même si la réserve en valeur est devenue la règle, il reste encore des traces de la réduction en nature montrant que sa logique imprègne encore notre droit successoral. Ainsi, la possibilité d'abandon par les héritiers réservataires de la propriété de la quotité disponible en présence d'une libéralité en usufruit à une autre

¹⁰⁹³ A l'exception de certaines situations comme dans le cas du rapport du renonçant mais il s'agit d'une réserve fictive prise en compte uniquement pour les besoins de la liquidation.

¹⁰⁹⁴ TERRÉ F., LEQUETTE Y., GAUDEMET S., *op. cit.*, p. 1089, § 1228.

¹⁰⁹⁵ Pour les legs en premier lieu : Cass. 1^{re} Civ., 29 déc. 1953 : *JCP G* 1954, II, 7919, note BLIN ; *Defrénois* 1954, 27244, note PATARIN J. ; *D.* 1954, 2, p. 327, note PONSARD. - Cass. 1^{re} Civ., 7 juin 1955 : *D.* 1956, 2, p. 713, note PONSARD ; *RTD civ.* 1956, p. 565, obs. SAVATIER R. Puis pour les donations entre vifs : Cass. 1^{re} Civ., 12 déc. 1962 : *JCP G* 1963, II, 13201, note VOIRIN P. ; *D.* 1963, 2, p. 217, note SAVATIER R. ; *Defrénois* 1963, art. 28386. Cass. 1^{re} Civ., 18 oct. 1966 : *JCP G* 1967, II, p. 15170, note DE LA MARNIERRE ; *D.* 1966, 2, p. 709, note BRETON A.

¹⁰⁹⁶ *La transmission*, 108^{ème} congrès des notaires de France, 2012, p. 274.

personne que le conjoint laisse penser qu'il s'agit d'un abandon en nature plutôt que d'un dédommagement pécuniaire¹⁰⁹⁷.

Dans le même esprit, lorsqu'une charge grève la réserve du gratifié, le cantonnement permet de libérer le bien de la réserve de la charge qui le grève. Or, on aurait pu, dans la logique de la valorisation de la réserve, envisager l'indemnisation du réservataire et le maintien de la charge. L'article 1054 alinéa 3 relatif aux libéralités graduelles prévoit bien une libération de la charge portant sur la réserve¹⁰⁹⁸. Il en est de même lorsque l'usufruit ou le droit d'usage et d'habitation du conjoint grève la réserve : en ce cas, il n'est pas prévu l'indemnisation de la valeur de la nue-propriété ou de la propriété diminuée du droit d'usage et d'habitation. En revanche, le droit grève le bien du réservataire jusqu'au décès du conjoint.

Enfin, même si la réduction en valeur est la règle, on ne peut dire que la réserve n'est servie qu'en valeur. En effet, même s'il est désormais possible d'évincer un héritier réservataire de la totalité du patrimoine de son parent, lorsque le legs n'est qu'à titre universel ou particulier, il se peut qu'il reste assez de biens dans le patrimoine du *de cuius* pour fournir sa réserve en nature au réservataire. Il en est de même lorsque le réservataire a été gratifié d'une donation suffisamment importante au regard de la masse de calcul de la réserve et de la quotité disponible, pour le remplir de sa réserve¹⁰⁹⁹. Ainsi, on peut dire que la réserve reste une part des biens et droits successoraux dans la majorité des cas sauf lorsque le *de cuius* a choisi sciemment d'exclure son héritier réservataire de ses biens¹¹⁰⁰.

Ainsi, il semble que le législateur n'ait fait que suivre l'évolution générale du droit successoral *ab intestat* dans laquelle la notion d'équivalence prédomine, notamment

¹⁰⁹⁷ *ibidem*, p. 265. Conformément à l'article 917 du Code civil lequel dispose « Si la disposition par acte entre vifs ou par testament est d'un usufruit ou d'une rente viagère dont la valeur excède la quotité disponible, les héritiers au profit desquels la loi fait une réserve, auront l'option, ou d'exécuter cette disposition, ou de faire l'abandon de la propriété de la quotité disponible. »

¹⁰⁹⁸ *ibidem*, p. 265.

¹⁰⁹⁹ NICOD M., « Variations sur la substance de la réserve héréditaire », *Mélanges Hauser*, éd. Dalloz – LexisNexis, 2012, p. 459.

¹¹⁰⁰ On ne peut en outre oublier que le *de cuius* est libre de disposer de son patrimoine à titre onéreux avant son décès et qu'il peut de cette manière évincer son héritier réservataire des biens lui appartenant.

dans la faveur faite au partage égal en valeur¹¹⁰¹. Cette évolution rejoint le mouvement de dématérialisation du patrimoine dans lequel la valeur est préférée aux biens eux-mêmes¹¹⁰².

La réserve reste une créance tout à fait particulière car elle est connectée aux biens de la succession. On ne peut la comparer à la légitime romaine ni même aux réserves d'inspiration romaniste comme la réserve de droit allemand dans laquelle le réservataire ne doit pas être lésé économiquement¹¹⁰³.

Pour s'en persuader, il suffit d'imaginer les conséquences d'une véritable réserve-crédence contre la succession.

377. Si la réserve devenait une créance contre la succession - Si la réserve prenait réellement la nature de créance, le droit des obligations gouvernerait le droit successoral. Il ne faudrait plus permettre la réduction en nature, ni le droit de suite du réservataire. Le cantonnement ne donnerait plus lieu à libération mais uniquement à dédommagement ce qui impliquerait d'élaborer un mode d'évaluation des charges¹¹⁰⁴. Le règlement en moins-prenant n'aurait plus de raison d'exister et le règlement en numéraire deviendrait la règle. Enfin, le réservataire n'aurait plus à accepter la succession pour recevoir sa créance et ne serait plus tenu aux dettes.

Ainsi, admettre une réserve-crédence contre la succession reviendrait à balayer notre héritage et nécessiterait une refonte du droit des successions ce qui n'est pas

¹¹⁰¹ PERNEY D., *op. cit.*, p. 329, § 351.

¹¹⁰² SAUVAGE F., « Le déclin de la réserve héréditaire précipité par la loi du 23 juin 2006 », *JCP N* 2008, n° 1248, p. 38 ; DEVILLE, NICOD M., *Encyclopédie Dalloz V° Réserve héréditaire-réduction des libéralités*, 2012, n° 149.

Contra : VAREILLE B., « Nouveau rapport, nouvelle réduction », *D.* 2006. 2565.

¹¹⁰³ Art. 2303 BGB : « Si un descendant du de cuius est exclu de la succession par disposition pour cause de mort, il peut alors exiger de l'héritier sa part de réserve. La part de réserve consiste en la moitié de la valeur de la part légale d'héritier. Le même droit appartient aux père et mère et à l'époux du de cuius, lorsqu'ils sont exclus de la succession par disposition pour cause de mort. »

¹¹⁰⁴ *La transmission*, 108^{ème} congrès des notaires de France, 2012, p. 273.

souhaitable. Notre droit des successions continue de privilégier une succession à la personne.

La réduction en valeur entre successibles comporte de nombreux avantages en pacifiant les règlements familiaux et en permettant d'éviter les indivisions. Lorsque un tiers a été gratifié, elle offre l'avantage de la sécurité juridique à celui-ci et aux tiers ayant acquis des droits réels sur le bien donné. Ils n'ont plus à craindre une éventuelle réduction en nature qui anéantirait leurs droits. Toutefois, la réserve doit rester « *une part des biens et droits successoraux* » et garder ainsi « *l'être* » et pas seulement « *l'avoir*¹¹⁰⁵ » même si la majorité des transmissions concerne des biens sans valeur sentimentale.

Ainsi, pour prendre en compte la valeur sentimentale de certains biens de famille, on pourrait imaginer de distinguer selon la nature familiale ou non du bien en permettant à un réservataire d'imposer la réduction en nature lorsque le bien a été donné ou légué à un tiers.

La transformation de la réserve en créance aurait également pour conséquence de faire perdre sa réalité à la réserve.

C – La réserve, droit réel ou personnel ?

378. Plan - Dans la réserve coutumière, l'action en réduction a une nature réelle. En effet, il s'agit de protéger la famille en rendant indisponible une partie des biens du *de cuius*. En cas de réduction, les héritiers réservataires agissent en qualité de propriétaires des biens et bénéficient ainsi des droits de suite et de préférence. Toutefois, la généralisation de la réduction en valeur rend plus difficile la qualification de l'action en réduction en une action réelle.

¹¹⁰⁵ *La transmission*, 108^{ème} congrès des notaires de France, 2012, p. 265.

379. Action réelle et action personnelle – Il s’agit tout d’abord de distinguer entre l’action réelle et l’action personnelle. L’action réelle est un rapport entre une personne et une propriété. Le droit réel donne au titulaire un pouvoir immédiat sur la chose en lui permettant de l’utiliser selon sa destination. Puisqu’il porte sur une chose, son sujet passif est interchangeable¹¹⁰⁶. Le titulaire d’un droit réel peut revendiquer la chose sur laquelle porte son droit à l’égard de toute personne qui se trouve en possession de cette chose¹¹⁰⁷.

A l’inverse, le droit personnel est un rapport entre deux personnes par lequel le débiteur s’engage à exécuter une prestation. Cette prestation peut être, par exemple, de donner une somme d’argent. Ce lien d’obligation entre le débiteur et le créancier est complexe car il contient deux rapports : un rapport de devoir par le débiteur et un rapport de contrainte sur son patrimoine¹¹⁰⁸. Son sujet passif est toujours déterminé ce qui entraîne comme conséquence d’être un droit relatif car l’obligation ne pèsera pas sur d’autres personnes, à l’exception des héritiers acceptants du débiteur.

Le droit réel et le droit personnel se différencient de plusieurs manières.

Le droit réel est assorti d’un droit de suite permettant à son titulaire de suivre la chose sur laquelle repose son droit entre les mains des tiers. Le créancier réel dispose également d’un droit de préférence en cas de vente du bien et est ainsi préféré aux créanciers personnels. Le droit personnel, quant à lui, ne peut être exécuté que sur le patrimoine du débiteur.

Enfin, le droit réel est susceptible d’abandon volontaire, le déguerpissement, alors que le droit personnel nécessite un acte conventionnel de remise de dette entre le débiteur et le créancier.

¹¹⁰⁶ ZENATI-CASTAING F., REVET V., *Les biens*, 3^{ème} éd. PUF, 2008, p. 462, § 298.

¹¹⁰⁷ ZENATI-CASTAING F., REVET V., *ibidem*, p. 465, § 302.

¹¹⁰⁸ CORNU G., *Droit civil – Les biens*, 13^{ème} éd. Montchrétien, 2007, p. 424, § 988.

380. L'action en réduction porte sur une créance - Originellement, l'action en réduction en nature était une action réelle. Toutefois, la généralisation de la réduction en valeur porte atteinte à cette conception puisque la réduction n'opère plus restitution des biens, ou de la fraction constituant la réserve dont le *de cuius* a disposé mais porte sur leur valeur monétaire. Ainsi, le réservataire semble n'avoir plus qu'un droit de créance.

381. Toutefois, ce droit de créance est un droit particulier car il est assis sur les biens de la succession ; il n'est pas soumis à la dépréciation de la monnaie car il est évalué en fonction de la valeur des biens successoraux au partage conformément à la réduction arithmétique consacrée par la Cour de cassation¹¹⁰⁹. Ainsi, l'indemnité de réduction en valeur ne donne pas prise à la dépréciation monétaire.

Deux exceptions à la réduction arithmétique existent toutefois. Lorsque le bien donné a été aliéné avant le décès du *de cuius*, on doit alors tenir compte de la valeur vénale du bien au moment de l'aliénation. Dans ce cas, la dette de valeur se transforme en une dette ordinaire de somme d'argent¹¹¹⁰. En revanche, si le bien est subrogé, l'indemnité de réduction sera assise sur la valeur du nouveau bien au partage d'après son état au jour de son acquisition¹¹¹¹.

La seconde exception concerne les biens qui se déprécient inéluctablement, tels que les biens de consommation. En ce cas, il n'est pas tenu compte de la subrogation, cela afin d'éviter la dépréciation de l'indemnité de réduction.

382. La renonciation à l'action en réduction – Postérieurement à l'ouverture de la succession, l'indemnité de réduction peut donner lieu à abandon par le créancier réservataire et cette renonciation ne nécessite pas,

¹¹⁰⁹ Cf. *infra* n° 376.

¹¹¹⁰ MALAURIE P. et BRENNER C., *op. cit.*, p. 400, § 743.

¹¹¹¹ Article 922 du Code civil.

en ce cas, de forme particulière puisqu'elle peut être expresse mais également tacite¹¹¹².

Le réservataire peut, en effet, renoncer à demander son indemnité de réduction ; nul besoin en ce cas de l'accord du débiteur ce qui rapproche l'action en réduction d'une action réelle.

383. Droit de suite et de préférence – L'une des différences importante entre droit réel et droit personnel est constituée par le droit de suite et le droit de préférence. Le droit personnel n'en bénéficie pas tandis que le titulaire du droit réel peut suivre le bien en toutes mains dans lesquelles il se trouve et est préféré aux titulaires d'un simple droit personnel. Or, même en cas de réduction en valeur, si le bien donné existe encore dans le patrimoine du gratifié, celui-ci peut demander à ce que la réduction ait lieu en nature à condition qu'il soit libre de toute charge et occupation autres que celles qui existaient au jour de la donation¹¹¹³. Dans ce cas, la réduction en nature opérera résolution rétroactive¹¹¹⁴ ce qui aura pour effet de soustraire le bien ou la quote-part indivise opérant réduction, des poursuites des créanciers personnels du gratifié. En revanche, si le bien est grevé d'une charge ou d'une occupation, la réduction en nature ne peut avoir lieu et la créance du réservataire ne bénéficiera d'aucun droit de préférence.

Si le bien est saisi et vendu et si le réservataire n'est pas désintéressé ou si le bien n'existe plus dans le patrimoine du gratifié et que celui-ci est insolvable, alors, le législateur de 1804 a réservé aux réservataires une action réelle contre les tiers détenteurs d'immeuble : il s'agit d'une action en revendication lorsque la réduction est entière et d'une action en réduction lorsque la réduction est partielle. L'article 924-4 prévoit qu'en cas d'insolvabilité du réservataire et après discussion préalable de ses biens, les héritiers réservataires peuvent exercer l'action en réduction contre les tiers détenteurs des immeubles faisant partie des libéralités et aliénés par le gratifié. Ainsi, les réservataires bénéficient de plusieurs droits légaux garantissant

¹¹¹² Cass. 1^{re} Civ., 27 janv. 1993 : *Dr. et patrimoine* juin 1993, p. 25.

¹¹¹³ Article 924-1 du Code civil

leur créance de réduction : le bénéfice de discussion, le droit de suite et le droit de préférence. Le tiers détenteur peut choisir la réduction en nature en étant évincé du bien par la résolution rétroactive totale ou partielle selon la réduction ou choisir de payer l'indemnité de réduction aux réservataires, les réservataires ne peuvent refuser son offre¹¹¹⁵. Ce choix opéré par le tiers détenteur donne tout de même préférence au réservataire puisque si le tiers détenteur ne peut payer l'indemnité de réduction, la réduction en nature sera effectuée.

384. L'exclusion de l'action contre les tiers détenteurs - La loi du 3 juillet 1971 a introduit l'exclusion de l'action contre le tiers détenteur en cas de consentement du donateur et des héritiers réservataires présomptifs lors de l'aliénation du bien donné. La loi du 23 juin 2006 a étendu cette exclusion, en permettant que ce consentement soit donné au moment de la donation, modification que le notariat appelait de ses vœux. Les héritiers réservataires présomptifs peuvent donc renoncer à leur droit de suite, cette renonciation étant étendue aux héritiers réservataires conçus ou non présomptifs au moment de la donation les privant ainsi de leur action réelle contre le tiers détenteur et, par conséquent de leur réserve en cas d'insolvabilité du gratifié. Ainsi, la réduction est un droit de créance mais qui ne donne pas prise à la dépréciation monétaire, auquel on peut renoncer sans formalités particulières et qui, si la situation du gratifié est obérée, finit par donner lieu à droit de suite et de préférence. Dans ces conditions, on peut affirmer que l'action en réduction conserve les prérogatives d'une action réelle¹¹¹⁶. Étant une créance particulière, dans la succession, l'action en réduction semble avoir une nature originale et se rapprocher d'une action réelle pouvant porter sur une créance ou sur un bien en nature dans le cas de l'article 924-4 du Code civil. La transformation du patrimoine, ces dernières décennies, a entraîné une évolution du droit de propriété lequel porte désormais sur

¹¹¹⁴ Civ. 1^{re} 11 juillet 1977 : *Bull. Civ.* I n° 324.

¹¹¹⁵ Cass. 1^{re} Civ., 18 oct. 1966 : *JCP G* 1967, II, 15170, note DE LA MARNIERRE ; *D.* 1966, 2, p. 709, note BRETON A. ; *Defrénois* 1967, art. 28942, *RTD Civ* 1967. 421, obs. SAVATIER R.

¹¹¹⁶ WICKER G., « Le nouveau droit des libéralités : entre évolution, révolution et contre-révolution » *Dr. et Pat.* 2007, p. 74.

des biens incorporels mais également sur des créances¹¹¹⁷. Or la réserve peut être conçue comme « *une somme représentative des biens et droits qui composent la masse théorique de la réserve*¹¹¹⁸ » et l'action en réduction en valeur, comme un droit réel portant sur une créance ou sur un bien.

Toutefois, alors que la nature de la réserve se rapproche de son fondement alimentaire, ce fondement n'est pas toujours respecté puisque la créance des descendants est différée en présence d'un conjoint survivant.

§ II – Des aliments différés : la confrontation des droits légaux ou conventionnels du conjoint survivant et de la réserve des descendants

385. Plan - Depuis la loi de 1971, le conjoint a vu ses droits légaux et conventionnels augmenter peu à peu. L'intention est louable : le conjoint survivant était le parent pauvre du droit des successions puisqu'il ne bénéficiait que d'un quart en usufruit en présence d'enfant. Toutefois, cette promotion s'est faite sans concertation et étude du droit des successions dans son ensemble. Or, lorsque l'on augmente les droits *ab intestat* d'un héritier, on diminue forcément ceux d'un autre ; en l'occurrence, cette promotion s'est opérée au détriment de la réserve des descendants. En effet, les parlementaires n'ont pris en compte que la famille classique, soit celle composée d'un couple marié, dont l'un des membres décède à un âge avancé, et d'enfants communs. Mais cette réalité tend à diminuer au profit de familles recomposées avec des enfants issus de différents lits. La dernière étude « Famille et Logement » de l'INSEE¹¹¹⁹ montre que 3 enfants sur 10

¹¹¹⁷ GINOSSAR S., *Droit réel, propriété et créance. Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, éd. LGDJ, 1960. Ainsi, on admet sans peine l'usufruit d'une créance : MALAURIE P. et AYNÈS L., *Les biens*, 2^e éd. Defrénois, 2007, p. 261, 814 ; CORNU G., *Les biens*, 13^e éd. Montchrétien, 2007, p. 14, § 62. *Contra* LARROUMET C., *Les biens – Droit réels principaux*, t. II, 5 éd. 2006, p. 268, § 469.

¹¹¹⁸ JUBAULT C., *op. cit.*, p. 355, n° 483.

¹¹¹⁹ http://www.insee.fr/fr/themes/document.asp?ref_id=ip1470

vivent dans une famille monoparentale ou recomposée¹¹²⁰. C'est la raison pour laquelle la réserve n'atteint pas son but alimentaire dans le cas du concours entre descendants réservataires et conjoint survivant puisque les droits en usufruit *ab intestat* ou conventionnels, recueillis par le conjoint différent les aliments destinés aux descendants sans différer le passif attaché à la réserve (A). L'étude des protections offertes par le Code civil aux descendants réservataires révèle que celles-ci sont inefficaces (B).

A – Les inconvénients attachés à l'usufruit sur la réserve : le décalage entre la fourniture de l'actif de la réserve et le règlement du passif

386. Plan - L'usufruit portant sur la réserve des descendants n'est pas dénué d'inconvénients puisque la réserve des descendants n'est alors servie qu'en nue-propriété, la reconstitution de la pleine propriété étant ainsi différée au décès du conjoint survivant (1) alors que l'obligation et la contribution au passif successoral qui pèsent sur les descendants ne sont pas différées (2).

1 – Une réserve amputée de l'usufruit jusqu'au décès du conjoint

387. Une réserve servie en nue-propriété - La quotité disponible spéciale entre époux et l'usufruit universel *ab intestat* du conjoint¹¹²¹ sont une exception à l'article 912 du Code civil qui impose que la réserve soit transmise en pleine propriété et libre de charge. Si le conjoint survivant gratifié opte pour l'usufruit de la totalité de la succession ou le quart en

¹¹²⁰ Il faut également rappeler que la succession moyenne en France porte sur un bien immobilier d'une valeur de 90 000 euros et d'un capital entre 4500 et 7500 euros : MERVILLE A.-D., « La réforme du conjoint survivant par la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001.- Le conjoint est-il un membre à part entière de la famille ? », *JCP G* 2002, I 185.

¹¹²¹ *Contra* : JUBAULT C., *op. cit.*, p. 354, § 482. Cette opinion apparaît toutefois minoritaire.

pleine propriété et les trois quarts en usufruit comme l'article 1094-1 du Code civil le lui permet, la réserve ne sera servie qu'en nue-propriété. De même, si au titre de ses droits légaux, le conjoint survivant en présence de descendants communs, opte pour l'usufruit universel comme le lui permet l'article 757 du Code civil, la réserve sera servie en nue-propriété seulement. En effet, le législateur s'est fondé sur la situation la plus courante dans laquelle les héritiers sont des adultes actifs dans la fleur de l'âge tandis que le conjoint survivant est une femme âgée avec comme seules ressources sa pension de retraite. L'usufruit lui permet de subsister en conservant son cadre de vie et/ou des ressources liées aux fruits des biens successoraux. L'usufruit peut également être plus avantageux pour les enfants ou descendants puisqu'ils sont assurés de recueillir la totalité de la succession du *de cuius* au décès du conjoint survivant usufruitier. Ainsi, lorsqu'elle n'est servie qu'en nue-propriété au décès du *de cuius*, la délivrance d'une réserve en pleine propriété est seulement différée au décès du conjoint.

Toutefois, cette situation, même si elle est fréquente en pratique n'est pas universelle. Il est possible que le conjoint survivant gratifié d'un usufruit soit le second époux et soit à peine plus âgé que les enfants.

388. Une réserve en contradiction avec le fondement alimentaire de la réserve - Or, priver les descendants de l'usufruit de la réserve contredit le fondement alimentaire de la réserve des descendants puisque ceux-ci ne peuvent pas bénéficier de leur subsistance au décès de leur auteur. Le conjoint peut être une personne bénéficiant de ressources ou propriétaire de nombreux biens. Les enfants ou descendants, quant à eux, pourraient avoir besoin de cette subsistance, pas seulement pour consommer ou construire leur vie, mais tout simplement pour faire face aux dépenses et charges de la succession. Ils sont tenus de payer les droits de succession dans les six mois

du décès sur la valeur de la nue-propriété qu'ils recueillent¹¹²². Durant l'usufruit, ils seront également astreints aux grosses réparations en tant que nus-propriétaires alors qu'ils ne tirent aucune ressource des biens successoraux. Certes, il est impossible de les contraindre à ces grosses réparations en cours d'usufruit¹¹²³ mais à défaut, les biens se déprécieront. Les descendants pourraient ainsi être tentés de s'endetter pour payer ces grosses réparations. Ainsi, ils devront payer pour recueillir ou conserver des biens dont ils ne tireront aucune ressource.

En outre, le conjoint survivant peut être négligent et laisser les biens, objets de l'usufruit, se dégrader et leur valeur diminuer.

389. Le quasi-usufruit et la réserve – Lorsque l'usufruit porte sur des biens consommables, s'ouvre un quasi-usufruit. Or le quasi-usufruitier devenant propriétaire des biens consommables, ce quasi-usufruit ne peut porter sur la réserve des enfants. En effet, dans ce cas, l'article 1094-3 impose de procéder au partage des deniers ou de faire emploi des sommes portant sur la réserve afin d'en assurer la restitution, ce qui transforme le quasi-usufruit en

¹¹²² Un report de paiement est toutefois possible conformément aux articles 397 et 404 de l'annexe 3 du Code général des impôts lesquels disposent : « *Le crédit de paiement différé prévu par l'article 1717 du code général des impôts est applicable aux droits d'enregistrement exigibles en raison des mutations par décès qui comportent dévolution de biens en nue-propriété.* » et « *le paiement différé prévu à l'article 397 est limité à la fraction des droits correspondant : soit à la valeur imposable de la nue-propriété s'il s'agit du cas prévu au 1° de cet article ; (...). Les dispositions du premier alinéa de l'article 404 A sont applicables par dérogation à l'article 401, le bénéficiaire du paiement différé peut, dans le cas prévu au 1° de l'article 397 être dispensé du paiement des intérêts à la condition que les droits de mutation par décès soient assis sur la valeur imposable au jour de l'ouverture de la succession de la propriété entière des biens qu'il a recueillis. Le paiement des droits peut être différé jusqu'à l'expiration d'un délai qui ne peut excéder six mois comptés : soit de la date de la réunion de l'usufruit à la nue-propriété ou de la cession totale ou partielle de cette dernière ; soit du terme du délai imparti à l'attributaire, le légataire ou le donataire pour le paiement des sommes dont il est débiteur envers ses cohéritiers. La cession totale ou partielle par le légataire le donataire ou l'attributaire du bien qui lui a été légué donné ou attribué entraîne l'exigibilité immédiate des droits en suspens.* »

¹¹²³ Cass. Req. 10 déc. 1900 : DP 1901. 1. 209, note GUÉNÉE ; Cass. 3^e Civ, 30 janv. 1970 : Bull. civ. III, n° 83 ; Cass. 3^e Civ, 10 juill. 2002 : Rev. loyers 2002. 562, obs. RÉMY ; Cass. 1^e Civ., 28 oct. 2009 : RJP 2010-1, 45, note DELMAS SAINT-HILAIRE P. ; 18 déc. 2013 : D. 2014. 77 ; AJ fam. 2014. 240, obs. THOURET S. ; RTD civ. 2014. 149, obs. DROSS W. ; RDC 2014. 742, note TADROS A.

usufruit¹¹²⁴. Même si l'article 1094-3 se trouve dans la section « *des dispositions entre époux, soit par contrat de mariage, soit pendant le mariage* », la doctrine majoritaire¹¹²⁵ l'applique également à l'usufruit légal puisque cette disposition a été introduite par la loi du 13 juillet 1963, laquelle a augmenté la quotité disponible entre époux, afin de protéger les héritiers réservataires¹¹²⁶.

Outre l'inconvénient de ne recueillir qu'une réserve en nue-propiété, les descendants sont également obligés et tenus au passif de la succession.

2 - L'obligation et la contribution au passif successoral de l'usufruitier

390. Obligation à la dette successorale - L'article 612 du Code civil dispose que l'usufruitier universel ou à titre universel doit supporter personnellement les dettes qui sont une charge des fruits telles que les intérêts ou les rentes viagères, à proportion de sa part dans l'usufruit total, tandis que l'héritier en capital est tenu de toute la dette. L'usufruitier universel est un successeur à titre universel. Ainsi il est tenu *ultra vires* mais uniquement des intérêts du passif.

De plus, une jurisprudence constante précise que l'usufruitier n'est pas tenu de payer personnellement une dette en capital dépendant de la succession¹¹²⁷. Le conjoint survivant, héritier du quart en usufruit sous l'empire du droit antérieur à la loi du 3

¹¹²⁴ GRIMALDI M., SAVOURE B., « L'usufruit et le quasi-usufruit : questions de droit civil » *Dr. et Pat.* 1999, 76 ; NAUDIN E., *op. cit.*, p. 214, n° 468 ; SALLE M., CHEVALLIER Y., « Les risques fiscaux du quasi-usufruit dans les donations de titres », *Dr. et Pat.* janv. 1997, p. 26 ; HUBLLOT G., « Quasi-usufruit : limites et perspectives d'avenir », *Dr. et Pat.* 2003, 121.

¹¹²⁵ GRIMALDI M., SAVOURE B., « L'usufruit et le quasi-usufruit : questions de droit civil » *Dr. et Pat.* 1999, 76 ; NAUDIN E., *op. cit.*, p. 214, n° 468 ; SALLE M., CHEVALLIER Y., « Les risques fiscaux du quasi-usufruit dans les donations de titres », *Dr. et Pat.* janv. 1997, p. 26 ; HUBLLOT G., « Quasi-usufruit : limites et perspectives d'avenir », *Dr. et Pat.* 2003, 121.

¹¹²⁶ GRIMALDI M., « L'emploi des deniers grevés d'usufruit », *Deffrénois* 1999, 36939

¹¹²⁷ Cass. 1^{re} Civ., 16 juin 1993 : *Bull. civ.* 1993, I, n° 223 ; *JCP G* 1994, I, 3791, obs. LE GUIDEC R. R. ; *RTD civ.* 1994, 391, obs. PATARIN J.

décembre 2001 était tenu, à proportion de sa vocation, des seuls intérêts de la dette successorale qui sont une charge des fruits, à l'exclusion du capital¹¹²⁸. Ainsi le nu-proprétaire ne peut bénéficier de la division des dettes et peut être poursuivi pour la totalité de la dette alors qu'il ne bénéficie pas des fruits des biens successoraux, tandis que l'usufruitier bénéficie de la division des dettes et ne peut être poursuivi que pour les intérêts de celle-ci¹¹²⁹.

391. Contribution à la dette successorale - Quant à la contribution à la dette, le nu-proprétaire supporte le passif en capital et l'usufruitier est tenu aux intérêts ou arrérages conformément à l'article 612 du Code civil.

Le descendant réservataire est dans une situation délicate lorsque sa réserve est grevée d'usufruit et lorsque la succession comporte des dettes. En effet, le nu-proprétaire sera tenu de rembourser le capital de la dette alors qu'il ne touche pas les fruits de sa réserve. Puisque le nu-proprétaire est tenu *ultra vires*, il n'aura comme solution que de payer les dettes de la succession sur ses propres biens ou en vendant sa nue-proprété.

En outre, si le conjoint a un quasi-usufruit portant sur la quotité disponible, l'héritier réservataire sera tenu des dettes alors qu'il n'est plus propriétaire des biens, objets du quasi-usufruit. On pourrait penser que le quasi-usufruitier est un successeur en propriété ce qui l'obligerait à contribuer aux dettes en capital ; cette solution serait bien plus équitable¹¹³⁰. Toutefois, l'usufruit successoral ne porte pas sur des biens

¹¹²⁸ Cass. 1^{re} Civ., 11 février 1981 : *Bull. civ.* I n° 54, p. 43, *JCP G* 1981.II.19693, note RÉMY ; Cass. 1^{re} Civ. 16 juin 1993 : *Bull. civ.* I, n° 223, p. 155, *JCP* 1994.I.3791, n° 3, obs. LE GUIDEC R., *RTD Civ.* 1994.391, obs. PATARIN J. ; Cass. 1^{re} Civ. 16 février 1999 : *Bull. civ.* I, n° 58, *JCP* 2000.I.211, n° 14, obs. PÉRINET-MARQUET H. ; Cass. 1^{re} Civ., 9 décembre 2003 : *Bull. civ.* 2003, I, n° 255 ; *JCP G* 2004, I, 155, n° 3, obs. LE GUIDEC R. ; *D.* 2004, somm. 2336, obs. BRÉMOND V. ; *Defrénois* 2004, 1218, note FIORINA D. ; *Dr. fam.* 2004, n° 53, note NICOD M. ; *RJPF* mai 2004, 37, obs. CASEY J.

¹¹²⁹ Cass. Civ. 23 avril 1888 : S. 1889, 1, 25, note LACOINTA réaffirmé par Cass. Civ., 11 février 1981 : *JCP* 1981, II, 19693, note RÉMY ; *RTD Civ.* 81, 884, obs. PATARIN J. : « Vu les articles 612 et 724 du Code civil. Attendu que de la combinaison de ces articles, il résulte que si l'usufruitier universel ou à titre universel est tenu de contribuer aux dettes dans les proportions et de la manière indiquées par ces textes et si le créancier a le droit de le poursuivre directement dans ces limites, ce créancier n'en conserve pas moins celui de poursuivre directement l'héritier comme il aurait pu poursuivre le défunt dont il est continuateur. »

¹¹³⁰ SIRINELLI P., « Le quasi-usufruit », *LPA* 1993, n° 87, p. 31 et n° 89, p. 4

particuliers mais sur une universalité qui n'est pas consommable ; ainsi on ne peut juridiquement étendre les règles du droit de poursuite des créanciers¹¹³¹. Cette solution est d'autant plus grave pour le nu-proprétaire qu'il est possible que par la gestion malhabile du quasi-usufruitier, la restitution en nature ou en valeur ne puisse plus avoir lieu lors du décès du quasi-usufruitier¹¹³².

392. Transition - Ainsi, l'usufruit conventionnel ou légal du conjoint, en grevant la réserve, peut obérer gravement la situation des héritiers réservataires. En effet, en tant que créanciers d'aliments, les descendants sont moins bien traités que le conjoint survivant.

Il ne paraît pas souhaitable de supprimer l'octroi de droit en usufruit au profit du conjoint car il a, autant que les descendants, droit à une subsistance. En outre, la situation la plus courante est, tout de même, celle d'un conjoint âgé dont l'usufruit grève la propriété de ses propres descendants. Toutefois, afin d'équilibrer les droits alimentaires des descendants dont la réserve est grevée de l'usufruit d'un beau-parent ou d'un parent avec lequel ils n'ont pas ou plus de lien, il apparaît nécessaire de ranimer et d'unifier les outils de protection de la nue-propriété.

C – Pour une juste protection légale des réservataires contre l'usufruit du conjoint

393. Plan - L'usufruit porte atteinte à la réserve héréditaire puisque l'enfant ou le descendant ne peut pas jouir des biens faisant l'objet de sa réserve. Il est par conséquent nécessaire d'unifier les mécanismes protégeant sa nue-propriété (1) et de permettre la conversion de l'usufruit (2).

¹¹³¹ ZÉNATI, « La nature juridique du quasi-usufruit (ou la métempsychose de la valeur », *Mélanges Catala*, éd. Litec 2001, p. 605 ; § 17.

¹¹³² NAUDIN E., *op. cit.*, p. 211, n° 460.

1 – Les garanties de l’usufruit

Il existe des garanties pour le nu-propiétaire : l’inventaire des meubles, l’état des immeubles et la caution.

394. L’inventaire des meubles et l’état des immeubles - L’usufruitier est tenu, avant son entrée en jouissance, de faire dresser en présence du nu-propiétaire un inventaire des meubles et un état des immeubles conformément à l’article 600 du Code civil. L’inventaire et l’état permettent de connaître la consistance des biens soumis à usufruit ainsi que leur état¹¹³³. On peut toutefois se passer de cet inventaire lorsque la qualité et la nature des biens sont précisées dans un inventaire de succession ou un acte de partage¹¹³⁴. En revanche, on ne peut se passer d’un état des biens immeubles. En effet, l’usufruitier doit conserver la substance du bien grevé d’usufruit tel qu’il lui a été transmis.

Lorsque l’usufruit provient d’une donation entre époux, les enfants et descendants peuvent exiger du conjoint survivant usufruitier qu’il fasse dresser inventaire des meubles, état des immeubles et qu’il fasse emploi des sommes conformément à l’article 1094-3 du Code civil. Mais dans les autres cas, lorsque l’usufruit provient de la loi¹¹³⁵ ou d’un legs, le *de cuius* peut en dispenser le conjoint survivant. Toutefois, le *de cuius* ne peut ôter au nu-propiétaire le droit de procéder à l’inventaire des meubles et à l’état des immeubles à ses frais. Ainsi la dispense n’a pour intérêt que de mettre à la charge du nu-propiétaire les frais d’état et d’inventaire¹¹³⁶. En

¹¹³³ CA Paris 15 septembre 1993 : *D.* 1994, Somm. 162, obs. ROBERT.

¹¹³⁴ BAUDRY-LACANTINERIE, *Traité théorique et pratique de droit civil*, t. VI, par CHAUVEAU : *Sirey* 1905, n° 641 ; AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, t. 2, § 229, n° 408 ; MAZEAUD H., J. et L. et CHABAS F., t. 2, 2^e vol., n° 1663 ; Cass. Req., 31 mars 1858 : *D.* 1858, 1, p. 194 ; CA Bordeaux, 2 mai 1876 : *S.* 1877, 2, p. 217 cités par TRANCHANT L., *Juris-Classeur Civil Code V° USUFRUIT – Droits et obligations de l’usufruitier – Obligations de l’usufruitier avant l’entrée en jouissance*, 2012, § 6 ; RIEG, *Rép. civ. Dalloz, V° Usufruit*, n° 287.

¹¹³⁵ Cela sera le cas lorsque le conjoint survivant aura opté pour l’usufruit universel en vertu de l’article 757-3.

¹¹³⁶ CA Agen, 22 juin 1853 : *S.* 1853, 2, p. 569 ; *DP* 1854, 2, p. 108.

présence d'héritier réservataire, si les frais ne peuvent être prélevés sur la quotité disponible, la dispense devient sans valeur¹¹³⁷.

395. La caution - L'article 601 dispose que l'usufruitier doit donner caution à condition de ne pas en être dispensé par l'acte. S'il ne peut trouver de caution, l'usufruitier peut offrir une garantie équivalente¹¹³⁸ telle une hypothèque, un gage, un nantissement de parts sociales ou encore une caution bancaire. Cette caution permet de garantir le nu-proprétaire contre les abus de jouissance de l'usufruitier, la détérioration ou la non restitution des biens soumis à usufruit.

S'il ne peut trouver caution, le nu-proprétaire peut exiger que les sommes soient placées, les intérêts devant revenir à l'usufruitier. Les immeubles, quant à eux, doivent être donnés à ferme ou mis sous séquestre¹¹³⁹. Il paraîtrait opportun d'adapter ce texte à notre époque et de considérer qu'il faille admettre tous les baux et pas uniquement les baux à ferme et d'éviter la mise sous séquestre.

Le *de cuius* peut valablement dispenser le conjoint survivant de fournir caution même si l'usufruit porte sur des biens faisant partie de la réserve¹¹⁴⁰. Toutefois, même en cas de dispense, le nu-proprétaire peut au cours de l'usufruit demander en justice de fournir une caution ou à défaut de caution, l'une des mesures

¹¹³⁷ AUBRY et RAU, *Cours de droit civil français*, t. II, § 229, texte et notes 9 à 12 ; PLANIOL M., RIPERT G., *Traité pratique de droit civil français*, t. III, n° 821 ; CA Agen, 22 juin 1853 : S. 1853, 2, p. 569 ; DP 1854, 2, p. 108 ; CA Bourges, 25 mai 1891, *Rép. gén. not.* 1891, art. 6387.

¹¹³⁸ Civ. 3 février 1897 : DP 1897.1.601 note PLANIOL M..

¹¹³⁹ Article 603 du Code civil.

¹¹⁴⁰ Il est désormais admis qu'une donation d'usufruit peut être faite avec dispense de caution, alors même qu'elle a pour objet des biens compris pour la nue-propriété dans la réserve des héritiers du donateur : voir notamment Cass. Civ., 26 août 1861 : S. 1861, 1, p. 829 ; DP 1861, 1, p. 394 ; Cass. Civ., 12 mars 1862 : S. 1862, 1, p. 413 ; DP 1862, 2, p. 128 ; Civ. 5 juillet 1876 : DP 1877.1.277 ; Cass. 1^{re} Civ., 22 juin 1964 : JurisData n° 1964-000328, *Bull. civ.* 1964, I, n° 328.

conservatoires des articles 602 et 603 s'il établit que ses intérêts sont en danger¹¹⁴¹. Les juges du fond apprécient souverainement la demande.

La dispense de caution est une clause de style que l'on retrouve dans la quasi-totalité des institutions contractuelles ou des donations entre époux. On peut le regretter car on ne peut pas appliquer les mêmes clauses à toutes les situations au vu des inconvénients de l'usufruit. Il paraît évident que les descendants d'un conjoint survivant âgé n'ont pas besoin d'une caution. Mais lorsque le conjoint survivant est relativement jeune, qu'il peut vivre encore des dizaines d'années ou encore, lorsqu'il existe un risque de dilapidation des sommes d'argent ou de dégradation des immeubles par négligence, la caution peut être un moyen de sauvegarder la réserve des descendants d'autant que l'emploi des sommes est réservé au seul cas des donations entre époux.

396. L'emploi - Le conjoint survivant peut devoir faire emploi des sommes. Toutefois, cette disposition est spécifique au conjoint survivant qui recueille un usufruit résultant d'une donation entre époux conformément à l'article 1094-3. Il ne s'applique pas au conjoint survivant recueillant un usufruit universel par l'effet de ses droits *ab intestat*.

Il est normal que le conjoint ait de larges droits mais il ne faut pas que les conséquences soient trop lourdes pour les héritiers réservataires. C'est pourquoi il paraît essentiel d'étendre les possibilités de conversion de l'usufruit.

2 – La conversion de l'usufruit en rente viagère

¹¹⁴¹ Req. 21 janvier 1845 : *DP* 1845, 1, 104 ; Req. 3 mars 1868 : *DP* 1868, 1, 155 ; Req. 8 novembre 1881, *DP* 1883, 1, 174 ; Req. 11 juillet 1888 : *DP* 1889, 1, 463 ; Req. 26 mars 1889 : *DP* 1889, 1, 463 ; Req. 22 octobre 1889 : *DP* 1890, 1, 82 ; Req. 28 octobre 1889 : *DP* 1890, 1, 67 ; Req. 19 décembre 1905 ; Req. 27 mars 1946, *D.* 1946, 240.

L'usufruit peut être converti en rente viagère dans deux cas : sur demande d'un héritier ou en sanction de l'abus de jouissance de l'usufruitier.

397. La conversion-sanction de l'abus de jouissance de l'usufruitier -

L'article 618 du Code civil permet la conversion de l'usufruit en rente viagère lorsque l'usufruitier manque à ses obligations de manière assez grave pour compromettre la substance de la chose¹¹⁴². Ainsi, la conversion exige un dépérissement de l'immeuble et pas un simple défaut d'entretien¹¹⁴³. La déchéance n'intervient jamais de plein droit. La demande doit être formée par un héritier devant le juge, lequel a la faculté, au vu de la gravité de l'abus, soit de prononcer la déchéance de l'usufruit, soit d'ordonner sa conversion en rente viagère.

Une difficulté doit toutefois être soulevée : selon certains, l'article 618 ne trouverait pas application en matière de quasi-usufruit. En effet, les règles du quasi-usufruit donnant le droit de faire disparaître la chose en la consommant, on voit mal comment il pourrait y avoir abus de jouissance¹¹⁴⁴ puisque la consommation de la chose en altère forcément la substance. Pourtant, la jurisprudence s'est prononcée dans le sens inverse en retenant l'abus de jouissance à propos d'un usufruit de sommes d'argent. En effet, la déchéance de l'usufruit est un principe général applicable à toutes les formes d'usufruit, notamment à l'usufruit des choses fongibles¹¹⁴⁵. Il est également possible pour les nus-proprétaires de se plaindre d'un abus de l'exercice de son droit de disposer par l'usufruitier permettant ainsi la déchéance de la dispense de fournir caution¹¹⁴⁶.

¹¹⁴² TERRÉ F., SIMLER P., *Les biens*, 9^{ème} éd. Dalloz, 2014, p. 754, § 848.

¹¹⁴³ CA Lyon, 25 octobre 2001 : Juris-Data n° 157381.

¹¹⁴⁴ En ce sens NAUDIN E., *op. cit.*, n° 462, p. 211 ; CASTAGNÉ S., « Maîtriser l'utilisation du quasi-usufruit, *JCP N* 1997, p. 987 ; CHAUVIN M., « Démembrement de propriété », *Dr. et Patr.* 1998, n° 62 ; MARTY G. ET RAYNAUD P., *Droit civil, Les biens*, 2^{ème} éd. Sirey, 1980, n° 85 ; TERRÉ F. et SIMLER P., *op. cit.*, p. 714, n° 792 ; VOIRIN P., note sous CA Aix-en-Provence, *JCP G* 1943, II, 2086 ; IWANESKO M., « La nécessaire protection de l'héritier nu-proprétaire face au conjoint survivant quasi-usufruitier » *JCP N* 1995, 3226, p. 171.

¹¹⁴⁵ Cass. Req. 21 janvier 1845 : DP 1845, 1, 104 ; Req. 3 mars 1868 : DP 1868, 1, 165.

¹¹⁴⁶ Cass. 11 juillet 1888 : DP 1889, 1, p. 463 ; Cass. Req., 19 décembre 1905 : S. 1906, 1, p. 188.

398. La conversion de l'usufruit sur demande d'un héritier - L'article 759 du Code civil permet à un héritier nu-propriétaire ou au conjoint survivant de demander la conversion de l'usufruit en rente viagère. Ce droit à la conversion est d'ordre public, les héritiers ne peuvent en être privés par le *de cuius*.

Toutefois, la loi ne vise que les usufruits légaux ou résultant d'un testament ou d'une donation de biens à venir. Ainsi, il faut exclure de cette faculté de conversion certains usufruits. Tout d'abord, sont exclus les usufruits résultant d'une donation entre vifs ou d'un contrat de mariage. De la même manière, ne peut pas faire l'objet d'une conversion, l'usufruit réservé par le défunt lors d'une donation de nue-propriété et dont la réversion est prévue au profit du conjoint survivant¹¹⁴⁷ ; cette réversion étant analysée comme une donation à terme de biens présents¹¹⁴⁸.

La conversion peut résulter d'un accord entre les héritiers et le conjoint survivant. A défaut d'accord, le demandeur peut s'adresser au juge, lequel n'est pas tenu de prononcer la conversion¹¹⁴⁹. Il statue en fonction des intérêts en présence et s'il accorde la conversion, il en fixe les modalités. La conversion ne peut toutefois porter sur le local à usage d'habitation du conjoint survivant et les meubles le garnissant. Cette disposition laisse à penser que la conversion peut être divisible et s'appliquer à un ou plusieurs enfants recueillant d'autres biens que le logement¹¹⁵⁰. A défaut, la conversion serait impossible en présence d'un local d'habitation. L'interdiction de convertir l'usufruit portant sur le local d'habitation sans l'accord du conjoint est dommageable. Même si on comprend bien la nécessité de permettre au conjoint de conserver son cadre de vie, les dangers inhérents à l'usufruit sont toujours présents. Il paraît nécessaire de permettre au juge d'imposer la conversion au conjoint

¹¹⁴⁷ LAUTER B., « La conversion de l'usufruit du conjoint survivant – Esquisse d'un mécanisme juridique moderne » *JCP N* 2012, 1211 ; LEVILLAIN N., « Conversion de l'usufruit du conjoint survivant : un outil pour sortir d'un démembrement non souhaité » *JCP N* 2011, 1104.

¹¹⁴⁸ Cass. Ch. Mixte, 8 juin 2007 : JurisData n° 2007-039196.

¹¹⁴⁹ CA Paris, 16 novembre 2011 : JurisData n° 2011-025456.

¹¹⁵⁰ De cet avis : CATALA P., *JCL Civil Code V° SUCCESSIONS*. – *Droits du conjoint successible – Nature. Montant. Exercice*, 2007, § 56.

survivant s'il estime que la situation l'exige, lorsque le conjoint est très jeune par exemple ou s'il n'y a pas d'entente entre les descendants et le conjoint.

Toutefois, la conversion peut, par elle-même, poser des problèmes. En effet, la loi exige que la rente viagère soit équivalente aux revenus produits par l'usufruit successoral ce qui signifie égale aux revenus nets produits par le bien. L'article 760 impose également que la rente viagère soit indexée afin de conserver l'équivalence initiale. Ainsi, le conjoint survivant est protégé des variations monétaires. Enfin, afin de garantir le paiement de la rente, les héritiers sont tenus d'offrir des garanties suffisantes. Ainsi, on peut affirmer que la conversion en rente viagère est extrêmement défavorable aux héritiers. Lorsque le conjoint est jeune, le mode de calcul de la rente viagère peut priver les héritiers de leur réserve. En effet, cela équivaut à un calcul économique de l'usufruit, lequel est extrêmement favorable à l'usufruitier¹¹⁵¹. Il paraît par conséquent nécessaire de limiter la conversion de l'usufruit.

3 – La conversion de l'usufruit en capital

399. Proposition d'extension de la conversion de l'usufruit en capital - Contrairement à la conversion en rente viagère, la conversion de l'usufruit en capital, prévue à l'article 761 du Code civil, nécessite un accord, entre les héritiers et le conjoint survivant, sur le principe de la conversion et son montant. La conversion ne peut en aucun cas être imposée à l'une des parties¹¹⁵². En outre, l'article 917, permettant l'exécution d'une libéralité en usufruit excédant la quotité disponible en abandonnant la pleine propriété

¹¹⁵¹ Un calcul effectué sur un simulateur d'usufruit économique donne le résultat suivant : si le bien vaut 300 000 euros, si les loyers annuels sont de 15 000 euros (soit une rentabilité de 5%) avec une revalorisation annuelle des loyers et de l'immeuble de 1% par an, l'usufruit vaudra 247 316 euros et la nue-propriété économique vaudra 52 684 euros.

Calcul effectué sur le site <http://www.leblogpatrimoine.com/simulateurs/calcul-usufruit-economique-calculez-la-valeur-reelle-de-lusufruit-et-de-la-nue-propriete.html>

¹¹⁵² Cass. 1^{re} Civ., 6 juin 1990 : Juris-Data n° 1990-702162; *Bull. civ.* 1990, I, n° 146 ; *JCP G* 1991, II, 21686, obs. PILLEBOUT J.-F. ; *Defrénois* 1991, I, p. 220, obs. SAVATIER R.

de cette dernière ne s'applique pas au conjoint survivant puisque celui-ci bénéficie d'une quotité spéciale en usufruit de la totalité de la succession¹¹⁵³.

Pourtant, la conversion de l'usufruit en capital pourrait être une solution efficace et protectrice des intérêts de l'usufruitier et des nus-propriétaires. En cas de désaccord entre ceux-ci, cette conversion permettrait de liquider l'usufruit et d'éviter la poursuite de relations difficiles. Le juge devrait avoir la faculté d'imposer cette conversion sur demande d'une des parties. Le juge statuerait *in concreto* en fonction de l'âge et de l'état de santé du conjoint et des héritiers et des relations les liant. Cette demande pourrait être faite jusqu'au partage définitif mais pas au-delà.

400. Conclusion de section – Nous avons démontré que la réserve restait une créance dans la succession. En effet, malgré la généralisation de la réduction en valeur et la perte du droit d'exercer l'action en réduction par voie d'exception, il est toujours nécessaire au réservataire de se porter héritier pour obtenir sa réserve et ainsi d'être tenu aux dettes. En outre, l'action en réduction et la protection de la réserve restent étroitement liées aux biens puisque les règles du droit des successions font appel à la technique des dettes de valeur.

Toutefois, la réserve ne remplit pas son rôle vis à vis des descendants lorsque le conjoint survivant bénéficie d'un usufruit universel. Les garanties prévues par le Code civil ne permettent pas de pallier cette situation puisqu'elles ne s'appliquent pas à tous les usufruits ou peuvent être écartées par le défunt. Il en est de même des facultés de conversion alors que la conversion en capital pourrait être l'instrument permettant d'allier subsistance des descendants et du conjoint survivant d'autant que les descendants doivent, en outre, composer avec l'apparition de droits concurrents de la réserve.

¹¹⁵³ PATARIN J. , Juris-classeur Civil Code, V° DONATIONS ET TESTAMENTS . – Donations entre époux . – Quotité disponible entre époux . – Modalités d'exécution et réduction de la libéralité, 2002, § 3.

Section II – L'apparition de droits concurrents qui complètent ou se substituent à la réserve

401. Plan - La réserve n'est plus le seul mécanisme permettant de fournir des aliments après le décès. Depuis la loi du 3 décembre 2001, des mécanismes concurrents ont été créés permettant de maintenir le cadre de vie du conjoint (§ I) et de lui conserver une subsistance (§ II). Les père et mère, quant à eux, bénéficient désormais d'un droit de retour (§ III).

§ I – Des droits concurrents pour maintenir le cadre de vie du conjoint survivant

402. Plan - Le conjoint survivant a une place particulière dans l'ordre successoral. C'est le seul héritier *ab intestat* choisi et non subi¹¹⁵⁴. Toutefois, ses droits ne sont pas réduits aux droits successoraux puisqu'il bénéficie, dans la plupart des cas, du partage de la communauté. Pour cette raison, les rédacteurs du Code civil considéraient à l'origine que le surplus devait revenir à la famille par le sang et ont écarté le conjoint survivant de la succession *ab intestat* au motif que le partage de communauté était suffisant pour assurer sa subsistance¹¹⁵⁵. La veuve commune en biens bénéficiait cependant d'un droit au logement et nourriture ainsi que du paiement des frais de deuil d'une durée de trois mois et quarante jours, appelés gains de survie¹¹⁵⁶. La loi du 13 juillet 1965 a étendu ces gains de survie aux neuf mois

¹¹⁵⁴ Même si cette affirmation doit être nuancée puisque depuis la loi du 23 juin 2006, le conjoint survivant est réservataire en l'absence de descendant.

¹¹⁵⁵ POUDEIROUX S., « Réflexions sur les gains de survie légaux », *JCP N* 1993, 100507.

¹¹⁵⁶ Article 1465 du Code civil de 1804 : « *La veuve, soit qu'elle accepte, soit qu'elle renonce, a droit, pendant les trois mois et quarante jours qui lui sont accordés pour faire inventaire et délibérer, de prendre sa nourriture et celle de ses domestiques sur les provisions existantes, et, à défaut, par emprunt au compte de la masse commune, à la charge d'en user modérément. Elle ne doit aucun loyer à raison de l'habitation qu'elle a pu faire, pendant ces délais, dans une maison dépendante de la communauté ou appartenant aux héritiers du mari : et si la maison qu'habitaient les époux à l'époque de la dissolution de la communauté, était tenue par eux à titre de loyer, la femme ne contribuera point, pendant les mêmes délais au paiement dudit loyer, lequel sera pris sur la masse.* »

suivant le décès et les a bilatéralisés en permettant au mari d'en bénéficier¹¹⁵⁷ sans toutefois l'étendre aux époux séparés de biens. Ces gains de survie, aussi appelés préciput légal, devaient permettre au conjoint d'effectuer sereinement les démarches nécessaires au règlement de la succession du défunt en paralysant les revendications des héritiers¹¹⁵⁸. Ils étaient qualifiés de droits personnels contre la succession ou encore de droit de créance temporaire et personnel. Toutefois, il ne s'agissait pas du prolongement du devoir de secours entre époux puisqu'ils n'étaient pas subordonnés à la bonne ou mauvaise fortune du conjoint survivant. Les débiteurs de ce préciput légal étaient tenus d'une obligation de ne pas faire puisqu'ils ne pouvaient obliger le conjoint à quitter son logement¹¹⁵⁹.

Lors des discussions précédant l'adoption de la loi du 3 décembre 2001, un conflit surgit entre l'Assemblée nationale et la Chancellerie d'une part, et le Sénat et l'Université d'autre part. Les premières souhaitaient faire reposer le droit successoral sur l'amour des époux et le devoir réel d'affection et donner la priorité à la liberté testamentaire, comme dans les pays de *common law*. Les seconds, en revanche, s'appuyaient sur le devoir moral d'affection sur lequel est basé notre droit successoral. Ils étaient opposés à l'octroi d'un droit successoral à titre universel comme une part de réserve, un droit à titre particulier permettant de conserver le cadre de vie de l'époux était plus adapté¹¹⁶⁰. Le législateur trancha finalement pour la logique de l'affection¹¹⁶¹ en introduisant dans le Code civil le droit temporaire au logement (A) et le droit viager au logement (B) et en supprimant les gains de survie.

¹¹⁵⁷ Article 1481 du Code civil dans sa rédaction issue de la loi du 13 juillet 1965 : « *Si la communauté est dissoute par la mort de l'un des époux, le survivant a droit, pendant les neuf mois qui suivent, à la nourriture et au logement, ainsi qu'aux frais de deuil, le tout à la charge de la communauté, en ayant égard tant aux facultés de celle-ci qu'à la situation du ménage. Ce droit du survivant est exclusivement attaché à sa personne.* »

¹¹⁵⁸ POUDEIROUX S., « Réflexions sur les gains de survie légaux », *JCP N* 1993, 100507.

¹¹⁵⁹ POUDEIROUX S., « Réflexions sur les gains de survie légaux », *JCP N* 1993, 100507.

¹¹⁶⁰ CATALA P., *Juris-Classeur Civil Code V° Des droits du conjoint successible – Des droits au logement*, 2007, § 40.

¹¹⁶⁰ LEVILLAIN N., « Le droit au logement temporaire du conjoint survivant », *JCP N* 2002, 1440.

¹¹⁶¹ VIDALIES A. ET HYEST J.-J., *Rapport Com. Mixte Paritaire n° 3382 et 67*, p 8.

A - Le droit temporaire au logement

403. Plan – Le droit temporaire au logement a été créé par la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001¹¹⁶². Ce droit est hérité des gains de survie puisque ce temps est destiné à permettre au conjoint de s'organiser afin de ne pas devoir quitter son logement dès le décès de son conjoint. Le titulaire et l'objet du droit au logement temporaire doivent être précisés (1) tout comme sa mise en œuvre (2).

1 – Titulaire et objet du droit temporaire au logement

404. Titulaire - Le titulaire du droit temporaire au logement est le conjoint successible conformément à l'article 732 du Code civil¹¹⁶³. Ce droit n'est pas un droit de nature successorale mais est un effet direct du mariage¹¹⁶⁴. Il en résulte que le conjoint successible n'a pas à être apte à succéder pour bénéficier du droit temporaire au logement. Il peut être renonçant, avoir été exhérédié par son conjoint¹¹⁶⁵ voire même être indigne de succéder¹¹⁶⁶.

405. Objet du droit temporaire au logement – Le droit temporaire au logement porte sur le logement que le conjoint successible occupait effectivement à l'époque du décès comme habitation principale¹¹⁶⁷. Cette

¹¹⁶² Abrogeant par la même occasion l'article 1481 du Code civil.

¹¹⁶³ Il s'agit du conjoint survivant non divorcé.

¹¹⁶⁴ L'article 763 alinéa 3 dispose en effet que « *Les droits prévus au présent article sont réputés effets directs du mariage et non droits successoraux.* »

¹¹⁶⁵ En ce sens, CATALA P., *Juris-Classeur Civil Code, V° Des droits du conjoint successible – Des droits au logement*, 2007, § 18.

¹¹⁶⁶ TERRÉ F., LEQUETTE Y., SIMLER P., *op. cit.*, p. 194, § 187.

¹¹⁶⁷ TERRÉ F., LEQUETTE Y., SIMLER P., *op. cit.*, p. 195, § 187.

notion doit être distinguée du logement familial car l'habitation suppose une occupation de fait. Le caractère effectif de l'habitation est laissé à l'appréciation souveraine des juges du fond. Ainsi, si les époux sont séparés de fait, le droit temporaire au logement portera sur le logement occupé par le conjoint survivant. Lorsque les époux résident une partie de l'année dans une résidence secondaire, le juge devra rechercher dans quel logement les époux passaient le plus de temps¹¹⁶⁸.

Ce logement doit dépendre pour tout ou partie de la succession¹¹⁶⁹. Ainsi, ce logement peut être la propriété exclusive du *de cuius* ou bien encore la propriété commune ou indivise des deux époux. Il peut également être indivis entre le *de cuius* et un tiers. La loi prévoit toutes les situations afin que le droit au logement temporaire s'applique largement. Toutefois, si *de cuius* a fait donation de la nue-propriété du logement lui appartenant sans prévoir la réversibilité de l'usufruit réservé sur la tête de son conjoint, le droit temporaire au logement ne pourra pas s'appliquer faute de logement dépendant de la succession¹¹⁷⁰.

406. Logement en location ou en indivision - Lorsque le logement appartient pour partie indivise à un tiers, la succession devra rembourser l'indemnité d'occupation durant une année¹¹⁷¹.

Il en est de même lorsque le logement est assuré au moyen d'un bail à loyer dont la contrepartie est versée en argent. Toutefois, il doit s'agir d'un bail d'habitation ce qui exclut les logements de fonction¹¹⁷².

¹¹⁶⁸ LEVILLAIN N., « Le droit au logement temporaire du conjoint survivant », *JCP N* 2002, 1440.

¹¹⁶⁹ La loi du 3 décembre 2001 prévoyait que le logement devait appartenir aux époux ou dépendre totalement de la succession. La loi du 23 juin 2006 a étendu le droit temporaire au logement à l'habitation dépendant pour partie de la succession.

¹¹⁷⁰ Cette hypothèse n'est pas un cas d'école puisqu'un époux a pu donner la nue-propriété de l'immeuble à ses enfants issus d'un premier mariage en se réservant l'usufruit de son logement, puis contracter un nouveau mariage par la suite.

¹¹⁷¹ Cette possibilité a été rajoutée par la loi du 23 juin 2006.

407. Logement détenu par une société – Lorsque le logement est détenu par une société familiale, la personnalité morale fait écran entre la succession et le logement. Le droit au logement ne peut donc trouver application¹¹⁷³. Cette solution est regrettable, le droit au logement temporaire doit s'appliquer dans tous les cas.

Toutefois, un arrêt récent¹¹⁷⁴ permet de s'interroger sur cette question : dans cette espèce, deux époux mariés sous le régime légal avaient créé avec leurs deux enfants une société civile immobilière détenant le domicile du couple. A la suite du divorce, le mari a réclamé l'attribution préférentielle des parts de la société sur le fondement de l'article 1476 renvoyant à l'article 831 permettant à l'indivisaire de demander l'attribution préférentielle de tous droits sociaux d'une entreprise à laquelle il participe. Alors que la Cour d'appel avait accueilli sa demande, la Cour de cassation censure cette décision, au visa des articles 831 et 831-2 au motif que les juges du fond auraient dû rechercher si cette attribution préférentielle entraînait la dévolution exclusive au mari de la pleine propriété du logement du couple. Ainsi, le visa de l'article 831-2, prévoyant l'attribution préférentielle du logement familial, laisse à penser que la Cour de cassation accepterait l'attribution préférentielle du logement familial détenu par une société civile. Toutefois, elle pose deux conditions. Il faut tout d'abord que la société n'ait que les époux comme associés. Ensuite, la société civile ne doit rien détenir d'autre que le logement.

Ainsi, si on transpose cette solution, on peut penser que la Cour de cassation pourrait appliquer le droit temporaire au logement lorsque le logement familial est détenu par une société civile immobilière à condition que seuls les époux soient associés et que

¹¹⁷² Il s'agit du bail d'habitation, des baux mixtes professionnel et d'habitation, baux commerciaux lorsque les lieux loués comprennent une habitation et baux à ferme. Sont exclus les logements de fonction qui sont attachés à la fonction du *de cuius*, ainsi que les baux à nourriture et les baux à métayage.

¹¹⁷³ Une réponse ministérielle refuse le droit au logement temporaire lorsque le logement est détenu au travers d'une personne morale : *Rép. Min.* n° 39324 : *JO AN* 25 janvier 2005, p. 816.

Contra : FERRÉ-ANDRÉ S., « Des droits supplétifs et impératifs du conjoint survivant dans la loi du 3 décembre 2001 », *Defrénois* 2002, p. 863 ; CATALA P., Fasc. 20, *Juris-Classeur V° Des droits du conjoint successible – Des droits au logement*, 2007, § 21.

la société ne détienne pas d'autre bien. Toutefois, dans le doute, il paraît nécessaire de modifier le texte en ce sens.

408. Montant du remboursement du loyer - La doctrine est partagée sur le montant du remboursement du loyer. Tout d'abord, les partisans d'une conception extensive proposent de prendre en charge, non seulement le loyer, mais également tous les frais afférents au logement tels que les charges locatives et même la taxe d'habitation¹¹⁷⁵ rapprochant ainsi le droit temporaire au logement des gains de survie. D'autres auteurs sont d'avis de ne rembourser que le loyer augmenté des charges au motif que celles-ci constituent l'accessoire du loyer. L'accessoire suivant le principal, elles doivent également être remboursées au titre du droit temporaire au logement¹¹⁷⁶. Toutefois, le texte ne vise que « *le loyer* » ce qui laisse à penser que la lettre de la loi ne vise que le seul loyer hors charges. Pourtant la définition des charges peut amener à privilégier la solution inverse. En effet, les charges correspondent aux services rendus à l'usage des éléments de la chose louée ou aux dépenses d'entretien courant sur les éléments d'usage commun de la chose louée ou encore aux impositions qui correspondent à des services dont le locataire profite directement¹¹⁷⁷. Ainsi, les charges profitent au logement loué. Il paraît difficile de circonscrire le droit temporaire au logement au seul local loué alors que les services rendus par les charges peuvent être indispensables à l'utilisation du logement. On peut penser à l'entretien d'un ascenseur commun, indispensable pour atteindre le

¹¹⁷⁴ Cass. 1^{re} Civ., 24 octobre 2012, n° 11-20-075 : *Revue des Sociétés* mars 2013, p. 167, note NAUDIN E.

¹¹⁷⁵ Dans le sens de la doctrine extensive : CATALA P., *Juris-Classeur Civil Code V° Des droits du conjoint survivant – Des droits au logement*, 2007, § 23 ; BRÉMOND V., « Les droits locatifs du conjoint survivant après la loi du 3 décembre 2001 », *LPA* 2002, n° 151, p. 4 ; SAUVAGE F., « Le logement de la veuve », *Dr. et patrimoine*, janv. 2003, p. 35.

Contra : LEVILLAIN N., « Le droit au logement temporaire du conjoint survivant », *JCP N* 2002, 1440 ; Garde des sceaux, Rép. Morange : *JO AN* 11/1/2005, n° 42589, p. 373 ; RENAUD B., « Droits du conjoint survivant : conséquences pratiques pour le notariat de la loi du 3 décembre 2001 », *AJ Famille* 2002, p. 54.

¹¹⁷⁶ BRÉMOND V., « Les droits locatifs du conjoint survivant après la loi du 3 décembre 2001 », *LPA* 2002, n° 151, p. 4.

¹¹⁷⁷ Article 23 de la loi du 6 juillet 1989.

logement. Ces éléments participent au cadre de vie du conjoint et doivent être intégrés dans le remboursement des loyers au titre du droit temporaire au logement. En revanche, il est possible de s'interroger sur les charges de fourniture d'eau ou de chauffage. Par souci de simplicité, il paraît plus adéquat d'inclure dans le remboursement du loyer toutes les charges afférentes au logement même si cela crée une différence entre l'époux dont les charges comprennent l'eau et le chauffage et celui qui les paie directement au fournisseur.

En revanche, les impôts et taxes afférents au bien doivent être exclus du remboursement. En effet, le droit temporaire au logement a pour but de permettre au conjoint de préparer sereinement les changements qu'induisent le décès de son époux. Pour cela, il doit pouvoir rester dans son logement gratuitement une année. Mais il est excessif de l'héberger de manière gratuite en le dispensant du paiement des impôts afférents au bien.

409. Insolvabilité de la succession - Le conjoint survivant reste tenu du paiement des loyers en raison de la titularité du bail.

Lorsque la succession se révèle insolvable, le conjoint survivant peut-il poursuivre personnellement les héritiers ou légataires ayant accepté simplement la succession ? Le droit temporaire au logement est un effet direct du mariage et en conséquence une charge de la succession qui vient au passif. Toutefois, la doctrine majoritaire limite cette charge aux forces de la succession et exclut une obligation *ultra vires* des héritiers en raisonnant par analogie avec le droit à pension du conjoint¹¹⁷⁸. Pourtant cette opinion nous paraît en contradiction avec l'esprit de la loi. En effet, le but de celle-ci est que le conjoint vive sereinement cette période de deuil. Si les forces de la succession ne permettent pas de rembourser le conjoint de la valeur des loyers ou de l'indemnité d'occupation, celui-ci peut être tenu de quitter son logement. On peut également arguer que les sommes en jeu entre le droit temporaire au logement et le droit à pension ne sont pas comparables puisque dans un cas, on parle d'une année de

¹¹⁷⁸ En ce sens, CATALA P., *Juris-Classeur Civil Code V° Des droits du conjoint successible – Des droits au logement*, 2007, § 23 ; FORGEARD M.-C., *Juris-Classeur Liquidation-Partage, V° PARTAGE DE SUCCESSION – Masse passive. Composition – Dettes et charges de la succession – Dettes nées du fonctionnement de l'indivision*, 2012, § 47.

loyer ou d'indemnité d'occupation tandis que dans l'autre, il s'agit de payer une pension viagère durant de longues années. Ainsi, il faudrait considérer que les héritiers sont tenus *ultra vires* du paiement du droit temporaire au logement.

Lorsque le conjoint survivant est cohéritier, il contribue au paiement de cette charge au *pro rata* de sa part héréditaire. Il peut se faire rembourser sur les biens indivis dans l'année qui suit le décès. Cette disposition déroge au droit commun puisque les comptes entre coïndivisaires ne se font qu'au partage conformément à l'article 825 du Code civil. Toutefois, cette créance est due au conjoint survivant en tant que conjoint et pas en tant que coïndivisaire. Ainsi, il paraît cohérent qu'il puisse se faire rembourser avant le partage.

410. Droit de jouissance sur le mobilier - Le conjoint successible bénéficie également d'un droit de jouissance sur le mobilier garnissant le logement à la condition que le mobilier soit compris dans la succession. On entend par « mobilier » les meubles meublants définis aux articles 534 et 215 du Code civil, soit les meubles destinés à l'usage et l'ornement.

Etrangement, l'article 763 ne prévoit la jouissance du mobilier que dans l'alinéa premier qui vise le cas du logement en propriété. L'alinéa 2 disposant du droit temporaire au logement en cas de bail à loyer ou de logement appartenant pour partie indivise au défunt ne reprend pas la jouissance du mobilier. On peut penser qu'il s'agit d'une lacune du législateur. En effet, rien n'indique dans les travaux préparatoires que celui-ci ait voulu priver le conjoint survivant bénéficiant du remboursement des loyers ou de l'indemnité d'occupation au titre du droit temporaire au logement, du droit de jouissance du mobilier¹¹⁷⁹.

De quelle manière va-t-on mettre en œuvre le droit au logement ?

¹¹⁷⁹ Toutefois, cette opinion n'est pas partagée par tous les auteurs : Cf. BRÉMOND V., « Les droits locatifs du conjoint survivant après la loi du 3 décembre 2001 », *LPA* 2002, n° 151, p. 4.

2 – La mise en œuvre du droit temporaire au logement

411. Exercice - Le droit temporaire au logement s'exerce durant l'année suivant le décès. Ce délai est préfix et ne peut être ni suspendu, ni interrompu.

412. Effet – Le droit temporaire au logement prend effet de plein droit au décès du conjoint puisqu'il s'agit d'un effet du mariage. Le conjoint survivant n'a aucune formalité à accomplir pour en bénéficier, le maintien dans les lieux suffit à caractériser sa volonté. Toutefois, lorsque le logement est assuré au moyen d'un bail à loyer ou lorsque le logement était pour partie indivise au *de cujus*, le conjoint survivant devra faire la demande expresse de remboursement des loyers ou de l'indemnité d'occupation à la succession.

Le droit temporaire au logement est une charge de la succession¹¹⁸⁰ à inscrire au passif¹¹⁸¹.

Le droit temporaire au logement est d'ordre public. Il s'impose aux cohéritiers indivisaires, à l'héritier attributaire du logement à la suite d'un partage ayant eu lieu dans l'année du décès ainsi qu'au légataire du logement¹¹⁸². En effet, le droit au logement est une obligation *propter rem* pesant sur la propriété du logement.

Le conjoint survivant est également titulaire d'un droit viager au logement.

¹¹⁸⁰ Soit une dette qui n'incombait pas au défunt, due à raison du décès : MALAURIE P., BRENNER C., *op. cit.*, § 221.

¹¹⁸¹ Certains auteurs y voient un prolongement du statut du logement familial prévu par l'article 215 du Code civil. Ce serait également une sorte de droit d'usage et d'habitation temporaire d'origine légale qui devrait être inscrit à la publicité foncière. Cf. PIEDELIÈVRE S., « Réflexions sur la réforme des successions », *Gaz. Pal.* 2002, n° 96, p. 2.

¹¹⁸² En ce sens, BEIGNIER B., « La loi du 3 décembre 2001 : achèvement du statut du logement familial », *Dr. fam.* 2002, chr. 5 ; CATALA P., *Juris-Classeur Civil Code V° Des droits du conjoint successible – Des droits au logement*, 2007, § 19 ; GRIMALDI, M., « Droits du conjoint survivant : brève analyse d'une loi transactionnelle », *AJ Famille* 2002, p. 48 ; FERRÉ-ANDRÉ S., « Des droits supplétifs et impératifs du conjoint survivant dans la loi du 3 décembre 2001 », *Defrénois* 2002, p. 863.

B – Le droit viager au logement

413. Plan - Le droit viager au logement crée un droit d'usage et d'habitation au profit du conjoint survivant et un droit d'usage sur le mobilier destiné à conserver son cadre de vie jusqu'à son décès. Ces droits participent à la subsistance du conjoint en lui permettant de se maintenir dans son logement et en en conservant le mobilier. Il s'agit d'examiner qui en est titulaire et son objet (1), quelle est leur nature (2), comment mettre ces droits en œuvre (3) puis de se demander si on peut en priver le conjoint (4).

1 – Titulaire et objet du droit

414. Titulaire - À la différence du droit temporaire au logement, le droit viager au logement suppose la qualité de conjoint successible au sens de l'article 732 du Code civil. Ainsi, ce dernier doit être non divorcé et apte à succéder pour pouvoir en bénéficier.

415. Objet – L'objet du droit viager au logement est identique à celui du droit temporaire au logement¹¹⁸³. Ainsi, le logement doit appartenir aux époux ou dépendre totalement de la succession¹¹⁸⁴. En revanche, si le logement appartient pour partie indivise à un tiers, le droit viager au logement ne peut s'appliquer. Il en est de même si le logement n'appartient au *de cuius* que pour la nue-propriété. Lorsque le *de cuius* a obtenu le logement par suite d'une libéralité, celle-ci peut comporter une clause résolutoire comme par exemple, un droit de retour conventionnel. Le droit de retour conventionnel est une clause de style dans les donations et donations-partages notariées lesquelles prévoient en règle générale que ce droit s'exercera en cas de prédécès du donataire sans descendant. Ce droit de

¹¹⁸³ A cet effet, nous renvoyons à nos développements, *infra* n° 326.

¹¹⁸⁴ Conformément à l'article 763 du Code civil.

retour conventionnel est une condition résolutoire qui opère automatiquement lors du décès du donataire. Le bien donné retourne dans le patrimoine du donateur. Ainsi, si le bien donné constituait le logement du conjoint survivant, il ne pourra pas bénéficier du droit viager au logement, faute de logement dépendant de la succession.

Lorsque le logement est la propriété d'une société appartenant aux époux, le droit viager au logement trouve-t-il application ? La doctrine est divisée sur la question. La lettre de la loi impose que le logement appartienne aux époux ou dépende totalement de la succession. Or la personnalité morale de la société fait écran conduisant certains auteurs à considérer que le droit viager au logement ne peut pas s'appliquer dans ce cas d'espèce¹¹⁸⁵. On peut arguer, en effet, que contrairement à l'article 215 du Code civil qui protège plus largement « *tous les droits* » par lesquels est assuré le logement familial, les articles 763 et 764 visent plus spécifiquement le logement¹¹⁸⁶. En conséquence, le droit viager d'habitation ne peut pas s'appliquer lorsque le logement est détenu au travers d'une société, même si les deux époux sont les seuls associés, ce qui paraît regrettable. En effet, la détention de la résidence principale au travers d'une société civile est dans la plupart des cas un choix d'optimisation fiscale. Il paraît, par conséquent, difficile de priver ces époux du droit viager au logement.

Lorsque le conjoint successible occupe à titre d'habitation principale, un logement faisant l'objet d'un bail à loyer, il ne peut pas bénéficier du droit viager au logement¹¹⁸⁷. Toutefois, il conserve un droit d'usage sur le mobilier.

¹¹⁸⁵ GARCON, « Le droit au logement du conjoint survivant en cas de détention indirecte de la résidence principale », *JCP N* 2002, 1402 ; SAUVAGE F., « Le logement de la veuve », *Dr. et patrimoine*, janv. 2003, p. 34 ; GRIMALDI M., « Le sort du logement après le décès », *Gaz. Pal.* 2007, n° 263, p. 1 ; HERBAUT A. et MORIOU C., « La relative amélioration du droit au logement du conjoint survivant », *Gaz. Pal.* 2003, n° 158, p. 13.

¹¹⁸⁶ En ce sens : GARCON, « Le droit au logement du conjoint survivant en cas de détention indirecte de la résidence principale », *JCP N* 2002, 1402.

¹¹⁸⁷ Toutefois, il pourra bénéficier de l'acquisition d'un droit exclusif sur le bail s'il en était co-titulaire conformément à l'article 1751 du Code civil. A défaut de co-titularité, si le local n'était pas la résidence effective des deux époux ou s'il s'agissait d'un bail mixte, le conjoint se verra transférer le bail conformément à l'article 14 de la loi du 6 juillet 1989.

416. Droit d'usage sur le mobilier – Le conjoint survivant bénéficiaire du droit viager au logement et le conjoint successible dont le logement est assuré au moyen d'un bail à loyer bénéficient d'un droit d'usage sur le mobilier garnissant le logement. Ce droit d'usage est un droit réel qui doit être distingué du droit de jouissance sur le mobilier prévu au titre du droit temporaire au logement. Si l'on s'en tient à la lettre des articles 764 et 765-2, le conjoint ne bénéficiant pas d'un droit viager au logement ou dont le logement n'était pas assuré par un bail à loyer à l'époque du décès, ne devrait pas bénéficier du droit d'usage sur le mobilier. Cela paraît très dommageable. En effet, le mobilier participe du cadre de vie et il paraît difficilement compréhensible qu'un conjoint devant quitter le logement familial ne puisse pas recréer son cadre de vie dans un nouveau logement. On peut penser qu'il s'agit d'une carence du législateur qui devrait être corrigée¹¹⁸⁸.

Qu'en est-il de la nature du droit viager au logement ?

2 – Nature du droit viager au logement

417. Qualification du droit viager au logement - Le droit viager au logement est un droit réel d'usage et d'habitation¹¹⁸⁹ selon la loi du 3 décembre 2001, laquelle dispose expressément que « *ces droits d'usage et d'habitation s'exercent conformément aux articles 627, 631, 634 et 635.* »¹¹⁹⁰

Le droit d'usage et d'habitation, contrairement au droit d'usufruit, a une vocation alimentaire. Il comprend le *jus utendi*, soit le droit d'user le bien dans la limite de ses

¹¹⁸⁸ En ce sens également : LEVILLAIN N., « Le droit viager au logement du conjoint survivant », *JCP N* 2003, 1043.

¹¹⁸⁹ Tandis que le droit temporaire au logement n'est qu'un droit de jouissance qui ne peut recevoir la qualification de droit réel.

besoins et ceux de sa famille¹¹⁹¹ ainsi que le *jus fruendi* soit le droit de percevoir les fruits dans la même limite. Ainsi, le titulaire d'un droit d'usage et d'habitation sur une terre agricole aura le droit de prélever sur la récolte ce qui est nécessaire à sa consommation personnelle et à celle de sa famille¹¹⁹². Si le bien produit des fruits au delà de ses besoins, il ne peut les vendre pour en tirer un revenu¹¹⁹³. Si la maison comporte plus de pièces que nécessaire, le titulaire du droit d'usage et d'habitation n'a pas le droit de l'habiter toute entière. On ne connaît qu'un arrêt d'instance sur le sujet qui a jugé qu'une personne seule n'avait droit qu'à deux pièces principales, une cuisine, une salle de bains et des locaux annexes¹¹⁹⁴. Cela signifierait que le conjoint survivant ne bénéficierait pas du droit viager sur toute l'habitation mais uniquement sur les pièces dont il aurait besoin. Le reste de la maison devrait être mis à disposition des héritiers du *de cujus*.

Cependant, l'article 764 précise que le conjoint survivant a « *sur ce logement* » un droit d'usage et d'habitation viager et il ne renvoie pas à l'article 633 qui limite le droit d'habitation à ce qui est nécessaire pour l'habitation de son bénéficiaire et de sa famille. On peut penser que le législateur a aménagé cette règle pour étendre le droit d'usage et d'habitation viager à la totalité du logement. Toutefois, il ne peut s'étendre aux dépendances et à ce qui excède le logement.

¹¹⁹⁰ En ce sens, CATALA P., *Juris-Classeur Civil Code V° Des droits du conjoint successible – Des droits au logement*, 2007, § 38 ; BEIGNIER B., *Libéralités et successions*, Montchrestien – Lextenso Editions, 2010, § 513.

¹¹⁹¹ Civ., 15 février 1926, *DP* 1927, 1, 8.

¹¹⁹² Conformément à l'article 630 du Code civil : PAYS B., « Du droit d'usage et d'habitation au droit au logement » *AJDI* 2002, p. 745.

¹¹⁹³ TERRÉ F., SIMLER P., *Les biens*, 9^e éd. Dalloz, p. 762, § 861 ; LARROUMET C., *Droit civil – Les biens – Droits réels principaux*, Tome II, 5^e éd. Economica, 2006, § 775.

¹¹⁹⁴ T. Civ. Albi, 9 juillet 1949, *Gaz. Pal.* 1949, 2, 206 : a jugé qu'une personne vivant seule a droit à deux pièces principales, une cuisine, une salle de bains et des locaux annexes. Un arrêt de la Cour de cassation (Civ. 3^e, 12 juin 1991, *Bull. civ.* III, n° 173, *D.* 1991, IR 192, *JCP N* 1991, II, 304, note PILLEBOUT J.-F., *Deffrénois* 1991, art. 35097, p. 104, obs. SOULEAU) refuse au titulaire du droit d'usage et d'habitation d'exploiter le domaine entourant le logement.

Le titulaire d'un droit d'usage et d'habitation a le droit de se loger ainsi que sa famille¹¹⁹⁵, mais ne peut héberger un étranger sans commettre une faute¹¹⁹⁶. On peut dès lors s'interroger sur la possibilité pour le conjoint survivant de loger son nouveau concubin. Cela ne peut être possible sans risquer la déchéance car étant étranger à la famille, le nouveau concubin ne peut vivre dans le logement familial faisant l'objet du droit viager au logement¹¹⁹⁷.

Le droit d'usage et d'habitation ne peut être ni cédé, ni loué en raison de son caractère personnel. La loi ne prévoit pas la conversion du droit d'usage et d'habitation en rente viagère. Toutefois, les tribunaux admettent des exceptions à ce principe lorsque des circonstances graves, dues notamment à l'âge et la maladie du titulaire, rendent impossibles l'exercice du droit en substituant une rente au droit d'usage et d'habitation¹¹⁹⁸. Il semblerait que le droit viager au logement du conjoint survivant s'inspire de cette solution jurisprudentielle¹¹⁹⁹.

¹¹⁹⁵ Conformément à l'article 632 du Code civil. La famille s'entend des parents habitant avec le titulaire du droit d'usage et d'habitation. Il faut entendre famille au sens strict. Ainsi, la soeur du bénéficiaire du droit ne peut s'installer dans les lieux : Civ. 3^{ème}, 14 novembre 2007 : *Bull. civ.* III, n° 211 ; *D.* 2007, *AJ* 3067 ; *AJDI* 2008. 419, obs. ZALEWSKI V. ; *Dr. et proc.* 2008. 77, note SCHÜTZ R.-N. ; *Dr. et patr.*, juill.-août 2008, p. 92, obs. SEUBE J.-B. et REVET T. ; *RTD civ.* 2008. 89, obs. HAUSER J.

En revanche, le fils, la fille et le petit-fils peuvent être hébergés : Civ. 3^{ème}, 7 décembre 2005, *Bull. civ.* III, n° 239, *D.* 2006, IR 102 ; *JCP* 2006, I, 127, n° 11, obs. PÉRINET-MARQUET H. ; *RJDA* 7/206, n° 842.

¹¹⁹⁶ Cass. 3^{ème} Civ., 6 janvier 1981 : *Bull. civ.* III, n° 1 dans lequel le bénéficiaire d'un droit d'usage et d'habitation est déchu de son droit. « *Mais attendu que l'arrêt (...) que Bertrand Z. ne conteste pas avoir logé dans la maison une personne étrangère à la famille, a pu décider qu'il avait commis une faute en ne respectant pas l'obligation d'utilisation personnelle ou familiale qui lui incombait.* »

¹¹⁹⁷ En ce sens : Besançon, 30 octobre 1956 : *Gaz. Pal.* 1956. II. 426.

Contra, TERRÉ F., SIMLER P., *op. cit.*, p. 765, § 862 ; BERGEL J.-L., BRUSCHI M., CIMAMONTI S., *Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin – Les biens*, éd. L.G.D.J., 2010, § 280. Toutefois, si l'on retient l'opinion de ces auteurs, il est aisé de contourner la difficulté puisque le conjoint survivant pourrait louer le bien en arguant qu'il n'est plus adapté.

¹¹⁹⁸ Voir notamment Cass. 3^{ème} Civ., 2 février 2011, *Bull. Civ.* III, n° 19, *D.* 2011, 1950, note VIAUD F., *Defrénois* 2011, 39228, note DAGORNE-LABBÉ Y. à propos d'un abandon définitif du logement par le titulaire du droit d'usage et d'habitation en raison de son hospitalisation définitive ; Cass. 1^{ère} Civ., 10 juin 1981, *Bull. Civ.* I, n° 201 ; *D.* 1981, IR 184, obs. ROBERT ; Civ. 3^{ème}, 7 décembre 2005 cité note 1195.

¹¹⁹⁹ En ce sens TERRÉ F., SIMLER P., *op. cit.*, p. 765, § 864 note 6.

418. Le droit de louer le logement sous conditions – L'article 764 offre la possibilité au conjoint de louer le logement s'il ne correspond plus à ses besoins. Cette possibilité avait déjà été admise par les tribunaux¹²⁰⁰ toutefois, elle devait être prononcée par le juge alors que dans le droit viager, la décision de louer le logement n'appartient qu'au conjoint survivant ou à son représentant. L'accord des cohéritiers n'est pas requis¹²⁰¹ et le conjoint n'a nul besoin de demander une autorisation judiciaire. Pourtant, lorsque le droit d'usage et d'habitation ne porte que sur quelques pièces dans une grande maison, il ne paraît pas possible que le conjoint survivant puisse louer la totalité de celle-ci. Le conjoint ne pourra louer que les pièces qu'il occupe et devra recueillir l'accord des héritiers pour louer le reste du logement. Si l'on admet une conception extensive du logement¹²⁰², alors le conjoint ne pourrait louer les dépendances.

La loi n'est pas très explicite sur les besoins du conjoint survivant auxquels le logement n'est plus adapté¹²⁰³. Lors des premiers débats, la possibilité de louer n'avait été ouverte qu'en cas de départ en maison spécialisée. En effet, on souhaitait restreindre la possibilité pour le conjoint de louer le bien afin d'éviter que les nuspropriétaires soient obligés de composer avec des locataires lors de l'extinction du droit viager au logement¹²⁰⁴. Le problème se pose avec encore plus d'acuité avec l'entrée en vigueur du décret n° 2012-894 du 20 juillet 2012 relatif à l'évolution de certains loyers pris en application de l'article 18 de la loi n° 89-462 du 6 juillet 1989. Ce décret encadre le loyer même en cas de renouvellement du bail. Ainsi, le loyer convenu entre le locataire et le conjoint survivant s'imposera aux nuspropriétaires et la possibilité d'augmenter celui-ci pourra s'avérer délicate.

¹²⁰⁰ Cf. *infra* n° 417.

¹²⁰¹ Selon certains auteurs, ces derniers peuvent proposer la conversion du droit d'usage et d'habitation en une rente afin de récupérer la libre disposition du bien. Toutefois, cette opinion apparaît isolée. Cf. FORGEARD M.-C., CRONE R. et GELOT B., *La réforme des successions, Loi du 3 décembre 2001 : Commentaire et formules*, éd. Defrénois, 2002, p. 44.

¹²⁰² Cf. *infra* n° 417.

¹²⁰³ Lors des discussions sur cet article, cette disposition a varié. A l'origine, la possibilité de louer n'était prévue que « lorsque son état de santé ne lui permettait plus de rester dans les lieux et justifiait son hébergement dans un établissement spécialisé » : Comm. mixte paritaire, *Rapport AN* n° 3382 et *Rapport Sénat* n° 67, p. 9.

¹²⁰⁴ CLERGEAU, *Rapport AN* n° 2902, p. 10.

Quels sont les besoins du conjoint survivant nécessitant un nouveau logement ? Ne doit-on retenir que des motifs liés à l'âge et à la santé tels que l'absence d'ascenseur, un logement trop grand ou alors peut-on prendre en considération des motifs plus futiles tels que la volonté de partir sous des cieux plus ensoleillés ou la volonté de se rapprocher de ses enfants, voire de refaire sa vie dans un nouvel endroit ? On peut penser que la loi ne distinguant pas, il n'y a pas lieu de distinguer¹²⁰⁵.

419. Destination des loyers perçus - La loi ajoute que la location doit servir à dégager les ressources nécessaires à de nouvelles conditions d'hébergement. On peut se demander si les enfants ont la possibilité de contester ce motif, voire d'arguer que le conjoint survivant dispose de ressources suffisantes pour financer son nouveau logement¹²⁰⁶.

Imaginons également que le conjoint survivant mette en location un grand logement familial afin de louer un deux pièces, que devrait-on faire de la différence de loyer ? Devrait-il le reverser aux héritiers ? La doctrine majoritaire¹²⁰⁷ soutient que le conjoint survivant n'a pas à récompenser la succession pour l'excédent et ne peut demander le surplus à la succession s'il souhaite se loger dans un logement plus cher¹²⁰⁸. Pourtant, le droit d'usage et d'habitation est limité aux besoins de son titulaire ainsi qu'il a été démontré. Si l'on suit le régime du droit d'usage et d'habitation, on pourrait donc penser que le conjoint survivant ne devrait toucher que ce dont il a besoin pour se loger et que le reste devrait être reversé aux héritiers du *de*

¹²⁰⁵ En ce sens : GRIMALDI M., « Droits du conjoint survivant : brève analyse d'une loi transactionnelle », *AJ Famille* 2002, p. 48 ; CORPART I., « L'amélioration de la protection *post-mortem* des conjoints par la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 », *D.* 2002, p. 2952.

¹²⁰⁶ Bertrand VAREILLE souhaiterait que les cohéritiers puissent intervenir pour constater que les conditions légales sont réunies. Il faudrait également regarder si les ressources du conjoint ne lui permettraient pas de se loger par lui-même s'il souhaite quitter le bien objet du droit d'usage et d'habitation. VAREILLE B., « Variations futiles sur les droits au logement du conjoint survivant », *Mélanges Prieur*, éd. Dalloz, 2007. Cette conception est tentante mais on peut penser qu'elle équivaut à une exhérédation indirecte puisque les droits successoraux du conjoint ont été diminués de la valeur des droits d'usage et d'habitation.

¹²⁰⁷ En ce sens : GRIMALDI M., « Droits du conjoint survivant : brève analyse d'une loi transactionnelle », *AJ Famille* 2002, p. 48 ; CORPART I., « L'amélioration de la protection *post-mortem* des conjoints par la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 », *D.* 2002, p. 2952 ; VAREILLE B., « Variations futiles sur les droits au logement du conjoint survivant », *Mélanges Prieur*, éd. Dalloz, 2007.

¹²⁰⁸ À moins que les conditions du droit à pension soient réunies.

cujus. Admettre la solution inverse, même si elle est très avantageuse pour le conjoint en lui permettant d'obtenir un complément de revenus, irait totalement à l'encontre des droits des héritiers notamment des héritiers réservataires. La plupart des successions ne comprennent qu'un logement et comme nous l'avons démontré, les charges de la propriété¹²⁰⁹ et les grosses réparations incombent aux héritiers sans qu'ils aient la jouissance de leur réserve¹²¹⁰. Ainsi, il faut entendre strictement l'article 764 et la possibilité de louer le bien. On peut enfin rappeler que si le conjoint est dans le besoin, les descendants sont débiteurs d'aliments envers leur parent de sorte que le conjoint survivant n'a pas besoin de ce complément de loyer.

420. Nature successorale du droit viager au logement - La nature successorale du droit au logement est discutée par les auteurs. Selon certains auteurs, le droit viager au logement serait un droit de créance contre la succession¹²¹¹. Pourtant, le droit viager porte sur un bien précis, même s'il est interchangeable dans le cas précis de l'inadaptation du logement aux besoins du conjoint survivant, on peut difficilement le qualifier de créance.

Le droit viager au logement pourrait également constituer une succession anormale et serait autonome par rapport aux droits successoraux *ab intestat* du conjoint survivant¹²¹². Une succession anormale est caractérisée lorsqu'un bien déterminé est dévolu à un héritier déterminé en raison de l'origine de ce bien. Pourtant, s'agissant du droit viager au logement, seules les deux premières conditions paraissent réunies,

¹²⁰⁹ Comme la taxe foncière.

¹²¹⁰ Même si, fiscalement, le droit d'usage et d'habitation est évalué à 40% de la valeur de l'usufruit, le régime du droit d'usage et d'habitation choisi par le législateur prive les héritiers de la jouissance de la réserve.

¹²¹¹ En ce sens : HERBAUT A., MORIOU C., « La relative amélioration du droit au logement du conjoint survivant », *Gaz. Pal.* 2003, n° 158, p. 13 ; VIGNEAU D., « Les droits successoraux du conjoint survivant », *LPA* 2002, n° 195, p. 11.

¹²¹² BOITELLE A., « Droit au logement du conjoint survivant et donation entre époux : jusqu'où aller ? », *JCP N* 2003, 1638 ; VAUVILLÉ F., « Les droits au logement du conjoint survivant », *Defrénois* 2002, p. 1290 ; HERBAUT A., MORIOU C., « La relative amélioration du droit au logement du conjoint survivant », *Gaz. Pal.* 2003, n° 158, p. 13 ; TERRÉ F., LEQUETTE Y., GAUDEMET S., *op. cit.*, p. 199, § 191.

la troisième fait défaut¹²¹³. Néanmoins, on connaît des successions anormales fondées sur la seule nature du bien¹²¹⁴. En outre, l'option pour le droit viager au logement obéit à des règles spéciales et l'option pour la succession *ab intestat* ne peut valoir option pour le droit viager au logement. Ainsi, il serait possible de renoncer à la succession *ab intestat* tout en acceptant le droit viager au logement et le droit d'usage sur le mobilier. Toutefois, cette opinion ne paraît pas devoir être retenue. En effet, la particularité du droit viager au logement est qu'il s'impute sur les droits successoraux du conjoint. La succession ne se divise pas comme dans une succession anormale et l'option pour le droit viager emporte acceptation de la succession *ab intestat*¹²¹⁵. Il s'agit par conséquent d'un droit de nature successorale, voire même supra-successoral, selon Bernard Vareille puisqu'il peut excéder la vocation successorale¹²¹⁶, ce qui démontre ainsi la prééminence du logement familial sur la succession. Ce caractère apparaît d'ailleurs dans la mise en œuvre du droit au logement viager.

3 – Mise en œuvre du droit viager au logement

421. Naissance du droit - Le conjoint survivant dispose d'une année pour manifester sa volonté de bénéficier du droit viager au logement et du droit d'usage sur le mobilier. La loi ne précise pas la forme que doit revêtir cette

¹²¹³ LESBATS C., « Le droit viager au logement et l'option du conjoint survivant », *JCP N* 2005, 1078.

¹²¹⁴ C'est ainsi le cas de l'usufruit spécial du conjoint survivant en matière de propriété littéraire et artistique. Cf. article 123-6 du Code de la propriété intellectuelle.

¹²¹⁵ En ce sens : LESBATS C., « Le droit viager au logement et l'option du conjoint survivant », *JCP N* 2005, 1078 ; FERRÉ-ANDRÉ S., « Des droits supplétifs et impératifs du conjoint survivant dans la loi du 3 décembre 2001 », *Defrénois* 2002, p. 863 ; LEVILLAIN N., « Le droit viager au logement du conjoint survivant », *JCP N* 2003, 1043 ; BOUCHÉ X., *Protection du conjoint survivant – Guide d'optimisation juridique et fiscale*, éd. Francis Lefebvre, coll. Dossiers pratiques Francis Lefebvre, 2005, p. 95, § 764 ; MERVILLE A.-D., « La réforme du conjoint survivant par la loi n° 2001-1135 du 3 décembre 2001 - Le conjoint est-il un membre à part entière de la famille ? », *JCP G* 2002, I 185 ; SAGAUT J.-F., « Le logement après le décès », *AJ Famille* 2008, p. 368 ; GRILLON G., « Les nouveaux droits successoraux du conjoint survivant », *JCP G* 2002, I 133 ; VIDALIES A., *Rapport AN n° 2910*, p. 29.

manifestation de volonté. On peut penser que celle-ci doit être positive. Ainsi, le silence gardé pendant un an vaudrait renonciation à ce droit¹²¹⁷.

Certains auteurs évoquent le risque que le conjoint survivant ignore cette obligation et qu'il soit contraint de quitter son logement l'année écoulée¹²¹⁸. Ce risque nous paraît toutefois minime puisque le conjoint survivant se verra contraint de se rendre chez son notaire pour régler la succession et que ce dernier ne manquera pas de l'éclairer sur la question. Pourtant, certains auteurs estiment que le maintien dans les lieux du conjoint survivant suffirait à caractériser la manifestation de volonté exigée par la loi¹²¹⁹.

422. Entrée en possession – Le droit viager succède au droit temporaire au logement.

Conformément à l'article 764 du Code civil, les héritiers peuvent exiger qu'il soit dressé inventaire des meubles et un état de l'immeuble. Le conjoint est uniquement dispensé de fournir caution. Ces formalités paraissent opportunes puisqu'elles permettent d'éviter une éventuelle contestation sur l'existence ou la qualité des biens faisant l'objet du droit viager au logement¹²²⁰.

¹²¹⁶ VAREILLE B., « Variations futiles sur les droits au logement du conjoint survivant », *Mélanges Prieur*, éd. Dalloz, 2007.

¹²¹⁷ En ce sens : GRIMALDI M., « Droits du conjoint survivant : brève analyse d'une loi transactionnelle », *AJ Famille* 2002, p. 48 ; FERRÉ-ANDRÉ S., « Des droits supplétifs et impératifs du conjoint survivant dans la loi du 3 décembre 2001 », *Defrénois* 2002, p. 863 ; TERRÉ F., LEQUETTE Y., GAUDEMET S., *op. cit.*, p. 198, § 191.

¹²¹⁸ FERRÉ-ANDRÉ S., « Des droits supplétifs et impératifs du conjoint survivant dans la loi du 3 décembre 2001 », *Defrénois* 2002, p. 863 ; PIEDELIÈVRE S., « Réflexions sur la réforme des successions », *Gaz. Pal.* 2002, n° 96, p. 2 ; RENAUD B., « Droits du conjoint survivant : conséquences pratiques pour le notariat de la loi du 3 décembre 2001 », *AJ Famille* 2002, p. 54 ; CATALA P., Fasc. 20, *JCL V° Des droits du conjoint successible – Des droits au logement*, 2007, § 53.

¹²¹⁹ FERRÉ-ANDRÉ S., « Des droits supplétifs et impératifs du conjoint survivant dans la loi du 3 décembre 2001 », *Defrénois* 2002, p. 863 ; CATALA P., *Juris-Classeur Civil Code V° Des droits du conjoint successible – Des droits au logement*, 2007, § 53.

423. Imputation sur les droits successoraux – Conformément à l'article 765 du Code civil, le droit d'usage et d'habitation viager s'impute sur la valeur des droits successoraux du conjoint survivant. Lorsque le conjoint survivant recueille la totalité de la succession en usufruit ou en pleine-propriété, le droit viager au logement se confond avec ses droits successoraux. En revanche, lorsque le conjoint survivant recueille une quote-part de la succession, il faut alors évaluer en argent les droits d'usage et d'habitation. Si la valeur du droit d'usage et d'habitation est inférieure aux droits du conjoint survivant, ce dernier pourra prendre le complément sur les biens existants. Dans le cas inverse, le conjoint n'aura pas à récompenser la succession pour l'excédent, afin d'assurer l'effectivité du droit au logement¹²²¹. Toutefois, une difficulté liée à la qualification de droit d'usage et d'habitation doit être étudiée : imaginons que le conjoint soit déchu de son droit d'usage ou d'habitation parce qu'il a, par exemple, hébergé un tiers, peut-il alors réclamer à la succession la valeur de ses droits d'usage et d'habitation qui a été imputée sur ses droits successoraux ? On peut penser que la réponse serait affirmative sinon cela équivaldrait à priver le conjoint survivant de ses droits successoraux. Or seul le *de cuius* a la possibilité de le priver de ses droits successoraux.

En outre, lorsque le conjoint survivant est bénéficiaire d'une donation entre époux, doit-on imputer le droit viager au logement sur les droits issus de la libéralité entre époux ? On peut répondre par la négative puisque la lettre du texte ne parle que d'imputation sur les droits successoraux.

424. Obligation aux dettes - Le conjoint survivant peut-il être tenu aux dettes en raison de son droit viager au logement ? On pourrait penser que le droit viager au logement, ne portant que sur un bien particulier,

¹²²⁰ Les frais d'inventaire et d'état des immeubles devraient être partagés entre les héritiers et le conjoint puisqu'ils profitent à tous selon Messieurs Hugot et Pillebout. Nous partageons cet avis. Toutefois, en matière d'usufruit, les frais d'inventaire du mobilier et d'état des immeubles sont à la charge de l'usufruitier : HUGOT J. et PILLEBOUT J.-F., *Les droits du conjoint survivant*, 2^e éd. Litec, 2005, p. 82, § 196.

correspondrait par conséquent à une vocation à titre particulier. Toutefois, on sait que toute vocation légale a un caractère universel, ainsi les successeurs anomaux, même si leur vocation ne porte que sur des objets particuliers, sont des successeurs à titre universel tenus aux dettes du défunt¹²²². On peut également rapprocher le droit viager au logement, de l'usufruit du conjoint de l'auteur d'une œuvre de l'esprit sur le monopole d'exploitation. Or, il est admis que cet usufruit est une vocation à titre universel, le conjoint survivant est par conséquent obligé aux dettes dans la proportion de ses droits par rapport à la totalité du passif successoral¹²²³.

Quelles sont les modalités de l'obligation aux dettes du conjoint bénéficiaire du droit viager au logement ? La difficulté provient du fait que le conjoint survivant n'a qu'un droit d'usage et d'habitation. Il paraît donc difficile de l'obliger aux charges des fruits qu'il ne peut percevoir. Toutefois, ce droit d'usage et d'habitation particulier permet au conjoint survivant de louer le bien en cas de besoin. On peut ainsi admettre que le conjoint survivant est tenu des intérêts de la dette qui sont la charge des fruits, tout comme l'usufruitier, mais à proportion de la quote-part que représente son droit d'usage et d'habitation dans la succession entière ; et cela même si la valeur du droit viager dépasse celle de ses droits successoraux.

425. Extinction – Le droit viager au logement et le droit d'usage sur le mobilier s'éteignent par le décès de leur bénéficiaire, par l'acquisition du bien par le conjoint survivant et en cas de perte du bien.

¹²²¹ JOAN, CR, 6 février 2001, p. 1100. Le Garde des sceaux a déclaré à ce sujet : « *La proposition de loi considère que l'effectivité des droits d'habitation et d'usage doit en toute circonstance être assurée et qu'il ne faut pas pénaliser le conjoint qui ne disposera pas nécessairement des liquidités suffisantes pour verser une récompense.* »

¹²²² GRIMALDI M., *Droit civil – Successions*, 6^{ème} édition, éd. Litec, 2001, n° 560 et 593 ; TERRÉ F., LEQUETTE Y., GAUDEMET S., *Droit civil, Les successions, les libéralités*, 4^{ème} éd. Dalloz, coll. Précis Droit privé, 2014, n° 250.

¹²²³ DESBOIS H., *Le droit d'auteur en France*, 3^{ème} édition Dalloz, 1978, n° 349 ; PLANIOL M., RIPERT G., *Traité élémentaire de droit civil, t. III, Régimes matrimoniaux, les successions, les donations et testaments*, 11^{ème} éd. L.G.D.J., 1932, n° 370 ; Trib. civil Seine, 28 février 1900, *D.* 1903, II, 489, note BOISTEL cités par SÉNÉCHAL M., « L'obligation du conjoint survivant aux dettes du défunt après la loi du 3 décembre 2001 » *Defrénois* 2003, n° 4, p. 207.

Le conjoint peut également en être déchu s'il ne jouit pas du logement en bon père de famille conformément à l'article 627 du Code civil ou s'il ne respecte pas les conditions de location prévues par les textes.

Le droit d'usage peut également être converti en rente viagère conformément à l'article 766 du Code civil. Toutefois, cette conversion ne peut être imposée au conjoint survivant¹²²⁴. Elle nécessite un accord unanime des coïndivisaires et du conjoint survivant.

Le conjoint survivant peut également renoncer au droit viager de manière expresse. En aucun cas, cette renonciation ne peut résulter du non-usage du bien ou être tacite.

Toutefois, le *de cuius* a la possibilité de priver son conjoint de son droit viager d'usage et d'habitation.

4 – La privation du droit viager

426. L'exigence d'un testament authentique – Le droit viager au logement est basé sur l'affection réelle, comme dans le droit anglo-saxon, et pas sur l'affection présumée qui guide le droit français. C'est ainsi que le *de cuius* peut refuser à son conjoint le bénéfice du droit viager sur le logement, et du droit d'usage sur le mobilier, en respectant la forme du testament authentique. Ce testament répond à un formalisme lourd puisqu'il doit être fait par dictée au notaire¹²²⁵ et en présence de deux témoins. Le poids de ce formalisme évite les prises de décisions trop rapides qui pourraient être le

¹²²⁴ On peut rapprocher cette disposition de l'article 760 du Code civil selon lequel le juge ne peut convertir, sans l'accord du conjoint, l'usufruit portant sur le logement qu'il occupe à titre principal.

¹²²⁵ La loi n° 2015-177 du 16 février 2015 a assoupli ce formalisme pour les personnes sourdes et/ou muettes puisque celles-ci peuvent désormais écrire leurs dernières volontés en présence du notaire lequel les recopiera dans l'acte contenant le testament authentique puis en fera lecture.

fruit d'un mouvement d'humeur¹²²⁶. La privation du droit au logement est un acte grave qui ne doit pas être pris à la légère. L'authenticité permet de prendre la mesure de cette gravité¹²²⁷. On peut à cette occasion établir un parallèle avec l'exhérédation en droit romain¹²²⁸. L'ordre public se manifeste par un formalisme lourd et contraignant tout comme la renonciation à l'action en réduction qui nécessite également un formalisme particulier. Toutefois, ce n'est pas le conjoint survivant qui refuse la protection de la réserve, comme dans la renonciation anticipée à l'action en réduction, mais le *de cuius* qui peut priver son conjoint de son droit au logement. Ainsi, si le *de cuius* a eu des enfants, le conjoint survivant peut se voir privé de tous ses droits successoraux et de son droit au logement viager alors qu'il ne bénéficie pas d'aliments en présence de descendants du défunt. On peut s'étonner de ce parti pris du législateur et s'alarmer de cette différence de traitement entre les conjoints en fonction de la famille qui les entoure.

La privation du droit d'usage et d'habitation ne vaut pas privation des droits légaux et notamment de l'usufruit universel du conjoint. L'exigence d'authenticité permettra d'en informer le testateur qui pourra décider en toute connaissance de cause dans quelle proportion il souhaite exhéredier son conjoint¹²²⁹.

La privation du droit d'usage et d'habitation ne doit pas être équivoque. Faut-il le spécifier clairement ou une formule disant que le *de cuius* entend priver son conjoint de tous droits dans sa succession suffit-elle ? La privation du droit au logement peut-elle également être implicite, par exemple en léguant le logement à un tiers ou en l'instituant légataire universel ? Lorsque le legs est fait par testament olographe, on

¹²²⁶ VIDALIES A., *Rapport AN* n° 2910, p. 28 et 29.

¹²²⁷ JOAN 29 juin 2001, p. 5118. Egalement en ce sens : GRIMALDI M., « Droits du conjoint survivant : brève analyse d'une loi transactionnelle », *AJ Famille* 2002, p. 48 ; VAUVILLÉ F., « Les droits au logement du conjoint survivant », *Defrénois* 2002, p. 1290.

Cette solution ne fait toutefois pas l'unanimité en doctrine : Cf. PIEDELIÈVRE S., « Réflexions sur la réforme des successions », *Gaz. Pal.* 2002, n° 96, p. 2 pour lequel il est critiquable de « classer » les testaments. Cela revient à dire que les testaments olographes ont des effets moindres que les testaments authentiques. Il en résultera forcément des méconnaissances de la volonté du défunt puisque les droits *ab intestat* pourront être exclus par testament olographe tandis que les droits *ab intestat* spécifiques au logement familial ne pourront l'être que par testament authentique. De plus, le notaire ne devrait pas suggérer ou paraître suggérer le contenu du testament mais uniquement se comporter en secrétaire intelligent.

¹²²⁸ Cf. *infra* n° 321.

¹²²⁹ VIGNEAU D., *Les droits successoraux du conjoint survivant*, *LPA* 2002, n° 195, p. 11.

peut penser qu'il sera inopposable au conjoint survivant puisqu'il ne respecte pas les conditions de forme de l'exhérédation. Le légataire se verra ainsi transmettre le bien grevé du droit d'usage et d'habitation¹²³⁰. Il semblerait que la jurisprudence aille en ce sens¹²³¹ en excluant la privation du droit au logement par testament olographe antérieur à la loi du 3 décembre 2001 et en rappelant que la privation du droit viager ne peut avoir lieu que par voie authentique.

En revanche, si le legs a lieu par testament authentique, la question est plus délicate. Selon certains auteurs, le legs exclut le droit d'usage et d'habitation¹²³² tandis que pour la doctrine majoritaire, la charge grèverait la libéralité¹²³³. En effet, on peut penser que le notaire aura informé le testateur de l'existence du droit d'usage et d'habitation et que si le testateur n'en a pas privé expressément son conjoint, c'était qu'il souhaitait qu'il conserve ce droit. On peut pourtant avancer qu'une fois le bien légué par testament authentique, il ne dépend plus de la succession et que le droit au logement ne peut plus s'y appliquer.

Les mêmes conditions de forme s'appliquent en cas de modification du droit viager au logement. Ainsi, le *de cuius* peut choisir de limiter la faculté de location du bien, par exemple.

¹²³⁰ MALAURIE P., *Les successions – Les libéralités*, 5^{ème} ed. Defrénois, 2012, p. 71, § 106 ; BEIGNIER B., « La loi du 3 décembre 2001 : achèvement du statut du logement familial », *Dr. fam.* 2002, chr. 5.

¹²³¹ Cass. 1^{re} Civ., 15 décembre 2010, n° 09-68.076 : *JurisData* n° 2010-023817 ; *Bull. civ.* I, n° 769 ; *D.* 2011.578, note. PÉRÈS C. ; 2011.2633, note NICOD M. ; *JCP G* 2012.228, n° 1, obs. LE GUIDEC R. ; *JCP N* 2011.1121, SAUVAGE F. ; *Dr. fam.* 2011, obs. BEIGNIER B. ; *AJ Fam.* 2011.114, note BICHERON F. ; *RJPF* 2011 3/35, note ZALEWSKI V. ; LESBATS C., « La privation de la vocation *ab intestat* et du droit viager au logement du conjoint survivant » *JCP N* 2011, 1189.

¹²³² BRÉMOND V., « Les droits locatifs du conjoint survivant après la loi du 3 décembre 2001 », *LPA* 2002, n° 151, p. 4 ; VAUVILLÉ F., Les droits au logement du conjoint survivant, *Defrénois* 2002, p. 1290 ; CASEY J., « Droit des successions : commentaire de la loi du 3 décembre 2001 (2^e partie) », *RJPF* 2002, n° 2, p. 6.

427. Le logement est un bien commun - Une difficulté subsiste toutefois : la privation du droit au logement est-elle possible lorsque le logement est, comme dans la plupart des cas, un bien commun ? Les travaux préparatoires sont muets sur ce point. La doctrine résout cette difficulté en s'appuyant sur l'article 1423 alinéa 1^{er} du Code civil, lequel dispose que « *le legs fait par un époux ne peut excéder sa part de communauté.* » Ainsi, comme il est impossible pour un époux de léguer un bien de communauté au-delà de sa part, il lui est tout autant impossible de priver son conjoint du droit viager sur la totalité du logement habituel des époux. En outre, la fonction de ce droit au logement est de protéger le conjoint survivant. L'exception ne pourrait valoir que pour admettre l'exception, or, dans le cas du droit viager au logement, l'exception est constituée lorsque le logement est un bien propre ou personnel¹²³⁴.

Toutefois, on peut à l'inverse estimer que le droit d'usage est indivisible, en privant d'une partie, on prive de la totalité. En outre, interdire à un époux de priver son époux de son droit au logement revient à faire produire plus d'effet à la loi que ce qu'en a voulu le législateur. Puisque ce droit au logement est fondé sur l'affection réelle, on doit en prendre toute la mesure et permettre à un époux de priver son conjoint de son droit au logement sur la part du logement commun revenant aux héritiers du *de cuius* et par conséquent sur le tout.

On peut également opposer un autre argument. Lors du partage de communauté, le conjoint survivant bénéficie de l'attribution préférentielle du local d'habitation lorsqu'il y réside à la dissolution de l'union et lors du partage¹²³⁵. Ainsi, même si le *de cuius* le prive de son droit d'usage et d'habitation sur le logement commun, le

¹²³³ En ce sens : FORGEARD M.-C., CRONE R. et GELOT B., *La réforme des successions, Loi du 3 décembre 2001 : Commentaire et formules*, éd. Defrénois, 2002, p. 47, § 45 ; GRIMALDI M., « Droits du conjoint survivant : brève analyse d'une loi transactionnelle », *AJ Fam.* 2002, p. 48 ; TEILLAIS G., *Guide des droits du conjoint survivant*, éd. Edilax, 2008, p. 55 ; FERRÉ-ANDRÉ S., « Des droits supplétifs et impératifs du conjoint survivant dans la loi du 3 décembre 2001 », *Defrénois* 2002, p. 863 ; CATALA P., *Juris-Classeur Civil Code V° Des droits du conjoint successible – Des droits au logement*, 2007, § 45 ; LEVILLAIN N., le droit viager au logement du conjoint survivant, *JCP N* 2003, 1043 ; SAGAUT J.-F., « Le logement après le décès », *AJ Fam.* 2008, p. 368 ; TERRÉ F., LEQUETTE Y., GAUDEMET S., *op. cit.*, p. 200, § 191.

¹²³⁴ BEIGNIER B., « La loi du 3 décembre 2001 : achèvement du statut du logement familial », *Dr. fam.* 2002, chr. 5.

¹²³⁵ Article 831-2 du Code civil.

conjoint survivant pourra en demander l'attribution préférentielle. Toutefois, si la succession ne comprend que le logement, il devra posséder des fonds suffisants en propre pour payer la soulte due aux héritiers du *de cuius*.

§ II – L'usufruit légal ou conventionnel du conjoint survivant concurrençant la réserve des enfants

428. Plan - Le conjoint survivant ne bénéficie pas d'une réserve lorsqu'il est en concours avec des descendants. Toutefois, il peut recueillir de larges droits successoraux en usufruit, qui peuvent porter sur la réserve des descendants, soit *ab intestat* lorsque les enfants sont issus des deux époux soit par une institution contractuelle dite « donation entre époux » (1). L'objet de cet usufruit sera différent selon les biens présents dans la succession (2).

A – Les droits *ab intestat* ou conventionnels du conjoint survivant

429. Plan - Le conjoint survivant peut bénéficier, par ses droits *ab intestat* (1) ou conventionnellement (2), de l'usufruit universel sur la succession. Ainsi, cet usufruit s'exercera sur la réserve des enfants qui ne bénéficieront que d'une réserve en nue-propriété.

1 – Les droits *ab intestat* du conjoint survivant

430. Option du conjoint survivant - Conformément à l'article 757 du Code civil, le conjoint survivant bénéficie, au décès du *de cuius*, d'une option entre un quart en pleine propriété ou la totalité de la succession en usufruit. Toutefois, lorsqu'un ou plusieurs enfants ne sont pas issus des deux époux, le conjoint n'a plus d'option et recueille un quart en pleine propriété. En effet, lors des débats parlementaires, le législateur n'a consenti à amputer la réserve des descendants de l'usufruit qu'en l'existence d'enfant commun puisqu'on pouvait alors s'assurer du décalage de génération et présumer une relation d'amour entre le conjoint survivant et les descendants réservataires. Lorsque le conjoint survivant recueille l'usufruit universel, les descendants réservataires ne reçoivent leur réserve qu'en nue-propriété, la pleine propriété leur étant rendue à l'extinction de l'usufruit au décès de leur second parent.

431. Assiette de l'usufruit universel - Cet usufruit universel¹²³⁶ porte sur les biens existants soit ceux que le *de cuius* laisse à son décès et dont il n'a pas disposé entre vifs¹²³⁷. Il ne porte pas sur les biens restitués par voie de rapport et de réduction.

En revanche, la question de savoir si l'usufruit universel porte sur les biens légués pose plus de difficultés en raison du silence de l'article 757 du Code civil. En effet, on trouve dans le Code civil plusieurs acceptions du terme « biens existants ». Si l'on se réfère à l'article 922 du Code civil, les biens existants comprennent les biens légués. En effet, selon cet article, la réduction est déterminée en formant une masse de calcul comprenant tous les biens existants au décès du donateur auxquels on réunit fictivement, après avoir déduit les dettes, ceux dont le *de cuius* a disposé entre vifs ; tandis que l'article 758-5, déterminant la masse de calcul du quart en propriété du conjoint, précise que ce calcul s'opère sur une masse faite de tous les biens existants au décès du *de cuius* auxquels on réunit fictivement ceux dont il a disposé par actes entre vifs ou testamentaire au profit de successible sans dispense de rapport.

¹²³⁶ Dans le cadre de cette étude, seul l'usufruit, portant sur la réserve, sera étudié. En effet, le quart en propriété portant sur la quotité disponible ne pose pas de difficulté puisqu'il permet de servir la réserve des enfants en totalité.

Ainsi, au sens de l'article 758-5, les legs préciputaires ne font pas partie des biens existants. Cet article est la reprise de l'ancien article 767 du Code civil qui précisait les biens sur lesquels portait le quart en usufruit du conjoint survivant avant la loi du 3 décembre 2001.

La doctrine, quant à elle, est partagée sur la question de l'usufruit du conjoint et des biens légués. Une partie de la doctrine est d'avis que les biens légués sont exclus des biens existants et reviennent au légataire en pleine propriété¹²³⁸. D'autres auteurs considèrent tout de même que les biens existants sont constitués des legs rapportables mais pas de la fraction réductible des legs préciputaires¹²³⁹. Enfin, une dernière analyse est proposée et consiste à dire que les legs préciputaires qui n'excèdent pas la quotité disponible sont exempts de l'usufruit du conjoint mais que les legs rapportables, qui allotissent les descendants de leur réserve, et la fraction réductible des legs préciputaires supportent l'usufruit du conjoint survivant¹²⁴⁰ ce qui a pour effet de faire porter l'usufruit universel sur la réserve des enfants. Cette interprétation doit être retenue car elle paraît conforme à l'esprit de la loi en permettant au *de cuius* de conserver sa liberté de disposer tout en autorisant le conjoint à jouir de son usufruit sur la réserve des enfants.

Les libéralités reçues du défunt par le conjoint survivant s'imputent sur ses droits successoraux. Si celles-ci sont inférieures à l'usufruit universel, le conjoint peut en réclamer le complément conformément à l'article 758-6¹²⁴¹.

¹²³⁷ HAUSER J., DELMAS SAINT-HILAIRE P., « Vive les libéralités entre époux », *Deffrénois* 2003, 37645.

¹²³⁸ BEIGNIER B., « Les droits du conjoint survivant pour les successions ouvertes depuis le 1^{er} juillet 2002 », *Droit et Patrimoine* 2003, n° 115 ; JULIENNE M., « L'assiette de l'usufruit légal du conjoint survivant », *D.* 2013, 2283.

¹²³⁹ CATALA P., *Juris-Classeur Civil Code, V° Successions – Droits du conjoint successible*, 2007, § 46 ; GEMIGNANI F., BONNET G., « Usufruit légal du conjoint survivant : de quelques difficultés liquidatives », *Deffrénois* 2010, p. 673.

¹²⁴⁰ GRIMALDI M., « Droits du conjoint survivant : brève analyse d'une loi transactionnelle », *AJ Famille* 2002, p. 48 ; MALAURIE P., AYNÈS L., *op. cit.*, p. 70, n° 101.

¹²⁴¹ Cass. 1^{re} Civ., 6 févr. 2001 : *Bull. civ.* I, n° 28 ; R., p. 345 ; *D.* 2001. 3566, note AUBERT DE VINCELLES C. ; *JCP G* 2001. I. 366, n° 4, obs. LE GUIDEC R. ; *RJPF* 2001-4/47, obs. SAUVAGE F. ; *Dr. fam.* 2001. Chron. 11, obs. BINET J.-R. ; *RTD civ.* 2001. 637, obs. PATARIN J.

Le conjoint peut également recevoir des droits successoraux différents voire plus importants grâce à une institution contractuelle.

2 – La quotité disponible spéciale entre époux

432. Quotité disponible spéciale entre époux - Lors de la rédaction du Code civil, le législateur a instauré une quotité disponible spéciale, en présence d'enfant ou descendant, en faveur du conjoint survivant d'un quart en propriété et un quart en usufruit ou de la moitié en usufruit. Il était toutefois impossible de le gratifier en sus de la quotité disponible ordinaire.

La loi du 13 juillet 1963 a modifié l'ancien article 1094¹²⁴² en permettant à l'époux de gratifier son conjoint soit de la quotité disponible ordinaire, soit du quart en propriété et des trois quarts en usufruit de la succession, soit de la totalité de la succession en usufruit. Ce choix est exercé par le *de cuius* lequel peut toutefois laisser à son conjoint la possibilité d'opter à son décès.

433. Le cumul des quotités disponibles ordinaires et spéciales – Ancien système - Lorsque le législateur a augmenté la quotité disponible spéciale entre époux, s'est posé la question de sa combinaison avec la quotité disponible ordinaire. Si ces deux quotités pouvaient se cumuler, le conjoint aurait alors reçu la quotité disponible ordinaire, soit la moitié en pleine propriété augmentée de la moitié en usufruit en présence d'un enfant ou un tiers en propriété et deux tiers en usufruit en présence de deux enfants alors que la quotité disponible spéciale entre époux n'est que d'un quart en pleine propriété et de trois quarts en usufruit. Antérieurement à la loi du 13 juillet 1963, la jurisprudence avait décidé d'enfermer les libéralités faites par le défunt dans une double limite.

¹²⁴² Devenu l'article 1094-1.

Tout d'abord, chaque gratifié ne pouvait recevoir au-delà du disponible qui lui est propre¹²⁴³. Ensuite, l'ensemble des libéralités ne pouvait dépasser la quotité spéciale entre époux la plus étendue afin de garantir l'intégrité de la réserve¹²⁴⁴. Toutefois, la comparaison pouvait s'avérer difficile. Ainsi, en présence d'un enfant, la quotité disponible ordinaire était d'une moitié tandis que la quotité disponible spéciale entre époux était d'un quart en propriété et trois quarts en usufruit. Afin de déterminer la quotité la plus étendue, la jurisprudence procédait à une évaluation de l'usufruit en recherchant son équivalence avec la nue-propriété. Pour cela, les juges évaluaient l'espérance de vie probable du conjoint survivant en fonction de son âge et de son état de santé. En outre, l'imputation des libéralités suivait des règles particulières. Si les libéralités aux tiers et au conjoint survivant étaient simultanées, alors la jurisprudence réduisait d'abord chaque libéralité au disponible propre de chaque gratifié puis réduisait proportionnellement les diverses libéralités contemporaines afin que le total ne dépasse pas le montant de la quotité disponible la plus forte telle qu'elle avait été déterminée. Cette réduction proportionnelle impliquait une imputation simultanée de toutes les libéralités contemporaines sur la quotité disponible la plus étendue et une conversion des libéralités en usufruit en une valeur en pleine propriété. En revanche, si les libéralités étaient successives, l'imputation se faisait par ordre d'ancienneté sur la quotité disponible ordinaire pour toutes les libéralités¹²⁴⁵. Une fois la quotité disponible ordinaire épuisée, le supplément éventuel de quotité disponible spéciale était réservé aux libéralités faites au conjoint survivant¹²⁴⁶. Cela signifie que si les libéralités faites au conjoint survivant avaient épuisé la quotité disponible ordinaire, les libéralités postérieures adressées à des tiers devaient être réduites¹²⁴⁷. Ce système avait pour intérêt de protéger efficacement la réserve héréditaire et la subsistance des enfants et descendants puisqu'ils étaient assurés de recevoir une part de la succession en pleine propriété.

¹²⁴³ Civ. 4 janvier 1869 : *D.P.* 1869, 1, 10 ; Civ. 30 décembre 1902, *S.* 1904, 1, 313, note NAQUET ; *D.P.* 1903, 1, 151.

¹²⁴⁴ Req. 20 décembre 1847 : *D.P.* 1848, 1, 16 ; Civ. 12 juillet 1848 : *D.P.* 1848, 1, 164 ; Req. 3 juin 1863 : *S.* 1863, 1, 417 ; Civ. 30 décembre 1902.

¹²⁴⁵ Civ. 7 mars 1849 : *D.* 1849.1.95.

¹²⁴⁶ Civ. 7 janvier 1824 ; Civ. 21 mars 1837 ; Civ. 24 juillet 1839 ; Civ. 22 novembre 1843.

¹²⁴⁷ Civ. 27 décembre 1848 : *D.P.* 1849, I, 57 ; Civ. 4 août 1846 : *D.P.* 1846, 1, 382.

434. Le cumul des quotités disponibles ordinaires et spéciales – Nouveau système - Un arrêt rendu par la Cour de cassation le 26 avril 1984¹²⁴⁸ confirmé les 20 février 1996¹²⁴⁹ et 12 mai 2010¹²⁵⁰ remet en cause ce système et consacre l'autonomie du disponible en usufruit. Désormais, les libéralités consenties au conjoint en usufruit s'imputent sur la quotité disponible spéciale en usufruit tandis que les libéralités adressées aux tiers s'imputent sur le disponible ordinaire. Ainsi, le *de cuius* garde la faculté de disposer en usufruit au profit de son conjoint alors qu'il a épuisé la quotité disponible ordinaire ou encore de disposer au profit d'un tiers alors qu'il a épuisé la quotité disponible spéciale entre époux en usufruit. En outre, le montant total des libéralités ne peut excéder la quotité disponible ordinaire en pleine propriété augmentée du disponible spécial en usufruit, ce que les commentateurs de l'arrêt ont nommé le cumul partiel des quotités. Même si le conjoint ne peut recevoir plus que son disponible spécial, le *de cuius* peut disposer de l'excédent de la quotité disponible ordinaire dont il n'a pas pu disposer au profit de son conjoint, au profit d'un tiers et priver ainsi ses descendants de la totalité de l'usufruit de la réserve et de la propriété de la quotité disponible ordinaire.

Cette nouvelle méthode d'imputation est favorable au conjoint survivant puisqu'elle lui garantit de recevoir au moins l'usufruit de la réserve. En revanche, certains auteurs ont critiqué l'atteinte excessive à la réserve des enfants du fait du cumul partiel des quotités qu'elle engendre¹²⁵¹ même si cette atteinte est censée n'être que temporaire.

¹²⁴⁸ Cass. 1^{re} Civ., 26 avril 1984, *Bull. civ.* I, n° 14 ; *D.* 1985, 133 et *Deffrénois* 1985, 33456, notes MORIN G. ; *RTD. Civ.* 1985, 194 et 758, obs. PATARIN J. ; *Gaz. Palais.* 1985, 2, 460, note DE LA MARNIERRE ; *Deffrénois* 1985, art. 33565, chron. GRIMALDI M. ; *JCP G* 1986, II, 20612, obs. ARRAULT M.

¹²⁴⁹ Cass. 1^{re} Civ., 20 févr. 1996 : *Bull. civ.* I, n° 99 ; *JCP* 1996. I. 3968, n° 9, obs. LE GUIDEC R. ; *RTD civ.* 1996. 452, obs. PATARIN J.

¹²⁵⁰ Cass. 1^{re} Civ., 12 mai 2010 : *Bull. civ.* I, n° 111 ; *Dalloz actualité*, 4 juin 2010, obs. ÉGÉA V. ; *AJ fam.* 2010. 331, obs. BICHERON F. ; *Dr. fam.* 2010, n° 105, obs. BEIGNIER B. ; *Deffrénois* 2011. 729, obs. VAREILLE B. ; *RLDC* 2010/74, no 3943, note CAMPÉL C.

Il convient à présent d'étudier l'objet des droits en usufruit dont le conjoint peut bénéficier.

B – L'objet de l'usufruit du conjoint survivant

435. Plan - L'usufruit peut porter sur des biens corporels ou incorporels. L'usufruit des biens corporels ne présente pas de difficultés particulières à l'exception de l'usufruit portant sur des biens consommables. L'usufruit portant sur des biens incorporels est également susceptible de poser des difficultés.

436. Régime du quasi-usufruit - Lorsque l'usufruit porte sur des choses qui se consomment par le premier usage, se crée alors un quasi-usufruit défini à l'article 587 du Code civil. Il n'est en effet pas possible d'user de ces choses sans les détruire, l'*usus* se confond alors avec l'*abusus*¹²⁵². Ainsi, le quasi-usufruitier est titulaire de l'*usus*, du *fructus* et de l'*abusus* ; il devient propriétaire des choses consommables selon la majorité de la doctrine¹²⁵³. Quant au nu-propriétaire, il perd son droit réel au profit d'un droit de créance contre le quasi-usufruitier puisque le quasi-usufruit autorise l'usufruitier à se servir des choses consommables¹²⁵⁴ ou à les aliéner¹²⁵⁵ mais

¹²⁵¹ ARRAULT M., *JCP G* 1986, II, 20612 obs sous Cass. 1^{re} Civ., 26 avril 1984.

¹²⁵² MALAURIE P., AYNÈS L., *Les biens, op. cit.*, n° 813, p. 268.

¹²⁵³ BAUDRY-LACANTINERIE, CHAUVEAU, *Traité théorique et pratique de droit civil des biens*, éd. 1896, n° 579, p. 369 ; JOSSERAND L., *Cours de droit civil positif français*, t. 1, éd. 1938, n° 1919 ; COLIN A., CAPITANT H., JULLIOT DE LA MORANDIÈRE L., *Traité de droit civil*, t. II, éd. 1969, n° 258 ; AUBRY C. ET RAU C., par ESMEIN A., *Droit civil français, Les biens*, 7^{ème} éd. 1961, p. 707, n° 454 ; TERRÉ F., SIMLER P., *op. cit.*, n° 790, p. 712 ; ZÉNATI, « La nature juridique du quasi-usufruit (ou la métémpsycose de la valeur) », *Mélanges Catala*, éd. Litec 2001, p. 605 ; IWANESKO M., « La nécessaire protection de l'héritier nu-propriétaire face au conjoint survivant quasi-usufruitier » *JCP N* 1995, 3226, p. 171.

¹²⁵⁴ Cass. 1^{re} Civ., 19 février 1980 : *Bull. civ.* I, n° 63.

¹²⁵⁵ Ainsi, l'usufruitier d'un fonds de commerce a le droit d'aliéner le stock sur lequel il dispose d'un quasi-usufruit : Com. 18 novembre 1968 : *Bull. civ.* IV, n° 324.

à charge de rendre, à la fin de l'usufruit, soit des choses de même quantité et valeur soit leur valeur estimée à la date de la restitution.

437. L'usufruit universel, un quasi-usufruit ? - Certains auteurs anciens pensaient que le quasi-usufruit ne se rencontre jamais à l'état isolé mais seulement lorsqu'un usufruit porte sur un ensemble de biens comme un usufruit universel ou à titre universel¹²⁵⁶. Cela signifierait que le conjoint survivant, en recevant son usufruit universel bénéficierait d'un quasi-usufruit dont il serait propriétaire à charge de restitution. Toutefois, cette opinion ne peut être retenue car elle s'attache à la conception romaine du quasi-usufruit, laquelle n'a pas été reprise par le Code civil qui fait porter le quasi-usufruit uniquement sur les biens consommables.

438. Objet du quasi-usufruit - On trouve fréquemment dans les successions des biens qui font l'objet d'un quasi-usufruit comme par exemple les deniers dépendant de la succession, qu'ils soient détenus comptants ou en compte bancaire, dont la liquidité est totale¹²⁵⁷, mais également le stock dépendant d'un fonds de commerce ou encore les créances tels les portefeuilles obligataires, les comptes à terme, les bons de capitalisation ou les indemnités d'assurance¹²⁵⁸. Le quasi-usufruit peut également être stipulé sur des biens non-consommables par la volonté de l'homme¹²⁵⁹; toutefois la doctrine majoritaire exclut les biens immobiliers arguant qu'il ne s'agit que

¹²⁵⁶ PLANIOL M., RIPERT G., *Traité pratique de droit civil français*, t. III par Picard, 2^{ème} édition 1952, n° 759.

¹²⁵⁷ 15% des successions ne seraient composées que d'argent liquide : SIRINELLI P., « Le quasi-usufruit », LPA 1993, n° 87, p. 31 et n° 89, p. 4.

¹²⁵⁸ IWANESKO M., « La nécessaire protection de l'héritier nu-propiétaire face au conjoint survivant quasi-usufruitier » JCP N 1995, 3226, p. 171.

¹²⁵⁹ TERRÉ F. ET SIMLER P., *op. cit.*, p. 713, n° 791, ZENATI-CASTAING F., REVET V., *op. cit.*, p. 484, n° 320. Cela a été confirmé par la Cour de cassation, laquelle a décidé en présence d'un usufruit successoral « que les choses, qui ne sont pas fongibles par leur nature peuvent devenir telles par la convention des parties, auquel cas les dispositions de l'article 587 du Code civil leurs sont applicables. » Cass Req. 30 mars 1926 : DH 1926, p. 217.

de biens uniques puisqu'aucun bien immobilier ne ressemble à un autre¹²⁶⁰. Pourtant, on peut réfuter cette analyse. En effet, les titres de sociétés peuvent faire l'objet d'un quasi-usufruit alors qu'aucune société ne ressemble à une autre¹²⁶¹. Si le donateur choisit de stipuler un quasi-usufruit sur un bien, c'est qu'il souhaite laisser une liberté accrue au donataire et qu'il considère le bien immobilier donné comme un bien de placement.

Le quasi-usufruit ne s'exerce que sur les biens consommables présents dans la succession au décès. Si le conjoint survivant et le nu-proprétaire vendent simultanément la nue-proprété et l'usufruit d'un bien non consommable, le conjoint survivant ne bénéficiera pas d'un quasi-usufruit sur le prix de vente mais le prix devra être partagé¹²⁶².

439. Risque pesant sur le quasi-nu-proprétaire - Le quasi-usufruit n'est pas sans risque pour le nu-proprétaire. Tout d'abord, la détermination de la consistance des biens soumis au quasi-usufruit peut être malaisée.

Ensuite, le nu-proprétaire n'a qu'un droit de créance et devient alors un simple créancier chirographaire sans garantie spéciale de restitution, ni droit de suite, ni droit de préférence¹²⁶³. Ainsi, si le quasi-usufructier gère mal son patrimoine et se rend insolvable, la restitution en valeur ou en nature peut s'avérer impossible.

Enfin, le risque majeur est celui de la dépréciation de la monnaie. Le principe du nominalisme monétaire impose de rendre le montant recueilli dans la succession du premier conjoint. L'inflation monétaire est constante et si le conjoint survivant survit

¹²⁶⁰ ZENATI F. « *La nature juridique du quasi-usufruit (ou la métempsychose de la valeur)* », *Mélanges Catala*, éd. Litec 2001, p. 605 ; SAUVAGE F., « Les nouvelles frontières du quasi-usufruit », *JCP N* 2000, 691, SIRINELLI P., « Le quasi-usufruit », *LPA* 1993, n° 87, p. 31 et n° 89, p. 4.

¹²⁶¹ HUBLLOT G., « Développements sur le quasi-usufruit : pour une plus grande vigilance » *RFN* 2014, n° 11, étude 26.

¹²⁶² Cass. 1^{re} Civ., 20 octobre 1987 : *Defrénois* 1987, 34119 et *D.* 1988, 85, notes MORIN G. ; *RTD Civ.* 1989, 580, obs. ZÉNATI ; *JCP N* 1988, II, 165, note RÉMY. Cette jurisprudence a été confirmée : Cass. 1^{re} Civ., 7 juin 1988 ; Cass. 1^{re} Civ. 3 juillet 1991 : *Bull. civ.* III, n° 203 ; Cass. 2^e Civ., 18 octobre 1989, *JCP G* 1990, II, 21502, note PILLEBOUT J.-F. ; *RTD Civ.* 1990, 115, obs. ZÉNATI ; Cass. 1^{re} Civ., 4 mai 1994, 665, obs. PATARIN J. ; *RTD Civ.* 1995, 402, obs. ZÉNATI.

¹²⁶³ IWANESKO M., « La nécessaire protection de l'héritier nu-proprétaire face au conjoint survivant quasi-usufructier » *JCP N* 1995, 3226, p. 171.

plusieurs dizaines d'années à son conjoint, l'argent du quasi-usufruit pourra être fortement déprécié¹²⁶⁴.

En raison de ces inconvénients et pour éviter le quasi-usufruit, les projets Sapin et Méhaignerie proposaient d'introduire un troisième alinéa dans l'article 757 prévoyant le partage des sommes d'argent au décès du *de cuius* « selon la valeur respective de leurs droits compte tenu de l'âge de l'usufruitier et de toute autre circonstance personnelle et sauf convention contraire ». Cela n'a pas été retenu ni dans la loi de 2001 ni dans celle de 2006. Cette proposition posait plusieurs difficultés. Tout d'abord, la méthode de répartition de l'usufruit aurait été à la discrétion des parties¹²⁶⁵. En cas de désaccord, quelle méthode aurait été appliquée ? Ensuite, cette solution n'était pas adaptée au cas le plus courant soit celui d'une veuve âgée quasi-usufruitière et de ses enfants nus-propriétaires. Pourtant, cette proposition aurait permis d'allier subsistance des réservataires et du conjoint survivant. Toutefois, il aurait été judicieux de prévoir que ce partage ne se fasse que sur demande d'une des parties car de nombreux enfants ne souhaitent pas dépouiller leur parent restant, alors que dans le cas d'une reconstitution familiale ou de désaccords familiaux, cette solution aurait permis d'éviter les conflits. En outre, il aurait été alors nécessaire que le législateur impose une règle en matière de conversion de l'usufruit.

440. L'usufruit des biens incorporels - Lorsque l'usufruit porte sur un bien incorporel tel qu'un portefeuille de valeurs mobilières, un fonds de commerce ou une créance, la Cour de cassation a reconnu, à l'usufruitier, le droit de gérer cette universalité en vendant les titres composant le portefeuille de valeurs mobilières à charge d'en maintenir la substance par emploi du prix et de le rendre¹²⁶⁶. Le quasi-usufruit et l'article 587 ne s'appliquent pas aux biens incorporels car leur usage ne peut pas se limiter à

¹²⁶⁴ SIRINELLI P., « Le quasi-usufruit », *LPA* 1993, n° 87, p. 31 et n° 89, p. 34.

¹²⁶⁵ Il existe en effet plusieurs méthodes d'évaluation de l'usufruit : une méthode dite « fiscale » qui repose sur l'article 762 du CGI et une méthode économique.

¹²⁶⁶ Cass. 1^{re} Civ., 12 nov. 1998 : *Juris-Data* n° 1998-004245 ; *JCP G* 1999, II, p. 336, note PIEDELIÈVRE S. ; *JCP N* 1999, p. 351, note HOVASSE H. ; *D.* 1999, p. 167, note AYNÈS L.

leur aliénation notamment en raison de leur nature frugifère¹²⁶⁷. Ainsi, cet usufruit se distingue du quasi-usufruit par l'obligation de conserver la substance du portefeuille en reemployant les fonds provenant de la vente des titres¹²⁶⁸. A défaut de emploi, l'usufruitier risque la déchéance de l'usufruit et le remboursement des sommes perçues.

441. Conclusion de section – La loi accorde parfois des droits complétant la réserve de certains héritiers ou concurrençant la réserve d'un autre héritier. Ainsi, le droit temporaire et viager au logement concurrence la réserve des enfants, ou complète la réserve du conjoint survivant, en donnant au conjoint un droit d'usage et d'habitation d'un an ou un droit viager sur le logement dépendant de la succession. Toutefois, ces droits n'ont pas le même effet. Alors que le droit temporaire au logement ne dure qu'un an et a pour but de laisser le temps au conjoint de régler sereinement la succession, le droit viager au logement confère un droit d'usage et d'habitation élargi en faveur du conjoint survivant, lequel peut porter sur la réserve des enfants.

La possibilité ouverte au conjoint de recueillir un usufruit universel dans la succession, que ce soit *ab intestat* ou conventionnellement vient également concurrencer la réserve des enfants en ne leur laissant qu'une réserve en nue-propriété. Or, nous avons démontré la dangerosité de ne donner qu'une nue-propriété aux enfants dans la section précédente.

§ III – Le droit de retour des père et mère

¹²⁶⁷ NAUDIN E., *op. cit.*, § 422, p. 197.

¹²⁶⁸ TERRÉ F., SIMLER P., *Les biens*, 9^{ème} éd. Dalloz, 2014, p. 728, § 814-1.

442. Un palliatif à la réserve des père et mère – Le droit de retour des père et mère est un moyen de conserver les biens dans la famille en organisant le retour des biens donnés¹²⁶⁹.

443. Toutefois, le droit de retour des père et mère a été créé à la suite de la suppression de la réserve des père et mère. Il constitue, par conséquent, un palliatif à cette suppression. Plusieurs arguments vont en ce sens : tout d’abord, le droit de retour peut s’exécuter en valeur. Ensuite, sa quotité, égale à la valeur du bien dans la limite du quart de l’actif net successoral, est identique à la quotité de l’ancienne réserve des ascendants¹²⁷⁰. Le droit de retour des père et mère n’est ainsi fondé ni sur la seule fonction de conservation des biens dans la famille, ni sur la seule fonction de subsistance des père et mère, ce qui explique que son régime tient à la fois du droit de retour et de la réserve héréditaire.

444. Concours entre le droit viager au logement et le droit de retour légal des père et mère – Selon certains auteurs et les travaux parlementaires, le droit de retour des père et mère aurait vocation à s’exercer en présence du

¹²⁶⁹ C’est la raison pour laquelle nous l’avons déjà étudié *infra* n° 58 et suiv. dans le chapitre traitant des droits de retour.

¹²⁷⁰ Conformément à l’ancien article 914 du Code civil qui disposait : « Les libéralités, par actes entre vifs ou par testament, ne pourront excéder la moitié des biens, si, à défaut d’enfant, le défunt laisse un ou plusieurs ascendants dans chacune des lignes, paternelle et maternelle, et les trois quarts s’il ne laisse d’ascendants que dans une ligne. Les biens ainsi réservés au profit des ascendants seront par eux recueillis dans l’ordre où la loi les appelle à succéder : ils auront seuls droit à cette réserve dans tous les cas où un partage en concurrence avec des collatéraux ne leur donnerait pas la quotité de biens à laquelle elle est fixée. »

conjoint survivant¹²⁷¹. Or, ce droit de retour des père et mère entre en conflit avec le droit viager. En effet, si les parents exercent leur droit de retour légal, le conjoint ne pourra plus bénéficier du droit viager d'habitation, faute de logement dépendant entièrement de la succession. Et si le conjoint exerce son droit viager d'habitation, ses beaux-parents ne pourront plus recueillir une quote-part du bien en pleine propriété et ne recueilleront pas les fruits du bien. Ces deux droits ne peuvent être mis en œuvre de manière conjointe¹²⁷². Quel droit doit-on faire primer ? Cette question est problématique puisqu'il s'agit de deux droits de nature successorale¹²⁷³. On pourrait arguer que le droit de retour des père et mère est impératif et d'ordre public tandis que le droit viager peut être écarté par la volonté du défunt traduite par un testament authentique et n'est que supplétif. Dès lors, en présence d'un concours d'un droit impératif d'ordre public et d'un droit supplétif, le premier devrait primer sur le second. Toutefois, on ne peut se fier uniquement au caractère impératif de la règle pour déterminer si elle est d'ordre public. Même si le droit viager peut être écarté, la solennité de cette exclusion tend vers un acte d'ordre public inspiré par la méfiance que le législateur a toujours placée dans le conjoint survivant. L'ordre public se fonde sur des intérêts supérieurs. Or le droit de retour des père et mère, dont le fondement est mixte, s'appuie à la fois sur le retour des biens dans la famille et la subsistance due à ses parents. En revanche, le droit viager est

¹²⁷¹ BLANCHEARD, « Le conflit du droit viager au logement du conjoint et du droit de retour légal des père et mère », *Deffrénois* 2009, p. 2047 ; LEVILLAIN N., *Juris-Classeur Liquidations-Partages*, V° SUCCESSION – Droit de retour légal des père et mère, 2007, § 23 : Selon Nathalie LEVILLAIN N., le fait que l'article 738-2 du Code civil se trouve dans la partie intitulée « Des droits des parents en l'absence de conjoint successible » n'est pas pertinent car il est inscrit dans une section générale consacrée aux droits des héritiers autres que le conjoint successible.

DELFOSSÉ A. ET PENIGUEL J.-F., *La réforme des successions et des libéralités*, Coll. De l'institut national de formation notariale, éd. Litec, 2007, § 326 ; HUYGUE S., *Rapport AN n° 2850*, p. 39 ; DE RICHEMONT H., *Rapport Sénat*, p. 328 : « Dans la mesure où le droit de retour pourrait s'exercer en valeur, votre commission vous soumet un amendement ayant pour objet d'éviter que, lorsque les biens donnés par les père et mère ont été aliénés et que les biens de la succession ne suffisent pas à remplir les droits que les ascendants peuvent avoir au titre du droit de retour, la charge ne passe aux héritiers désignés par le défunt, notamment à son conjoint survivant. » ; RÉDACTION DES ÉDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *Les successions et les libéralités après la réforme – Loi du 23 juin 2006*, éd. Dossier pratique Francis Lefebvre, 2006, § 423 pour lesquels le droit de retour doit s'appliquer en présence d'un conjoint puisqu'il a pour but de pallier la suppression de la réserve des ascendants qui profite désormais au conjoint.

¹²⁷² BLANCHEARD, « Le conflit du droit viager au logement du conjoint et du droit de retour légal des père et mère », *Deffrénois* 2009, p. 2047.

¹²⁷³ voir *supra* n° 65.

entièrement fondé sur la subsistance. Il paraît difficile de déshabiller les père et mère pour habiller le conjoint et inversement¹²⁷⁴. Toutefois, le législateur peut, de lui-même, apporter des dérogations à l'ordre public et on peut penser que le droit viager au logement constituerait ainsi une dérogation au droit de retour légal des père et mère puisque dans l'ordre public successoral, le conjoint survivant prime les père et mère. Mais cela signifie que la subsistance des père et mère n'est pas assurée. Il a été proposé, pour résoudre cette difficulté, de permettre l'exercice du droit de retour en valeur afin de concilier ces deux impératifs d'autant qu'une exécution en valeur est prévue par l'article 738-2 du Code civil en cas d'aliénation du bien¹²⁷⁵. En effet, l'exercice du droit viager du conjoint fonderait l'impossibilité du retour en nature ouvrant ainsi le droit au retour en valeur¹²⁷⁶. Toutefois, la loi restreint strictement le retour en valeur au cas où le retour ne peut s'exercer en nature alors que dans ce cas précis, le retour en nature peut avoir lieu même s'il a pour effet de priver le conjoint de son droit viager au logement.

Outre son droit au logement, le conjoint survivant bénéficie de droits successoraux *ab intestat* très larges, empiétant même sur la réserve des descendants.

445. Conclusion du chapitre – Depuis la loi du 23 juin 2006, la réserve en valeur est le principe ne laissant qu'une créance aux réservataires lorsque le *de cuius* a disposé à titre gratuit des biens successoraux ayant vocation à composer la réserve. Toutefois, on ne peut pas affirmer que la réserve est devenue une *pars bonorum*, même si elle s'en rapproche, pour trois raisons : tout d'abord, il est nécessaire de se porter héritier pour obtenir sa réserve. Ensuite, la réserve porte sur les biens successoraux puisqu'hormis le cas où le

¹²⁷⁴ En ce sens également : BLANCHEARD, « Le conflit du droit viager au logement du conjoint et du droit de retour légal des père et mère », *Deffrénois* 2009, p. 2047.

¹²⁷⁵ Ainsi qu'il a déjà été dit *supra* n° 68, lorsque les parents souhaitent conserver un bien dans la famille, ils stipulent un droit de retour conventionnel. L'hypothèse du concours entre le droit légal de retour des père et mère et le droit viager risque de n'être qu'un cas d'école ou alors de ne porter que sur des biens de faible valeur ou qui ont été fortement enrichis par les époux (comme un terrain familial surbâti par les époux). Le retour en valeur serait la solution idéale.

¹²⁷⁶ BLANCHEARD, « Le conflit du droit viager au logement du conjoint et du droit de retour légal des père et mère », *Deffrénois* 2009, p. 2047.

de cuius a disposé de la totalité de son patrimoine à titre gratuit, les réservataires pourront se voir attribuer des biens de la succession. Enfin, les modes de calcul de la réserve, de la réduction et du cantonnement des charges démontrent que la réserve porte sur des biens et pas simplement sur une somme d'argent. Le législateur a simplement pris en compte l'introduction de la dette de valeur des biens dans le droit successoral en permettant que le réservataire puisse ne recevoir qu'une créance.

Le législateur a, par ailleurs, mis à mal le fondement alimentaire de la réserve. En effet, en accordant des droits concurrents à la réserve des descendants au conjoint survivant, tels que les droits temporaires et viagers au logement ou encore la quotité disponible spéciale entre époux et l'usufruit universel *ab intestat* du conjoint survivant, il est porté atteinte à la réserve des descendants. La réserve *pars hereditatis* impose de se porter héritier et ainsi d'être tenu aux dettes alors que l'actif revenant aux descendants sera trop souvent grevé d'usufruit.

446. Conclusion du Titre II – La fonction de subsistance a toujours été au cœur de la réserve. Elle n'a toutefois pas toujours pris la forme d'une réserve. En droit romain, la légitime était *pars bonorum*. Les héritiers bénéficiaient d'une créance contre l'héritier institué sur le fondement du devoir de piété de leur parent. En droit coutumier, en revanche, la soutenance des puînés et des filles imposait, à l'aîné gratifié, de pourvoir à la situation de ses frères et sœurs. la soutenance a ensuite laissé sa place à la légitime de droit romain mais introduite *pars hereditatis*. Le douaire de la veuve, quant à lui, donnait un usufruit sur une part des biens propres du mari à la veuve. Lorsque les rédacteurs du Code civil ont créé la réserve du Code civil, ils ont repris, pour une large part, la légitime coutumière avec son fondement alimentaire mais sa nature *pars hereditatis*.

Dans le droit contemporain, la fonction de subsistance est toujours au cœur de la réserve puisqu'on observe un glissement vers une réserve – créance dans la succession. En outre, le législateur tend à offrir de nouveaux droits alimentaires à d'autres héritiers allant jusqu'à concurrencer leur réserve. C'est ainsi le cas du conjoint survivant qui bénéficie d'un droit temporaire et viager au logement et d'un usufruit universel soit *ab intestat* soit conventionnel. Les descendants peuvent ainsi voir leurs aliments différés jusqu'au décès du conjoint, ce qui est contraire à la vocation alimentaire de la réserve.

Conclusion de la seconde partie

447. La famille a, de tout temps, été un instrument de solidarité familiale. La fonction de subsistance de la réserve existe depuis le droit romain et la création de la *querela inofficiosi testamenti* fondée sur le devoir de piété. En droit coutumier, elle existait également de façon sous-jacente grâce à la soutenance puis plus tard à la légitime coutumière. La veuve était également protégée par le douaire qui lui donnait un droit d'usufruit sur une partie des biens propres de son époux. La réserve du Code civil est également fondée sur le devoir de subsistance.

En droit contemporain, cette fonction prend l'ascendant sur la fonction de promotion d'un modèle familial en raison de la montée de l'individualisme dans la société. La nature de la réserve tend à se rapprocher d'une créance en raison de la généralisation de la réserve en valeur et de ce qu'elle devient une part privative de la succession affectée à un héritier réservataire. Toutefois, il s'agit toujours d'une créance particulière assise sur les biens de la succession.

Le législateur a également voulu compléter ou donner de nouveaux droits alimentaires à certains héritiers. Ainsi, le conjoint survivant bénéficie désormais d'un droit temporaire et viager au logement et d'un usufruit légal ou conventionnel portant sur la réserve des enfants. Mais, la volonté du législateur de donner une subsistance à plusieurs personnes entraîne une diminution qualitative de la réserve. Très souvent, les enfants n'ont, en présence d'un conjoint survivant, qu'une réserve différée au décès de ce conjoint alors qu'ils sont tenus et obligés aux dettes de la succession.

Conclusion générale

448. Conclusion - La réserve a, de tout temps, rempli deux rôles : un rôle politique d'organisation de la société et un rôle social de promotion d'un modèle familial et de subsistance.

Le rôle politique a varié au fil du temps. En droit coutumier, il soutenait la conservation des biens propres et nobles dans la famille dans les mains de l'aîné, dans le but d'avoir des familles puissantes. La réserve coutumière n'était pas le seul instrument permettant la conservation des biens dans la famille puisqu'elle était complétée par les privilèges d'aînesse et de masculinité pour les biens nobles, ainsi que par la succession contractuelle. Toutefois, les inégalités engendrées par la conservation des biens dans la famille a renversé cette fonction lors de la Révolution. Dans le Code civil, c'est l'égalité qui est prônée par la réserve, cette égalité servant également à disperser les biens. La réserve *pars hereditatis* et la prohibition de la succession contractuelle du Code civil permettent d'atteindre ce but. Dans le droit contemporain, l'égalité apparaît toutefois comme un frein à la liberté de disposer et à la volonté du *de cuius*. La loi du 23 juin 2006 a tenté de ranimer les successions contractuelles afin de donner plus de liberté au *de cuius* en supprimant la prohibition des substitutions fidéicommissaires et en créant de nouveaux pactes sur succession future. Toutefois, le législateur s'est parfois laissé entraîner trop loin dans cette voie. On peut citer le mandat à effet posthume qui donne la liberté au *de cuius* de priver ses héritiers réservataires de la gestion de leur réserve, après son décès. Même si ce mandat est borné par l'obligation d'avoir un intérêt légitime et sérieux au regard de l'héritier ou du patrimoine successoral, il porte une atteinte grave à la réserve héréditaire. En effet, les pouvoirs du mandataires sont très étendus et l'héritier ne peut se défaire du mandat qu'en vendant les biens, objet du mandat ou en arguant judiciairement de la disparition de l'intérêt sérieux et légitime.

Les substitutions fidéicommissaires, ranimées par le législateur de 2006, ne sont pas exemptes de critiques. En effet, le simple consentement du grevé dans l'acte de

donation permet d'imposer la charge de conserver et transmettre sur la réserve. Pire, si la charge est prévue dans un testament, l'acceptation est présumée au bout d'une année. Ces dispositions témoignent de la volonté du législateur de faire primer la volonté du *de cuius* sur la protection de la réserve et elles doivent être modifiées.

Enfin, la renonciation à l'action en réduction autorise désormais le réservataire à renoncer par anticipation à son action en réduction, dès avant le décès du *de cuius*. Or, cette renonciation cristallise toutes les critiques puisqu'elle est extrêmement dangereuse pour le renonçant. Celui-ci renonce à exercer son action en réduction au profit d'un bénéficiaire mais il ne peut exiger ni contrepartie, ni renonciation conditionnelle. En outre, il engage ses représentants. Enfin, alors qu'il ne peut plus agir en réduction, il reste tenu au passif de la succession.

Le rôle social de la réserve protège deux aspects : la composition de la famille tout d'abord, puis sa subsistance. La réserve permet tout d'abord de structurer et protéger la famille. Cette fonction était particulièrement présente en droit romain, afin de préserver la *gens* puis la *familia*. Le Code civil protégeait également la famille composée d'un couple marié en premières noces et de ses enfants légitimes. Elle restreignait les droits successoraux et la capacité de disposer envers les enfants illégitimes et les conjoints subséquents. Ce rôle de protection de la famille s'amoindrit dans le droit contemporain puisque la famille est devenue individualiste. En revanche, la famille est un mécanisme important de solidarité familiale puisque la fonction de subsistance prend de l'ampleur. La famille a toujours été un instrument de solidarité familiale, que ce soit en droit romain, coutumier ou dans le Code civil et tend à le devenir de plus en plus en droit contemporain. Ainsi, la réserve tend à se rapprocher d'une créance, même si elle reste assise sur les biens successoraux. Elle tend également à être complétée par de nouveaux mécanismes ayant aussi un but alimentaire tels que les droits au logement du conjoint survivant ou l'usufruit légal ou conventionnel du conjoint. En revanche, même s'il a voulu faire de la réserve un instrument de solidarité familiale pour tous les membres de la famille, le législateur a manqué son but. En effet, les descendants, en présence d'un conjoint survivant, ne bénéficient que d'une réserve différée, voire d'une « espérance » de réserve. Ainsi, la subsistance à laquelle ils auraient droit est repoussée au décès du second conjoint alors que les descendants sont tenus au passif. Il apparaît donc nécessaire de remettre

à plat les droits du conjoint et des descendants afin de trouver une articulation satisfaisante entre les droits à subsistance de tous les membres de la famille.

La société devient de plus en plus individualiste et revendique toujours plus de liberté. L'étude des deux fonctions de la réserve aux travers des âges nous démontre que la réserve héréditaire est un instrument souple, capable de s'adapter aux évolutions de la société puisque les fonctions politiques et sociales ont varié dans le temps. La réserve est encore utile puisqu'elle constitue un contrepoids à la montée de l'individualisme dans notre société. Elle est l'instrument privilégié de l'État pour préserver les équilibres entre les patrimoines.

Bibliographie

I - Ouvrages généraux, traités et manuels

AUBRY Charles, RAU Charles,

- *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. VI, 4^{ème} éd., 1873.
- *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. VII, 4^{ème} éd., 1875.
- *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. VIII, 4^{ème} éd., 1883.
- *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. XI, 5^{ème} éd. Marchal et Godde, 1919.

AUBRY Charles, RAU Charles, par **ESMEIN Adhémar**, *Droit civil français, Les biens*, 7^{ème} éd., 1961

AUDIT Bernard, *Droit international privé*, 5^{ème} éd. Economica, 2008.

AUDIT Bernard, D'AVOUT Louis, *Droit international privé*, 7^{ème} éd. Economica, 2013

BAUDRY-LACANTINERIE Gabriel, CHAUVEAU M., *Traité théorique et pratique de droit civil des biens*, éd. 1896.

BEIGNIER Bernard, *Libéralités et successions*, éd. Montchrestien – Lextenso Editions, 2010.

BERGEL Jean-Louis, BRUSCHI Marc, CIMAMONTI Sylvie, *Traité de droit civil sous la direction de Jacques Ghestin – Les biens*, éd. L. G. D. J., 2010.

BUREAU Dominique, MUIR WATT Horatia, *Droit international privé*, t. 1, éd. PUF, 2014

CARBONNIER Jean, *Sociologie du droit des successions*, 1963-1964.

COLIN Ambroise, CAPITANT Henri, JULLIOT DE LA MORANDIÈRE Léon,

- Cours élémentaire de droit civil français, t. III, les régimes matrimoniaux, les successions, les libéralités, 10^{ème} éd. par, Dalloz, 1950.
- *Traité de droit civil*, tome II, éd. Dalloz, 1959.

CORNU Gérard (dir.), Association **Henri CAPITANT**, *Vocabulaire juridique*, 10^{me} éd. P. U. F. coll. Quadrige, 2014.

CORNU Gérard, *Droit civil – Les biens*, 13^{ème} éd. Montchrétien, 2007.

DEMOLOMBE Charles, Cours de Code Napoléon,

- t. I, *Traité des successions*, éd. Auguste Durand, 1857.
- t. II, *Traité des successions*, éd. Auguste Durand, 1857.
- t. III, *Traité des successions*, éd. Auguste Durand, 1857.
- t. IV, *Traité des successions*, 2^{ème} éd. Auguste Durand, 1862.
- t. V, *Traité des successions*, 2^{ème} éd. Auguste Durand, 1862.
- t. I, *Traité des donations entre vifs et testaments*, éd. Auguste Durand, 1861.
- t. II, *Traité des donations entre vifs et testaments*, éd. Auguste Durand, 1862.
- t. III, *Traité des donations entre vifs et testaments*, éd. Auguste Durand, 1863.
- t. IV, *Traité des donations entre vifs et testaments*, éd. Auguste Durand, 1864.
- t. V, *Traité des donations entre vifs et testaments*, éd. Auguste Durand, 1865.
- t. VI, *Traité des donations entre vifs et testaments*, éd. Auguste Durand, 1866.

DURANTON A., *Cours de droit civil français suivant le Code civil*, Tome VIII, 4^{ème} éd., G. Thorel et Guilbert Librairies, 1844.

FERRE-ANDRE Sylvie, BERRE Stéphane, *Successions et Libéralités*, 2^{ème} éd. Hypercours Dalloz, 2014.

GUEVEL Didier, *Successions, Libéralités*, 2^{ème} éd. Armand Colin, coll. Compact, 2004.

GRIMADI Michel, *Droit civil – Successions*, 6^{ème} édition, éd. Litec, 2001.

JOSSERAND Louis, *Cours de droit civil positif français, Troisième partie : Les régimes matrimoniaux, les successions légales, les libéralités*, 3^{ème} édition, Librairie du recueil sirey, 1940.

JUBAULT Christian, *Droit civil : les successions, les libéralités*, 2^e éd. Montchrétien, 2010.

DE LA MORANDIÈRE Léon, *Droit civil, tome IV*, éd. Dalloz, coll. Précis, 1961.

LARROUMET Christian,

- *Droit civil, t. III, Les obligations, le contrat*, 5^{ème} éd. Economica 2003.
- *Droit civil – t. II, Les biens – Droits réels principaux*, 5^e éd. Economica, 2006.

LAURENT F., *Principes de droit civil français*, tome dixième, A. Durant & Pedone Lauriel, 1874.

LEROYER Anne-Marie, *Droit des successions*, 2^{ème} éd. Dalloz, 2011.

MARCADE Victor, *Explication théorique et pratique du Code civil*, t. III et IV, 7^{ème} éd. Delamotte et fils, 1873.

MALAURIE Philippe, AYNÈS Laurent,

- *Les biens*, 2^{ème} éd. Defrénois, 2007.
- *Les successions, les libéralités*, 5^{ème} éd. LGDJ, 2012.

MALAUURIE Philippe, BRENNER Claude, *Les successions, les libéralités*, 6^{ème} éd. LGDJ, 2014.

MARCADÉ Victor,

- *Explication théorique et pratique du Code civil*, tome III, 7^{ème} édition Delamotte et fils, 1873.
- *Explication théorique et pratique du Code civil*, tome IV, 7^{ème} édition Delamotte et fils, 1873.

MARTY Gabriel, RAYNAUD Pierre,

- *Les successions et les libéralités*, éd. Sirey, 1983.
- *Droit civil, Les biens*, 2^{ème} éd. Sirey, 1980.

MAZEAUD H. et L., MAZEAUD J., *Leçons de droit civil*, t. IV, éd. Montchrestien, 1963.

MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, *Leçons de droit civil*, t. IV, 2^{ème} vol. *Successions – Libéralités*, 5^{ème} éd. par **Laurent LEVENEUR et Sylvie LEVENEUR**, éd. Montchrestien, 1999.

MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, *Leçons de droit civil*, t. I, 3^{ème} vol. *La famille*, 7^{ème} éd. par **Laurent LEVENEUR**, éd. Montchrestien, 1995.

MAZEAUD Henri et Léon, MAZEAUD Jean, CHABAS François, *Leçons de droit civil*, t. II, 1^{er} vol. *Obligations – théorie générale*, 9^{ème} éd. par **François CHABAS**, éd. Montchrestien, 1998.

PIEDELIEVRE Stéphane, *Successions et libéralités*, éd. Larcier, 2014.

PLANIOL M., RIPERT G., *Traité élémentaire de droit civil*, t. III, Régimes matrimoniaux, les successions, les donations et testaments, 11^{ème} éd. L. G. D. J., 1932.

PLANIOL Marcel, RIPERT Georges, BOULANGER Jean, *Traité élémentaire de droit civil de Planiol*, t. III, Régimes matrimoniaux, successions-libéralités, 4^{ème} éd. L. G. D. J., 1951.

PLANIOL Marcel, RIPERT Georges, PICARD Maurice, *Traité pratique de droit civil français*, t. III par, 2^{ème} édition 1952.

REY Alain, *Dictionnaire historique de la langue française*, éd. Le Robert, 2010.

RONDEAU-RIVIER Marie-Christine, *Le remariage*, thèse Lyon, 1981.

DE ROTON-CATALA Marie-Claude, *Droit patrimonial de la famille 2015-2016*, éd. Dalloz, 2015.

SÉRIAUX Alain, *Les successions, Les libéralités*, PUF, Droit fondamental, 3^{ème} éd., 2003.

TERRÉ François, SIMLER Philippe, *Les Biens*, 9^{me} éd. Dalloz, 2014.

TERRÉ François et LEQUETTE Yves, *Les successions, les libéralités*, Dalloz, 3^e édition, 1997.

TERRÉ François, LEQUETTE Yves, GAUDEMET Sophie, *Droit civil, Les successions, les libéralités*, 4^{ème} éd. Dalloz, coll. Précis Droit privé, 2013.

TROPLONG Maurice, *Le droit civil expliqué, De la vente*, tome premier, chez Carles Hingray, Librairie-éditeur, 1834.

VOIRIN Pierre, GOUBEAUX Gilles, *Droit civil, Régimes matrimoniaux, Successions, Libéralités*, t. 2, 25^e éd. L. G. D. J., 2008.

ZENATI-CASTAING Frédéric, REVET Thierry, *Les biens*, 3^{ème} éd. PUF, 2008.

II - Ouvrages spéciaux, thèses, monographies

REDACTION DES EDITIONS FRANCIS LEFEBVRE, *Les successions et les libéralités après la réforme – Loi du 23 juin 2006*, éd. Dossier pratique Francis Lefebvre, 2006.

AUDIC Olivia, *Les fonctions du document en droit privé*, éd. LGDJ, 2004.

BASIRE Yann, *Les fonctions de la marque : essais sur la cohérence du régime juridique d'un signe distinctif*, éd. LexisNexis, 2014.

BEAUTEMPS-BEAUPRÉ C. -J., *De la portion des biens disponibles et de la réduction*, éd. A Durand, 1855-1856.

BEAUBRUN Marcel, *L'ordre public successoral*, thèse Paris, 1979.

BEIGNIER Bernard, *La réforme du droit des successions – Loi du 3 décembre 2001 : analyse et commentaire*, éd. Litec, coll. Carré droit, 2002.

BEIGNIER Bernard, DO CARMO SILVA Jean-Michel, FOUQUET Alain, TORICELLI-CHRIFI Sarah, *Liquidations de régimes matrimoniaux et de successions*, 4^{ème} éd. Defrénois, 2013.

BEVIN G., *Les nouveaux aspects de la théorie des pactes sur succession future*, thèse Paris, Imprimerie Paul Surmély, 1942.

BOLTANSKI Luc, THEVENOT Laurent, *De la justification. Les économies de la grandeurs*, éd. Gallimard, coll. NRF Essais, 1991.

BOUCHÉ Xavier, *Protection du conjoint survivant – Guide d'optimisation juridique et fiscale*, éd. Francis Lefebvre, coll. Dossiers pratiques Francis Lefebvre, 2005.

BRENNER Claude,

- *Juris-Classeur Civil Code, V° LIBERALITÉS – Réserve héréditaire, Quotité disponible – Nature, caractère, fondement et dévolution de la réserve*, 2009.

- Juris-Classeur Civil Code, V° *SUCCESSIONS – Réserve héréditaire. Quotité disponible. Réduction des libéralités excessives. – Renonciation anticipée à l'action en réduction*, 2007.

BROWN N., WESTON C. A., Juris-Classeur notarial répertoire - droit comparé, V° Grande-Bretagne. - Droit anglais – Donations, successions, trusts, droit international privé, 1997.

CARBONNIER Jean, Introduction à Droit et passion du droit sous la Ve République, Paris, 1996.

CARBONNIER Jean, CATALA Pierre, DE SAINT AFFRIQUE Jean, MORIN Georges, *Des libéralités, une offre de loi*, éd. Defrénois, 2003.

CATALA Pierre, Juris-Classeur Civil Code, V° *Des droits du conjoint successible – Des droits au logement*, 2007.

CHIANÉA Gérard, *Histoire des institutions publiques de la France, T. I – Du démembrement à la reconstitution de l'Etat (476-1492)*, coll. Droit en plus, éd. PUG, 1996

COLLARD Fabrice, Juris-Classeur Notarial Formulaire, V° *DONATIONS ENTRE VIFS. - Donation graduelle, Clause de remploi*, 2013.

COIN-DELISLE J. -B. -C., *Limite du droit de rétention par l'enfant donataire renonçant*, Librairie de jurisprudence de Cotillon, 1852.

COLOMBET Claude, FOYER Jacques, HUET-WEILLER Danièle, LABRUSSE-RIOU Catherine, *La filiation légitime et naturelle – Étude de la loi du 3 janvier 1972 et de son interprétation*, 2^e éd. Dalloz, 1977.

CLAPS-LIENHART M., *L'ordre public – Essai*, thèse Lyon, 1934.

DEBORDEAUX Danièle, STROBEL Pierre, *Les solidarités familiales en question – Entraide et transmission*, éd. LGDJ, 2002.

DELFOSSÉ Alain, PENIGUEL Jean-François, *La réforme des successions et des libéralités*, Coll. De l'institut national de formation notariale, éd. Litec, 2007.

DEUMIER P., REVET T., *Dictionnaire de la culture juridique*, dir. **ALLAND Denis et RIALS Stéphane**, 16^{ème} éd. P. U. F. coll. Quadriga, 2007.

DESBOIS H., *Le droit d'auteur en France*, 3^{ème} édition Dalloz, 1978.

DRUET, *De la légitime en droit romain et de la réserve en droit français*, thèse Poitiers, 1863.

DUARD-BERTON Christine, *L'ordre public dans le droit de la famille*, thèse Paris, 2004.

FONGARO Éric, NICOD Marc, « Réserve héréditaire, Quotité disponible », *Répertoire de droit civil*, 2011.

FORGEARD Marie-Cécile, *Juris-Classeur Liquidation-Partage, V° PARTAGE DE SUCCESSION . – Masse passive. Composition . – Dettes et charges de la succession . – Dettes nées du fonctionnement de l'indivision*, 2012.

FORGEARD Marie-Cécile, CRÔNE Richard, GELOT Bertrand,

- *La réforme des successions, Loi du 3 décembre 2001 : Commentaire et formules*, éd. Defrénois, 2002.
- *Le nouveau droit des successions et des libéralités : loi du 23 juin 2006*, éd. Defrénois, 2007.

GARCIA-RUBIO M. P., *Juris-Classeur Notarial Répertoire - droit comparé, V° Espagne – Successions et donations*, 2000.

GAUDEMET Jean, *Les naissances du droit, Le temps, le pouvoir et la science au service du droit*, 3^{ème} éd. Montchrestien, 2001.

GEGOUT M., *Juris-Classeur Civil, V° ORDRE PUBLIC ET BONNES MOEURS*, 1979.

GINOSSAR S., *Droit réel, propriété et créance. Élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, éd. LGDJ, 1960.

GOURJU A., *La réserve, étude de droit civil*, éd. Rabutot, 1870.

GRIMALDI Michel, Juris-Classeur Civil, V° PARTAGE D'ASCENDANT – Introduction, 1991.

GROFFIER E., *Juris-Classeur Notarial Répertoire - droit comparé, V° Canada (provinces anglophones) – Filiation. Adoption. Tutelle. Successions*, 2008.

HUGOT Jean, PILLEBOUT Jean-François, *Les droits du conjoint survivant*, 2^e éd. Litec, 2005.

JOSSERAND Louis, *De l'esprit des droits et de leur relativité – Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, 2006.

JUILHARD J., *Le droit de tester et la réserve héréditaire des enfants dans le Code civil – Etude d'histoire et de philosophie juridique*, thèse Dijon, 1904.

KONDYLI Ioanna, *La protection de la famille par la réserve héréditaire en droits français et grec comparé*, éd. L. G. D. J, 1997.

KORNICKER H.-W., *Juris-Classeur notarial répertoire - droit comparé, V°Allemagne-RFA – Successions et libéralités*, 1997.

LACORDAIRE H.-D., *52^{ème} conférence de Notre-Dame - Oeuvres du Révérend Père Lacordaire*, Poussielgue frères, Paris, 1872, 9 vol., t. IV.

LEFEBVRE-TEILLARD Anne, *Introduction historique au droit des personnes et de la famille.*, éd. Des Presses universitaires de France, coll. Droit fondamental, 1996.

LE GUIDECE Raymond, *Liquidations – exercices corrigés*, éd. Ellipses, 2012.

LE GUIDECE Raymond, CHABOT Gérard, *Rép. Civ. Dalloz, V° Succession*, 2009.

LEPROVAUX Jérôme, *La protection du patrimoine familial*, éd. Defrénois, 2008.

LEVILLAIN Nathalie,

- *Juris-Classeur Liquidations-Partages, V° SUCCESSION – Droit de retour légal dans la succession de l'adopté simple*, 2007.

- Juris-Classeur Liquidations-Partages, V° *SUCCESSION – Droit de retour légal des père et mère*, 2007.
- Juris-Classeur Liquidations-Partages, V° *SUCCESSION – Renonciation anticipée à l'action en réduction*, 2009.
- Juris-Classeur Notarial Formulaire, V° *SUCCESSION – Mandat à effet posthume*, 2011.
- Juris-Classeur Liquidations-Partages, V° *SUCCESSION – Renonciation anticipée à l'action en réduction*, 2012.

LEVILLAIN Nathalie, FORGEARD Marie-Cécile, *Liquidation des successions*, 2^{ème} éd. Dalloz, 2013.

MALAURIE Philippe, *Les contrats contraires à l'ordre public (étude de droit civil comparé : France, Angleterre, U. R. S. S.)*, thèse Paris, 1951.

MARMION J., *Etude sur les lois d'ordre public en droit civil interne*, thèse Paris, 1924.

MARTIN Dominique, CATALA Pierre, *Juris-Classeur Civil, V° SUBSTITUTIONS – Substitutions permises – Conditions*, 2004.

MATHIEU Michel,

- Juris-Classeur Liquidations-partage, V° *SUCCESSIONS – renonciation anticipée à l'action en réduction*, 2012.
- Juris-Classeur Notarial Formulaire, V° *DONATIONS ENTRE VIFS – Donations graduelles – Régime général*, 2011.
- Juris-Classeur Notarial Formulaire, V° *DONATIONS ENTRE VIFS – Donation graduelle au profit d'un héritier réservataire – Rapport des donations graduelles*, 2011.
- Juris-Classeur Notarial Formulaire, V° *DONATIONS ENTRE VIFS – Donations résiduelles*, 2011.

MICHAELIDES-NOUAROS G., *Contribution à l'étude des pactes successoraux en droit byzantin (justinien et post-justinien)*, thèse Paris, éd. Héraclès, 1937.

MONTOUX Danielle, Juris-Classeur Notarial formulaire, *V° Inventaire – Règles générales*, 2010.

MONTOUX Danielle, ZALEWSKI Vivien, Juris-Classeur Liquidations-Partages, *V° Conversions d'usufruit – conversion en propriété, nue-propriété ou rente viagère*, 2013.

MORIN J., *Les pactes sur successions futures en droit positif français actuel*, thèse Paris, éd. Jouve et C^{ie}, 1931.

MORIN G., VION M., CRÔNE Richard, FORGEARD Marie-Cécile, LEVILLAIN Nathalie, *Recueil de solutions d'examens professionnels – Droit de la famille, régimes matrimoniaux, divorce, indivision, libéralités et successions*, tome 2, 12^{ème} éd. Defrénois, 2008.

NAST M., *Étude sur la prohibition des pactes sur succession future*, thèse Paris, Librairie de société du recueil J. -B. Sirey et du journal du Palais, 1905.

NICOD Marc,

- Juris-Classeur Civil Code, *V° LIBERALITES – Libéralités graduelles – Notion, Domaine*, 2007.
- Juris-Classeur Civil Code, *V° LIBERALITES – Libéralités graduelles – Effets, pouvoirs, dénouement*, 2008.
- Juris-Classeur Civil Code, *V° LIBERALITES – Libéralités résiduelles – Notion, Formation, effets*, 2009.

NICOLESCO O. -N., *Nature de la réserve légale et des personnes qui y ont droit*, thèse Paris, 1888.

NIBOYET Frédérique, *L'ordre public matrimonial*, éd. LGDJ, 2008.

PARIS Guillaume, *Les droits de retour légaux des articles 738-2 et 757-3 du Code civil*, thèse Paris, 2012.

PATARIN Jean, Juris-Classeur Civil Code, V° *DONATIONS ET TESTAMENTS* . – *Donations entre époux – Quotité disponible entre époux . – Modalités d'exécution et réduction de la libéralité*, 2002.

PAVY A., *De la réserve des descendants et ascendants, en droit civil moderne*, thèse Douai, 1884.

PETITJEAN H., *Fondement et mécanisme de la transmission successorale en droit français et en droit anglais – étude de droit comparé et de droit international privé*, éd. L. G. D. J., 1959.

PERNEY Danielle, *La nature juridique de la réserve héréditaire*, thèse Nice, 1976.

PLACE M.-H., CAUCHOIS LE MIÈRE P., *Guide pratique de la transmission successorale en Europe*, éd. Litec, 1993.

PORTALIS J.-E.-M., *Discours préliminaire au premier projet de Code civil*, éd. Confluences, 1999.

PRIEU M., *La nature collective de la réserve héréditaire dans le Code civil français*, thèse Paris, éd. P. U. F., 1932.

REVILLARD Mariel, *Droit international privé et communautaire : pratique notariale*, éd. Defrénois, 7^e éd., 2010.

ROUBIER Paul, *Le droit transitoire (conflit des lois dans le temps)*, Dalloz et Sirey, 2^eème édition, 1960.

DE SAINT-AFFRIQUE Jean Bernard, Juris-Classeur Civil Code V° *SUCCESSIONS* . – *Droits des parents en l'absence de conjoint successible . – Des ordres, des degrés, de la division par branches*, 2006.

TCH'EN H.-F., *L'institution de la réserve héréditaire et la « Family provision » en droit successoral anglais*, thèse Paris, éd. Sirey, 1941.

TEILLAIS Georges, *Guide des droits du conjoint survivant*, éd. Edilax, 2008.

TESTU François-Xavier, *L'influence de la destination des biens sur leur transmission successorale (Essai sur la fonction du droit des successions et des libéralités)*, thèse Paris X, 1983.

THÉRY Irène, *Couple, filiation et parenté aujourd'hui, Le droit face aux mutations de la famille et de la vie privée*, éd. La documentation française, 1998.

TISSERAND Alice, *L'enfant adultérin*, Thèse Strasbourg 1990.

TRANCHANT Laetitia, *Juris-Classeur Civil Code V° USUFRUIT – Droits et obligations de l'usufruitier – Obligations de l'usufruitier avant l'entrée en jouissance*, 2012.

VALLIER Ernest, *Le fondement du droit successoral français*, thèse Paris, 1902.

VAN DEN EYNDE P., *Juris-Classeur Notarial répertoire - droit comparé, V° Belgique- Successions et libéralités*, 1988.

VERWILGHEN M. (dir.), *Régimes matrimoniaux, succession et libéralités – Droit international privé et droit comparé*, éd. Les éditions de la Bacconnière, 1979 (4 tomes).

WICKER Guillaume, *Juris-Classeur Notarial Répertoire, V° SUCCESSIONS – Mandats successoraux – Le mandat à effet posthume*, 2008.

ZIMMERMANN J., *Des limites extra-légales à la prohibition des pactes sur succession future en droit français*, thèse Nancy, imprimerie Bailly et Wettstein, 1935.

III - Articles, chroniques et rapports

ARNAUD Stéphanie, GINON Sébastien, PETIT Frédéric,

- « *L'étendue des pouvoirs du mandataire à effet posthume* », *LPA* 2012, n°183, p. 55.
- « *Quelques aspects spécifiques de la donation-partage transgénérationnelle* », *JCP N* 2012, 1301.

ARTEIL David, « L'ascendant dans le nouveau droit des successions et des libéralités », *Deffrénois* 2007, p. 477.

ARRIGHI, « *Observations sur le rapport et la réduction des libéralités* », *D.* 1972, chron. p. 85.

AYNES Augustin, « L'administration de la succession par autrui », *JCP N* 2008 1246.

BAILLON-WIRTZ Nathalie, « Que reste-il de la prohibition des pactes sur succession future ? A propos de la loi du 23 juin 2006 », *Dr. Fam.* 2006, étude 44.

BARRÉ Jérôme, « Solidarités familiales et transmissions patrimoniales », *Dr. Fam.* 2011, dossier 13.

BECKER Michael, « Le pacte successoral : un nouvel instrument au service du couple ? », *JCP N*, 2012, 1271.

BEIGNIER Bernard,

- « La restauration de la légitime, le chapitre premier de la nouvelle 18 de Justinien sera-t-il demain de droit positif? », *Dr. fam.* 1998, n°9, chron. 12, p. 4.
- « La loi du 3 décembre 2001 : achèvement du statut du logement familial », *Dr. fam.* 2002, chr. 5.
- « La loi du 3 décembre 2001 : le conjoint héritier », *Dr. Fam.* 2002, n°4, p. 4.
- « Les droits du conjoint survivant pour les successions ouvertes depuis le 1er juillet 2002 », *Droit et Patrimoine* 2003, n°115.
- « Successions : une révolution ? Non une réforme... », *Revue Lamy droit civil* 2006, n°33 (supplément) p. 5.

- « Du cumul de sa vocation successorale et d'une libéralité par le conjoint survivant », *Dr. Fam.* 2007, comm. 18.

BENABENT Alain, « L'ordre public en droit de la famille » in *L'ordre public à la fin du XXème siècle*, éd. Dalloz, 1996 .

BERGER Pierre, RICHE Rosa, « Les nouvelles donations-partages », *JCP N* 2006, n°38, 1303.

BERGER Pierre, JULIEN SAINT-AMAND Pascal, « La réforme des successions et des libéralités au service de l'entreprise », *Revue Lamy droit civil* 2006, n°33 p. 35.

BERTHIAU Denis, « L'ordre public au préjudice de l'enfant », *D.* 2011, 1522.

BERTRAND-MIRKOVIC Aude, « La représentation de l'héritier renonçant. - A propos de la loi du 23 juin 2006 », *Dr. Fam.* 2006, étude 56.

BEAUBRUN Marcel,

- « Droits du conjoint survivant : une réforme pour le plaisir », *Deffrénois* 2001, p. 899.
- « Le nouvel ordre public successoral – Réflexions autour des réformes de 2001 et de 2006 », in *Mélanges en l'honneur du professeur Gilles Goubeaux*, éd. Dalloz, 2009.

BLANCHARD Christophe, « Le conflit du droit viager au logement du conjoint et du droit de retour légal des père et mère », *Deffrénois* 2009, p. 2047.

BOITELLE Alain,

- « Droit au logement du conjoint survivant et donation entre époux : jusqu'ou aller ? », *JCP N* 2003, 1638.
- « Réflexions sur la situation au décès du donateur quasi-usufructier », *JCP N* 1997, 1567.

BONDUELLE Patrice, « Le pacte de famille, enfin! », *Droit et Patrimoine* 2007, n°156, p. 46.

BONOMI Andréa, « Les pactes successoraux en droit international privé – Remarques comparatives à la lumière des droits français, italien, espagnol et suisse » in *Les pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé – Nouveautés en droit français, italien ainsi qu'espagnol et implications pratiques pour la Suisse*, Actes de la journée d'étude de Lausanne du 5 mars 2007, Ed. Droz, 2008.

BOSSE-PLATIÈRE Hubert, « Le retour au droit de retour légal de l'ascendant donateur ? » *Dr. Fam.* 2006, n°4, alerte 26.

BOUTRY Christian, « La réduction des libéralités », *JCP N* 2001, 544.

BOUVIER Marjorie, « L'égalité des filiation », *Gaz. Pal.* 2002, n°276, p. 4.

BRAC DE LA PERRIÈRE Damien, « Les pactes successoraux et la réserve héréditaire », *JCP N* n°38, 1302.

BREMONT Vincent,

- « Les droits locatifs du conjoint survivant après la loi du 3 décembre 2001 », *LPA* 2002, n°151, p. 4.
- « Le nouveau régime du passif successoral », *D.* 2006, p. 2561.

BRENNER Claude,

- « La succession », in *1804-2004, Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, éd. Dalloz, 2004.
- « La gestion de la succession », *D.* 2006, p. 2559.
- « Le nouveau visage de la réserve héréditaire », *RRJ* 2008, 33.

BRENNER Claude, PUIGELIER Catherine, « L'égalité et l'âme des partages successoraux », *Archives de philosophie du droit*, 2008, p. 77.

BRETON André, « L'enfant incestueux », *Aspects nouveaux de la pensée juridique – Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, tome I, éd. Pedone, 1975, p. 309.

BRUNETTI-PONS Clothilde, « La conformité des actes juridiques à l'ordre public », *Mélanges en l'honneur de Philippe Malinvaud*, éd. Litec, 2007, p. 103.

BUGNA S., « Les familles recomposées, aspects successoraux », *AJ Famille* 2007, p. 302.

CALVET Grégory, « Mandat à effet posthume et droit des sociétés : l'opportunité de la SAS », *Defrénois* 2010, p. 685.

DO CARMO SILVA Jean-Michel, « La liquidation des droits légaux du conjoint en concours avec les père et mère du défunt », *Defrénois* 2011, p. 329.

CASEY Jérôme,

- « Libéralités entre époux et avantages matrimoniaux : nouvelles donnees ?. – A propos de la loi du 23 juin 2006 », *Dr. Fam.* 2006, étude 49.
- « Droit des successions : commentaire de la loi du 3 décembre 2001 (2^e partie) », *RJPF* 2002, n°2, p. 6.

CASTAGNÉ Suzel, « Maîtriser l'utilisation du quasi-usufruit » *JCP N* 1997, 4099.

CATALA Pierre,

- « L'article 866 du Code civil et l'attribution de la réserve », *RTD Civ.* 1960, p. 391.
- « La réforme des liquidations successorales », *Defrénois* 1972, art. 30015.
- « Pour une réforme des successions », *Defrénois* 1999, art. 36964.
- « A propos de l'ordre public », *Mélanges en l'honneur de Pierre Drai*, éd. Dalloz, 2000, p. 511.
- « La proposition de loi relative au droits du conjoint survivant » *JCP G* 2001, n°18, act.
- « La loi du 23 juin 2006 et les colonnes du temples », *Dr. Fam.* 2006, étude 43.
- « Prospectives et perspectives en droit successoral », *JCP N* 2007, 1206.
- « La réforme des successions et des libéralités et le droit de l'entreprise », *LPA* 2007, n°129, p. 3.

CATALA Pierre, GRIMALDI Michel, « A propos des successions : Le droit de succéder a-t-il sa base dans la loi naturelle ou simplement dans les lois positives? » in *Le discours et le Code- Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, éd. Litec, 2004.

CHAMOULAUD-TRAPIERS Annie, « Les exécuteurs testamentaires », *D.* 2006, p. 2577.

CHAMBAZ Laurent, « Le mandat posthume, le *trust* et la fiducie », *Revue Lamy droit civil* 2006, n° 33 p. 11.

CHAVANAT Florian, « Le droit de retour, une pratique oubliée », *Revue Lamy droit civil* 2008, n°55, p. 51-55.

CHAUVIN Michel, « Démembrement de propriété », *Dr. et Patr.* 1998, n°62.

CHETAILLE Marc, « La pratique notariale et la nouvelle position de la Cour de cassation en matière de donation-partage », *JCP N* 2014, 1182.

CHEVRIER Jérôme, « Les droits du conjoint survivant à travers l'Europe », *AJ. Fam.* 2002, p. 58.

CHIARINY-DAUDET Anne-Catherine, « Les nouvelles représentations de la volonté en droit de la famille », *LPA* 2007, n°238, p. 6.

CHOPLIN-TEXIER Marie, « Les mandats : mandat posthume et mandat de protection future », *Dr. et Pat.* 2010, 190.

CÉNAC Pierre, PEYROUX Cécile, « La mort de la réserve héréditaire ? », *JCP N*, 2011, 1092.

CLERMON Marceau, « Transmission et démographie. - Cantonner, renoncer et sauter : les nouvelles stratégies de transmission », *JCP N* 2008, 1360.

CLERMON Marceau et CÉNAC Pierre, « Le package successoral du chef d'entreprise », *JCP N* 2007, 1323.

COHEN Dany, « Le droit à... » in *L'avenir du droit - mélanges hommage à François Terré*, éd. Dalloz, éd. Du Jurisclasseur et éd. Des presses universitaires de France, 1999.

COIFFARD Didier, « La réserve conjugale », *Dr et Patr.* 2004, 125.

COIFFARD Didier, DELECRAZ Yves, « Faut-il supprimer la réserve des ascendants? », *LPA* 2004, n°92, p. 77.

COLLET, « Un enfant d'abord, le mariage après » : http://www.insee.fr/fr/themes/document.asp?ref_id=16682.

COMBRET Jacques, « Le mandat à effet posthume, un acte manqué ? » *JCP N* 2013, 1191.

CORNU Gérard,

- « *La naissance et la grâce (à propos du projet de loi sur la filiation)* », *D.* 1971, chr. 165.
- « La filiation », *Archives de philosophie du droit*, tome 20, 1975, p. 29.

CORPART Isabelle, « L'amélioration de la protection *post-mortem* des conjoints par la loi n°2001-1135 du 3 décembre 2001 », *D.* 2002, p. 2952.

COULON J. -M., « Le nouvel ordre public », *Liber Amirocum en l'honneur de Raymond Martin*, éd. Bruylant et L. G. D. J., 2004.

CRÉNEAU-JABAUD Béatrice, « La protection conventionnelle : les nouveaux contrats de protection », *Revue Lamy droit civil*, 2010, 73 Supplément.

DAGOT, « La loi successorale du 3 juillet 1971 », *JCP* 1971, I, 2434.

DAGRENAT Olivier, « Les droits au logement du conjoint survivant », *Gaz. Pal.* 2002, n°276, p. 19.

DAURIAC Isabelle,

- « Les incidences de la réforme des successions du 3 décembre 2001 sur la pratique des libéralités entre époux », in *Le droit patrimonial de la famille : réformes accomplies et à venir*, association Henri Capitant, Journées nationales Tome IX, éditions Dalloz, 2006.
- « La renonciation anticipée à l'action en réduction », *D* 2006, p. 2574.
- « Le conjoint survivant dans la loi du 23 juin 2006 », *JCP N* 2007, 1203.

DAURIAC Isabelle, VAN SEGGELEN Michiel, « Prévenir l'insécurité » *JCP N* 2011, 1138.

DAVIAUD Philippe, « Les droits successoraux du conjoint survivant » *Gaz. Pal.* 2002, n°190, p. 17.

DAVID-BALESTRIERO Véronique, « La succession de l'adopté (adoption simple) après la loi du 23 juin 2006 », *Defrénois* 2007, 10.

DELFOSSÉ Alain, « De la renonciation anticipée à l'action en réduction », *JCP N* 2006, n°38, 1301.

DELFOSSÉ Alain, PENIGUEL Jean-François,

- « Le volet fiscal de la réforme des successions et des libéralités », *JCP N* 2007, 1016.
- « Le mandat posthume », *JCP E* 2007, n°2, 1037.

DELMAS SAINT-HILAIRE Philippe, « Les ajustements techniques de la loi du 23 juin 2006 : entre modernisation, correction et interprétation », *Droit et Patrimoine* 2007, n°157.

DELMAS SAINT-HILAIRE Philippe, ARRAULT Michel, « Réserve héréditaire et legs *de residuo* », *D.* 1996, p. 24.

DENIZOT Aude, « Triste départ pour le mandat à effet posthume », *Gaz. Pal.* 2010, n°231, p. 22.

FABRE Hubert, « La fiducie comme alternative au mandat de protection futur ou comme outil de transmission » *Dr. et Pat.* 2012, 212.

FARGE Michel, « Règlement successions : les nouveaux réflexes à acquérir », *JCP N* 2015, 1143.

FAUCHER Daniel,

- « Conséquences fiscales de la réforme des successions et des libéralités : des avancées à pas comptés », *RFN* 2007, étude 2.
- « de l'intérêt d'une libéralité résiduelle sur des parts de SCI », *RFN* 2008, n°3, étude 5.

FAVIER Yann, « Le principe de la prohibition des pactes successoraux en droit français » in *Les pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé – Nouveautés en droit français, italien ainsi qu'espagnol et implications pratiques pour la Suisse*, Actes de la journée d'étude de Lausanne du 5 mars 2007, Ed. Droz, 2008.

FENARDON Clément, « Les fruits et les intérêts dans le rapport et la réduction », *JCP N* 2008, 1300.

FENOUILLET Dominique, « L'adoption de l'enfant incestueux par le demi-frère de sa mère, ou comment l'intérêt prétendu de l'enfant tient lieu de seule règle de droit », *Dr. Fam.* 2003, chr. 29.

FERRÉ-ANDRÉ Sylvie, « Des droits supplétifs et impératifs du conjoint survivant dans la loi du 3 décembre 2001 », *Deffrénois* 2002, p. 863.

FLOUR Yvonne, « La loi du 3 décembre 2001 », *Gaz. Pal.* 2002, p. 457.

FRESNEL Florence, « La personne protégée et le mandat à effet posthume », *Dr. et Pat.* 2008, 169.

GARAUD Eric, « L'arrêt et l'après « Mazurek » : dix ans de jurisprudence », *LPA* 2010, n°244, p. 3.

GARÇON Jean-Pierre, « Le droit au logement du conjoint survivant en cas de détention indirecte de la résidence principale », *JCP N* 2002, 1402.

GAUDU François, « L'ordre public en droit du travail », Etudes offertes à Jacques Ghestin, Le contrat au début du XXI^e siècle, éd. L. G. D. J., 2001.

GEMIGNANI Florence, BONNET Gilles,

- « Le traitement liquidatif du droit de retour légal : principes liquidatifs », *LPA* 2010, n°101, p. 31.
- « Droit de retour légal : un droit complexe à liquider », *RJPF* 2010, n°5, p. 8.

GHESTIN Jacques,

- « L'utile et le juste dans les contrats », *D.* 1982, chr. 1.
- « L'ordre public, notion à contenu variable, en droit privé français », éd. *Bruylant*, 1984.
- « La notion de contrat », *D.* 1990, chr. 147.
- « Les effets pervers de l'ordre public », *Mélanges en l'honneur de Christian Gavalda*, éd. Dalloz, 2001, p. 123.
- « La Cour de cassation s'est prononcée contre la requalification des contrats d'assurance-vie en contrats de capitalisation », *JCP N* 2005, I, 111.

GODECHOT-PATRIS Sarah, *Successions internationales en France*, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. LX, 2010.

GOUBEAUX Gilles, « Réforme des successions : l'inquiétant concours entre collatéraux privilégiés et conjoint survivant (à propos de l'article 757-3 du Code civil) », *Defrénois* 2002, p. 427.

GOURDON Pascal, « Suppression des discriminations successorales touchant les enfants adultérins : les risques insoupçonnés de l'application rétroactive de la loi », *JCP N* 2002, n°2, 1025.

GOURGUES Jean-Claude, « Le mandat posthume ou le trust à la française », *Droit des sociétés* 2007, alerte 34.

GRANET Frédérique, « Légalité de l'adoption intrafamiliale incestueuse », *D.* 2002, p. 2020.

GRIMALDI Michel,

- « L'emploi des deniers grevés d'usufruit », *Defrénois* 1999, 36939.
- « Succession et contrat », in *La contractualisation du droit de la famille*, Editions Economica, 2001.
- « Droits du conjoint survivant : brève analyse d'une loi transactionnelle », *AJ Fam.* 2002, p. 48.
- « Des donations-partages et des testaments-partages au lendemain de la loi du 23 juin 2006 », *JCP N* 2006, 1320.
- « Présentation de la loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités », *D.* 2006, 2551.
- « Les libéralités graduelles et les libéralités résiduelles : *JCP N* 2006, 1387.
- « Le mandat à effet posthume », *Defrénois* 2007, n°1, p. 3.
- « Le sort du logement après le décès », *Gaz. Pal.* 2007, n°263, p. 13.
- « La représentation de l'héritier renonçant », *Defrénois* 2008, n°1, p. 25.
- Rapport de synthèse des Travaux de l'association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, *Les successions, Journées Roumaines*, Tome LX, éd. Bruylant et LB2V, 2010.
- « Brèves réflexions sur l'ordre public et la réserve héréditaire », *Defrénois*, 2012.

GRIMALDI Michel, ROUX Jean-François, « La donation de valeurs mobilières avec réserve de quasi-usufruit », *Defrénois* 1994, 35677.

GRIMALDI Michel et SAVOURE Bertrand, « L'usufruit et le quasi-usufruit : questions de droit civil » *Dr. et Pat.* 1999, 76.

GRILLON Géraldine, « Les nouveaux droits successoraux du conjoint survivant », *JCP G* 2002, I, 133.

HAUSER Jean, DELMAS SAINT-HILAIRE Philippe,

- « Les quotités disponibles et la loi du 3 décembre 2001 », *Defrénois* 2003, 37749.
- « Vive les libéralités entre époux », *Defrénois* 2003, 37645.
- « Liberté, égalité, familles », *LPA* 2004, n°92, p. 82.

HENRY Marie-Lorraine., « La donation avec réserve de quasi-usufruit », *Dr. et Pat.* 2008, 174.

HERAIL Jean, « L'information dans la renonciation anticipée à l'action en réduction », *JCP N* 2007, 1214.

HERBAUT Anne, MORIOU Cyrille, « La relative amélioration du droit au logement du conjoint survivant », *Gaz. Pal.* 2003, n°158, p. 13.

HERRERO ALONSO I., « Le principe de la prohibition des pactes successoraux et les instruments alternatifs du Code civil espagnol » in *Les pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé – Nouveautés en droit français, italien ainsi qu'espagnol et implications pratiques pour la Suisse*, Actes de la journée d'étude de Lausanne du 5 mars 2007, Ed. Droz, 2008.

HOAREAU Olivier, VAN STEENLANDT Philippe, « La renonciation anticipée à l'action en retranchement », *JCP N* 2008, 1357.

HUBLLOT Guillaume,

- « Quasi-usufruit : limites et perspectives d'avenir », *Dr. et Pat.* 2003, 121.
- « Développements sur le quasi-usufruit : pour une plus grande vigilance » *RFN* 2014, n°11, étude 26.

- HUMBERT Jean-François**, « Les mandats », *Revue Lamy droit civil*, 2006, 33.
- IWANESKO Marc**, « La nécessaire protection de l'héritier nu-propriétaire face au conjoint survivant quasi-usufruitier » *JCP N* 1995, 3226, p. 171.
- JAMBORT Sébastien**, « La réforme de la gestion de la succession. – A propos de la loi du 23 juin 2006 », *Dr. Fam.* 2006, étude 54.
- JOSSELIN-GALL Muriel**, « Le notaire, entre l'article 760 du Code civil et la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP N* 2001, n°18, p. 834.
- JOURDAIN-THOMAS Fabienne**, « Le mandat posthume », *JCP N* 2012, 1394.
- JOURDAIN-THOMAS Fabienne, SCHILLER Sophie**, « Quels pouvoirs peuvent être accordés à un mandataire à effet posthume », *JCP N* 2013, 1212.
- JULIEN SAINT-AMAND Pascal**, « La réforme des successions et des libéralités – Aspects civils et fiscaux » in *Les pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé – Nouveautés en droit français, italien ainsi qu'espagnol et implications pratiques pour la Suisse, Actes de la journée d'étude de Lausanne du 5 mars 2007*, Ed. Droz, 2008.
- JULIENNE Maxime**, « L'assiette de l'usufruit légal du conjoint survivant », *D.* 2013, 2283.
- JULLIOT DE LA MORANDIERE Léon**, « L'ordre public en droit privé interne », *Etudes de droit civil à la mémoire de Henri Capitant*, Dalloz, 1939.
- JUSSAUME Marc**, « Analyse de la nouvelle règle d'imputation de l'article 758-6 du Code civil au regard des règles du rapport », *LPA* 2008, n°38, p. 4.
- KHAIRALLAH Georges**, « La loi du 23 juin 2006 et les successions internationales », *JCP N* 2008, 1244.
- LABRUSSE-RIOU Catherine**, « Propos introductifs au cours de droit patrimonial de la famille », *Etudes dédiées à Alex Weill*, éd. Dalloz, 1983.
- LACOUR Clémence**, « L'incidence de la loi du 23 juin 2006 sur la succession de l'adopté simple », *Dr. Fam.* 2007, étude 35.

LAGARDE Paul, « Les principes de base du nouveau règlement européen sur les successions », *Rev. crit. DIP* 2012, p. 691.

LAUTER Benjamin, « La conversion de l'usufruit du conjoint survivant – Esquisse d'un mécanisme juridique moderne » *JCP N* 2012, 1211.

LAURENT-BONNE Nicolas, « Aux origines du mandat à effet posthume » *Revue des contrats* 2013, n°3, p. 827.

LE CHUITON Sandrine, « Les droits successoraux des enfants adultérins en présence d'une donation-partage : la France encore condamnée ! », *JCP N* 2013, 1061.

LÉCUYER Hervé,

- « Libéralités : une si longue attente... », *Revue Lamy droit civil* 2006, n°33 p. 7.
- « Assurance-vie et droit des successions : dyarchie ou symbiose ? », *AJ. Famille* 2007, p. 414.

LE GUIDECC Raymond,

- « La loi du 23 juin 2006 portant réforme des successions et des libéralités. – Vue panoramique », *JCP G* 2006, I, 160.
- « Les libéralités-partages », *D.* 2006, p. 2584.
- « Le redéploiement des donations-partages », *JCP N* 2008, 1250.
- « Observations sur l'anticipation successorale » in *Mélanges en l'honneur du professeur Gilles Goubeaux*, éd. Dalloz, 2009.

LEPROVAUX Jérôme,

- « La place de la famille dans la mise en œuvre du mandat de protection future et du mandat à effet posthume », *RJPF* 2006, 9.
- « Dispositions diverses de la loi du 23 juin 2006 », *Dr. Fam.* 2006, étude 60.

- « L'évolution des droits de retour légaux dans la législation contemporaine du droit des successions », *LPA* 2007, n°131, p. 6.
- « Les pouvoirs du mandataire dans le mandat à effet posthume » *LPA* 2012, n°183, p. 59.

LEPROVAUX Jérôme, DELEROT Maxime, MERCIER Vanessa, « L'impact de la réserve héréditaire sur la réalisation des libéralités graduelles et résiduelles », *Dr. et Pat.* 2008, n°175, p. 28.

LEQUETTE Yves, « La règle de l'unité des successions après la loi du 3 décembre 2001 », *Mélanges Simler*, éd. Dalloz- LexisNexis- Litec, 2006, p. 167.

LEROYER Anne-Marie, « Réforme des successions et des libéralités », *RTD Civ.* 2006, p. 612.

LESBATS Christophe,

- « Le droit viager au logement et l'option du conjoint survivant », *JCP N* 2005, 1078.
- « La privation de la vocation ab intestat et du droit viager au logement du conjoint survivant » *JCP N* 2011, 1189.

LETELLIER François,

- « La réforme de l'exécution testamentaire. – A propos de la loi du 23 juin 2006 », *Dr. Fam.* 2006, étude 47.
- « L'envoi en possession de l'exécuteur testamentaire. - Mise au point nécessaire sur la réforme du 23 juin 2006 », *JCP N* 2008, 1331.

LEVENEUR Laurent,

- « Pour le droit de retour de l'article 757-3 du Code civil, avec quelques améliorations », *Mélanges Simler*, éd. Dalloz-LexisNexis Litec, 2006.
- « Les nouveaux visages des libéralités-partages » *Le monde du droit, Ecrits rédigés en l'honneur de J. Foyer*, éd. Economica, 2008, p. 637.

LEVILLAIN Nathalie,

- « Le droit au logement temporaire du conjoint survivant », *JCP N* 2002, 1440.
- « Le droit viager au logement du conjoint survivant », *JCP N* 2003, 1043.
- « Renonciation anticipée à l'action en réduction », *Dr. Fam.* 2006, form. 3.
- « Donation résiduelle et acceptation de la libéralité résiduelle par le second gratifié », *Dr. Fam.* 2006, form. 1.
- « Donation graduelle et abandon anticipé de l'usufruit », *Dr. Fam.* 2006, form. 2.
- « La renonciation anticipée à l'action en réduction », *JCP N* 2006, 1349.
- « Les décrets d'application de la loi du 23 juin 2006 », *JCP N* 2007, 136.
- « Nouvelles règles de dévolution de la succession de l'adopté – Une réforme incomplète », *JCP N* 2007, 1223.
- « Donation graduelle », *RFN* 2007, form. 1.
- « Les nouveaux droits successoraux des ascendants. – Droit de retour légal de l'article 738-2 du Code civil », *JCP N* 2007, 1135.
- « Préparation d'une donation-partage transgénérationnelle. – Onze questions à se poser » *JCP N* 2010, 1268.
- « Conversion de l'usufruit du conjoint survivant : un outil pour sortir d'un démembrement non souhaité » *JCP N* 2011, 1104.

LEVY J. -P., « La révolution française et le droit civil », *Le Code civil, 1804-2004, un passé, un présent, un futur*, UNIVERSITE PANTHEON-ASSAS, contributions réunies par **LEQUETTE Y., LEVENEUR L.**, éd. Dalloz, 2004.

LUBY Monique, « A propos des sanctions de la violation de l'ordre public », *C. C. C.* 2001, chr. 3.

LUZU Fabrice, « Pratique des mandats à effet posthume », *JCP N* 2009, 1358.

MALAURIE Philippe,

- « La convention européenne des droits de l'homme et le droit civil français », *JCP G* 2002, I 143.
- « La réforme des successions et des libéralités : Présentation générale », *LPA* 2007, n°32, p. 7.
- « Le mariage pour tous ou la « décrétinomanie » contemporaine », *LPA* 2013, n°69, p. 11-14.

MARGUÉNAUD Jean-Pierre, « La convention des droits de l'homme et le notariat », *Defrénois* 1999, 37076.

MARGUÉNAUD Jean-Pierre, DAUCHEZ Benjamin, « Les droits successoraux de l'enfant adultérin au regard des dispositions transitoires de la loi du 3 décembre 2001 », *Defrénois* 2008, n°14, p. 1554.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ M., « Les pactes successoraux dans les droits régionaux d'Espagne » in *Les pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé – Nouveautés en droit français, italien ainsi qu'espagnol et implications pratiques pour la Suisse*, Actes de la journée d'étude de Lausanne du 5 mars 2007, Ed. Droz, 2008.

MATHIEU Michel, « La vocation légale du conjoint survivant en présence d'enfants ou de descendants », *JCP N* 2002, 1192.

MATHIEU Jean-Michel, « Les enjeux de la renonciation anticipée à l'action en réduction : vers une contractualisation de la transmission successorale – Plaidoyer pour une utilisation accrue, mesurée et raisonnée de la renonciation anticipée à l'action en réduction » *JCP N* 2010, 1060.

MAZEAUD Henri, « Une famille « dans le vent » : la famille hors mariage », *D.* 1971, chr. 99.

MAZEAUD-LEVENEUR Sabine, « L'exécuteur testamentaire », *Droit et Patrimoine* 2007, n°162, p. 58.

MEAU-LAUTOUR Hugnette, « La transmission patrimoniale à cause de mort », *D.* 2000, Chron. 266-14.

MERVILLE Anne-Dominique, « La réforme du conjoint survivant par la loi n°2001-1135 du 3 décembre 2001. - Le conjoint est-il un membre à part entière de la famille ? », *JCP G* 2002, I 185.

MONTEILLET-GEFFROY Mélanie, « L'attribution préférentielle du logement conjugal », *JCP N* 2002, 1649.

MONSALLIER-SAINTE MLEUX Marie-Christine, « Une contractualisation certaine mais contrôlée du droit des incapacités, des successions et des libéralités », *JCP N* 2010, 1062.

MORIN G.,

- « Bref aperçu de la loi du 3 juillet 1971 relative aux rapports à succession, à la réduction des libéralités et aux partages d'ascendants (1^{ère} partie) », *Defrénois* 1971, art. 29921,
- « Bref aperçu de la loi du 3 juillet 1971 relative aux rapports à succession, à la réduction des libéralités et aux partages d'ascendants (2^{ème} partie) », *Defrénois* 1971, art. 29932,
- « Bref aperçu de la loi du 3 juillet 1971 relative aux rapports à succession, à la réduction des libéralités et aux partages d'ascendants (3^{ème} partie) », *Defrénois* 1971, art. 29939.

NAUDIN Estelle, « Les libéralités graduelles et résiduelles », *LPA* 2007, n°129, p. 21.

NAUDIN Estelle, IWANESKO Marc, « La donation transgénérationnelle, une alternative à la donation par le nu-propiétaire de la nue-propiété ? », *JCP N* 2012, 1390.

NICOD Marc,

- « La vocation successorale de l'enfant adultérin », *LPA* 2002, n°195, p. 29.
- « L'anticipation de la succession », *JCP N* 2006, 1136.

- « Le réveil des libéralités substitutives : les libéralités graduelles et résiduelles du Code civil. –A propos de la loi du 23 juin 2006 », *Dr. Fam.* 2006, étude 45.
- « Libéralités graduelles et résiduelles : quelques difficultés d'application », *JCP N* 2008, 1249.
- « Variations sur la substance de la réserve héréditaire », *Mélanges Hauser*, éd. Dalloz – LexisNexis, 2012, p. 459.

OHNET Jean-Marie, « Les notaire dans les projets de réforme du droit des successions », in *Le droit patrimonial de la famille : réformes accomplies et à venir*, association Henri Capitant, Journées nationales Tome IX, éditions Dalloz, 2006.

OLIVIER Stephen, « La transmission anticipée du patrimoine : aspects civils et fiscaux », *JCP N* 2012, act. 691.

OMARJEE Ismaël,

- « Bref aperçu des mandats de protection future, de fin de vie et à effet posthume », *Dr. et Patr.* 2007, n°157, p. 20.
- « De quelques outils stratégiques en matière de donation intrafamiliale », *AJ Fam.* 2008, p. 59.

OMARJEE Ismaël, LAPIERRE Julien,

- « La libéralisation des libéralités avec charge de transmettre : les libéralités graduelles et résiduelles », *LPA* 2007, n°26, p. 6.
- « Réforme des successions et des libéralités. - Un cadre fiscal favorable à la transmission d'entreprise », *RFN* 2007, étude 6.

PANSIER Frédéric-Jérôme, « Les droits successoraux de l'enfant adultérin et du conjoint survivant », Journée d'audition publique au Sénat, *LPA* 2001, n°115, p. 3.

PAYS Bruno, « Du droit d'usage et d'habitation au droit au logement » *AJDI* 2002, p. 745.

PENIN Olivier, « Evolution des droits de retour dans le Code civil depuis les lois de 2001 et 2006 », *RTD Civ.* 2014, 49.

PÉRÈS Cécile, « Le droit viager au logement du conjoint survivant et la volonté individuelle : la redoutable épreuve du formalisme vexatoire », *D.* 2011, p. 578.

PETERKA Nathalie,

- « Le droit des successions et des libéralités hors du Code civil », *LPA* 2005, n°198, p. 5.
- « Les retouches à la dévolution successorale. A propos de la loi du 23 juin 2006 », *Dr. Fam.* 2006, étude 52.
- « La réforme des libéralités familiales », in *Le droit patrimonial de la famille : réformes accomplies et à venir*, association Henri Capitant, Journées nationales Tome IX, éditions Dalloz, 2006.
- « Les libéralités graduelles et résiduelles, entre rupture et continuité », *D.* 2006, p. 2580.

PETIT Frédéric, « L'intérêt persistant des donations entre époux après la loi du 3 décembre 2001 et celle du 23 juin 2006 », *JCP N* 2008, 1344.

PICARD E., « La fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », in *L'ordre public : ordre public ou ordres publics? Ordre public et droits fondamentaux*, dir. REDOR M. J., éd. Bruylant, 2001.

PIEDELIEVRE Stéphane, « Réflexions sur la réforme des successions », *Gaz. Pal.* 2002, n°96, p. 2.

PILLEBOUT Jean-François,

- « Les opérations conjugales après la réforme du divorce. –Nouvelles règles du jeu en matière de libéralités entre époux », *JCP G* 2006, I 126.
- « À propos de la renonciation à l'action en réduction – Retour sur une fâcheuse controverse » *JCP N* 2008, act. 279.

POUDEROUX Serge, « Réflexions sur les gains de survie légaux », *JCP N* 1993, 100507.

PRIEUR Jean, JULIEN SAINT-AMAND Pascal, « Sécuriser et optimiser la transmission de l'entreprise familiale », *Dr. et pat.* 2007, 158.

PRIEUR Jean, et CLERMON Marceau, « La gestion de l'entreprise par un mandataire », *JCP N* 2006, n° 38, 1297.

RAISON, *Journ. notaires* 1971, art. 50327.

RASSAT Michèle-Laure, « Propos critiques sur la loi du 3 janvier 1972 portant réforme du droit de la filiation », *RTD Civ.* 1973, p. 207.

REIGNÉ Philippe, « Adoption plénière par la conjointe de la mère d'un enfant conçu à l'étranger avec assistance médicale à la procréation : ni fraude à la loi, ni loi fraudée », *D.* 2014, 1669.

RENAUD B., « Droits du conjoint survivant : conséquences pratiques pour le notariat de la loi du 3 décembre 2001 », *AJ Fam.* 2002, p. 54.

REVERDY Pierre-Marie, « La contractualisation de la transmission successorale », *LPA* 2007, n°33.

REVOL Romain, « La réserve du conjoint survivant », *Gaz. Pal.* 2002, n°276, p. 23.

REYGROBELLET Arnaud, « Application pratique des nouveaux mandats en droit des sociétés : Le cas du mandat à effet posthume », *JCP N* 2009, 1360.

RIEUBERNET Christelle, « La fin de la réserve des ascendants! », *LPA* 2006, n°205, p. 4.

ROBINNE Sébastien, « De quelques interrogations en droit des successions depuis la loi du 3 décembre 2001 », *Dr. et Pat.* 2002, n° 110.

ROY Odile, « La mise en œuvre des nouvelles donations-partages au service de la transmission d'entreprise », *Dr. et Pat.* 2007, n°162, p. 48.

SAGAUT Jean-François,

- « Pour une nouvelle lecture de l'article 1075 du Code civil »
Defrénois 2003, 1302.

- « La donation-partage transgénérationnelle (C. civ., art. 1078-4 et s.). – Formules commentées », *JCP N* 2006, n°40, 1321.
- « Le mandat à effet posthume : regard notarial à destination des chefs d'entreprise », *Droit et Patrimoine* 2007, n°162, p. 62.
- « Le logement après le décès », *AJ Famille* 2008, p. 368.

SALLE Marie-France, CHEVALLIER Yvon, « Les risques fiscaux du quasi-usufruit dans les donations de titres », *Dr. et Pat.* janv. 1997, p. 26.

SAUVAGE François,

- « Les nouvelles frontières du quasi-usufruit », *JCP N* 2000, 691.
- « Le logement de la veuve », *Dr. et patrimoine*, janv. 2003, p. 37
- « La renonciation anticipée à l'action en réduction », *AJ Famille* 2006, p. 355
- « Le déclin de la réserve héréditaire précipité par la loi du 23 juin 2006 », *JCP N* 2008, 1248
- « Les prolongements liquidatifs de la renonciation anticipée à l'action en réduction – Retour sur une fâcheuse controverse », *JCP N* 2008, n°13, p. 3.

SAVATIER R., « Le projet de loi sur la filiation – Mystique ou réalisme ? Filiation naturelle et filiation légitime » *JCP* 1971, I, 2400.

SAVOURE Bertrand,

- « Les nouvelles donations : place aux libéralités graduelles et résiduelles ! », *Revue Lamy droit civil* 2006, n°33 p. 27.
- « La protection du conjoint : nouvelles perspectives », *Droit et Patrimoine* 2007, n°158, p. 60.

SÉNÉCHAL Marc, « L'obligation du conjoint survivant aux dettes du défunt après la loi du 3 décembre 2001 » *Defrénois* 2003, n°4, p. 207.

SÉRIAUX Alain, « l'égalité des filiations depuis la loi du 3 janvier 1972 », *Mélanges offerts à André Colomer*, éd. Litec, 1993.

SIRINELLI P., « Le quasi-usufruit », *LPA* 1993, n°87, p. 31 et n°89, p. 4.

TAUDIN Louis, « Formules de mandat posthume », *Revue Lamy droit civil* 2006, n°33 p. 45.

TASSINARI Frédéric, « Interdiction des pactes successoraux en droit positif italien et perspectives de réforme » in *Les pactes successoraux en droit comparé et en droit international privé – Nouveautés en droit français, italien ainsi qu'espagnol et implications pratiques pour la Suisse*, Actes de la journée d'étude de Lausanne du 5 mars 2007, Ed. Droz, 2008.

THÉRY Irène, « Mariage et filiation de même sexe : une approche sociologique », *actes du colloque L'ouverture du mariage aux personnes de même sexe*, dir. Lequette et Mazeaud, éd. Panthéon-Assas, 2014.

THERY R., « Trois conceptions de la famille dans notre droit », *D.* 1953, chr. 47.

THUREL Alexandre, « Les réincorporations transgénérationnelles », *JCP N* 2012, 1203.

TISSERAND-MARTIN Alice,

- « De l'apparition aux dernières séquelles du statut d'infériorité de l'enfant illégitime », in *Le droit de la famille en Europe, son évolution de l'antiquité à nos jours*, actes des journées internationales d'histoire du droit publié sous la direction de Roland Ganghofer, éd. des Presses universitaires de Strasbourg, 1992.
- « L'enfant adultérin : chronique d'une mort annoncée », *JCP N* 1993, doctrine, p. 53.
- « La donation-partage et la transmission d'entreprise », *LPA* 2007, n°129, p. 27.
- « La protection légale du logement familial : modèle pour un droit commun des couples ? », *Mélanges Wiederkehr*, éd. Dalloz, 2009.

VAUVILLÉ Frédéric, Les droits au logement du conjoint survivant, *Defrénois* 2002, p. 1290.

VAREILLE Bernard,

- « Étude critique de l'article 760 du Code civil », *RTD. Civ.* 1991, p. 475.
- « Nouveau rapport, nouvelle réduction », *D.* 2006, p. 2565.
- « Variations futiles sur les droits au logement du conjoint survivant », *Mélanges Prieur*, éd. Dalloz, 2007.
- « Le mandat à effet posthume », *LPA* 2007, n°129, p. 16.
- « Portée liquidative de la renonciation anticipée à l'action en réduction : attention, danger ! », *D.* 2008, 38710.
- « Réflexions sur l'imputation en droit des successions » *RTD Civ.* 2009, p. 1.

VAREILLE Bernard, COMBRET Jacques, « Sécuriser la transmission du patrimoine personnel », *Dr. et Pat.* 2007, n°158, p. 72.

VEDEL Gaston, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP* 1050, I, 851.

VIALLETON, « Les legs faits aux réservataires et l'attribution de la réserve », *RTD Civ.* 1940-1941, p. 5.

VIGNEAU Daniel,

- « Les droits successoraux du conjoint survivant », *LPA* 2002, n° 195, p. 11.
- « En fait d'inceste, l'adoption simple ne vaut pas contre l'article 334-10 du Code civil », *D.* 2004, p. 365.
- « Les nouvelles règles de dévolution successorale », *D.* 2006, p. 2556.

- « Le règlement de la succession. - Observations sur le projet de loi portant réforme des successions et des libéralités », *JCP N* 2006, 1144.
- « Le rapport d'une donation à un renonçant. - Observations sur quelques aspects liquidatifs de la loi du 23 juin 2006 », *JCP N* 2006, n°41, 1327.
- « L'anticipation de la succession » *JCP N* 2006, 1136.
- « Précision ministérielle sur la portée liquidative de la renonciation anticipée à l'action en réduction – Fin du danger ? » *JCP N* 2009, 1106.

VOUIN Jean-François, « L'égalité successorale et la réforme du droit des successions », in *Les activités et les biens de l'entreprise, Mélanges offerts à Jean Derruppé*, éd. GLN Joly et Litec, 1991.

WATINE-DROUIN Caroline, « Le statut du logement familial », *Etudes offertes au doyen Simler*, éd. Litec Dalloz, 2006.

WICKER Guillaume, « Le nouveau droit des libéralités : entre évolution, révolution et contre-révolution », *Droit et Patrimoine* 2007, p. 74.

ZALEWSKI-SICARD Vivien,

- « La combinaison des quotités disponibles après la loi du 23 juin 2006 : aspects pratiques », *RJPF* 2009, n°12.
- « L'imputation des libéralités faites au conjoint survivant sur ses droits légaux : un retour au droit antérieur à la loi du 3 décembre 2001 », *Deffrénois* 2007, 1184.
- « Liquidation contenant donation-partage conjonctive transgénérationnelle », *JCP N* 2010, 1235.

ZENATI F., « La nature juridique du quasi-usufruit (ou la métempsycose de la valeur », *Mélanges Catala*, éd. Litec 2001, p. 605.

IV – Divers

A - Congrès des Notaires de France

La dévolution successorale, rapport du 72^{ème} Congrès des Notaires de France, Deauville 1975, éd. Promaplans, 1975.

Demain la famille, 95^e congrès des notaires de France, Marseille 1999.

La transmission, 108^{ème} Congrès des Notaires de France, Montpellier 2012, éd. Association congrès des Notaires de France, 2012.

La sécurité juridique, un défi authentique, 111^{me} Congrès des Notaires de France, Strasbourg 2015.

B – Rapports

CLERGEAU MARIE-FRANÇOISE, *Rapport AN n°2902*.

HUYGUE SÉBASTIEN

- *Rapport AN n°2850*.
- *Rapport AN n°3122*.

DE RICHEMONT HENRI, *Rapport Sénat n°343*.

VIDALIES Alain, HYEST Jean-Jacques, *Rapport Com. Mixte Paritaire n°3382 et 67*.

VIDALIES Alain, *Rapport AN n°2910*

C - Réponses ministérielles

RM n°85443, justice : *JOAN Q* 11 juillet 2006, p. 7371, *erratum* publié in *JOAN Q* 13 février 2007.

RM n° 39324 : JO AN 25 janvier 2005, p. 816.

V – Table de jurisprudence

A – Jurisprudence européenne

CJCE 22 octobre 1991, Georg Von Detzen C/ Hauptzollamt Oldenbourg, aff. C 44/89, Bull. CJCE n°18-1, p. 2

CEDH 1er février 2000, Mazurek : *D.* 2000. 332, note THIERRY J. ; *JCP* 2000. I. 278, obs. LE GUIDEC R. ; *JCP G* 2000. II. 10286, note GOUTTENOIRE A. et SUDRE F. ; *JCP* 2001. I. 293, obs. RUBELLIN-DEVICHI J. ; *Dr. et Pat.* mai 2000, p. 56, note STOFFEL-MUNCK P. ; *Deffrénois* 2000, art. 37179, obs. MASSIP J. ; *RTD Civ.* 2000. 311, obs. HAUSER J. ; *RTD Civ.* 2000. 429, obs. MARGUENAUD J.-P. et RAYNARD J. ; *RTD Civ.* 2000. 601, obs. PATARIN J. ; *RJPF* 2000/3, p. 50, note CASEY J. ; *LPA*, 10 mai 2000, p. 11, note HOCQUET-BERG S. ; *LPA* 2000, n°145, p. 20., note CANAPLE ; VAREILLE B., « L'enfant de l'adultère et le juge des droits de l'homme », *D.* 2000. 626.

CEDH 13 juin 1979, Arrêt Marckx c/Belgique : A. 31 : JDI 1982 p 183, note ROLLAND; GA n°42.

B – Jurisprudence constitutionnelle

Cons. Constit. 5 août 2011, n°2011-159, QPC, *Defrénois* 2011, 40097, note REVILLARD M. ; *JDI* 2012, 7, note GODECHOT-PATRIS S.

C - Jurisprudence judiciaire

1 – 1^{ère} instance

Paris, 15 janvier 1857 : S. 1857. 2. 301.

Limoges, 27 mai 1867 : S., 1867, 2, 337.

T. civ. Seine, 28 février 1900, *D.* 1903, II, 489, note BOISTEL.

T. civ. Albi, 9 juillet 1949, *Gaz. Pal.* 1949, 2, 206.

Besançon, 30 octobre 1956 : *Gaz. Pal.* 1956. II. 426.

2 – Cour d'appel

CA Agen, 22 juin 1853 : S. 1853, 2, p. 569 ; *DP* 1854, 2, p. 108.

CA Bourges, 25 mai 1891, *Rép. gén. not.* 1891, art. 6387.

CA Aix-en-Provence, 17 juin 1974.

CA Paris 15 septembre 1993 : *D.* 1994, Somm. 162, obs. ROBERT.

CA Lyon, 25 octobre 2001 : *Juris-Data* n° 157381.

CA Paris, 16 novembre 2011 : *JurisData* n°2011-025456.

3 - Cour de cassation

Cass. 26 juin 1809 : *S.* t. 9, p. 337 ; *Journal du Palais*, t. 24, p. 257 ; *D.* 1812. 326 ; *S.* 1809. I. 337 ; *S. chr.* 3. I. 77.

Cass. Req. 17 mars 1812.

Cass. Civ., 27 août 1822 : *S.* 1822-1825, p. 133.

Cass. Civ. 7 janvier 1824.

Cass. Req., 11 nov. 1828 : *S.* 1830. 1. 78.

Cass. Civ. 16 mars 1830.

Cass. Civ. 21 mars 1837.

Cass. Civ., 8 janvier 1839 : *S.* 1839, 2, p. 263.

Cass. Civ. 24 juillet 1839.

Cass. 7 déc. 1840.

Cass. Civ. 22 novembre 1843.

Cass. Req. 21 janvier 1845 : *DP* 1845, 1, 104.

Cass. Civ. 4 août 1846 : *DP.* 1846, 1, 382.

Cass., 16 juin 1847 : *D.* 1847, I, 265.

Cass. 31 août 1847 : *D.* 1847, I, 124.

Cass. Req. 20 décembre 1847 : *D. P.* 1848, 1, 16.

Cass. Civ. 12 juillet 1848 : *D. P.* 1848, 1, 164.

Cass. Civ. 27 décembre 1848 : *D. P.* 1849, I, 57.

Cass. Civ. 7 mars 1849 : *D.* 1849. 1. 95.

Cass. Civ. 4 juillet 1853 : *S.* 1854, 1, p. 108.

Cass. Civ. 29 décembre 1856 : *DP* 1856, 1, p. 475.

Cass. 29 juin 1857 : *D.* 59, 1, 26.

Cass. Civ. 8 mars 1858 : *DP* 1858. 1. 97.

Cass. 15 novembre 1859 : *D.* 59, 1, 443.

Cass. 31 juillet 1860 : *D.P.* 60. 1. 458.

Cass. Civ. 26 août 1861 : *S.* 1861, 1, p. 829 ; *DP* 1861, 1, p. 394.

Cass. Civ. 12 mars 1862 : *S.* 1862, 1, p. 413 ; *DP* 1862, 2, p. 128.

Cass. Req. 3 juin 1863 : *S.* 1863, 1, 417.

Cass. 27 novembre 1863 : *D.* 1864. 1. 5, note BRESILLION ; *S.* 1863. 1. 513.

Cass. Civ. 22 janv. 1867 : *D. P.* 1867. 1. 5, note BEUDANT ; *S.* 1867. 1. 49, note MOREAU.

Cass. Req. 3 mars 1868 : *DP* 1868, 1, 165.

Cass. Civ. 4 janvier 1869 : *D. P.* 1869, 1, 10.

Cass. Civ. 5 juillet 1876 : *DP* 1877. 1. 277.

Cass. Req. 6 déc. 1876 : *D. P.* 77. 1. 492 ; *S.* 77. 1. 67.

Cass. Req. 15 juill. 1878 : *D. P.* 79. 1. 22.

Cass. Req. 8 novembre 1881 : *DP* 1883, 1, 174.

Cass. Civ. 6 mai 1885 : *D.* 85. 1. 369.

Cass. Req. 29 juin 1887 : *D. P.* 88. 1. 295, *S.* 87. 1. 358.

Cass. Civ. 23 avril 1888 : *S.* 1889, 1, 25, note LACOINTA.

Cass. 11 juillet 1888 : *DP* 1889, 1, p. 463.

Cass. Req. 26 mars 1889 : *DP* 1889, 1, 463.

Cass. Req. 22 octobre 1889 : *DP* 1890, 1, 82.

Cass. Req. 28 octobre 1889 : *DP* 1890, 1, 67.

Cass. Civ. 2 janvier 1895 : *Gaz. Pal.* 1895, 1, p. 118 ; *D.* 1895, 1, p. 48.

Civ. 3 février 1897 : *DP* 1897. 1. 601 note PLANIOL.

Cass. Req. 10 déc. 1900 : *DP* 1901. 1. 209, note GUÉNÉE.

Cass. Civ. 24 juillet 1901 : *DP* 1901. 1. 537 note SARRUT, *S.* 1901. 1. 433 note LYON-CAEN.

Cass. Civ. 30 décembre 1902 : *S.* 1904, 1, 313, note NAQUET ; *D.P.* 1903, 1, 151.

Cass. Chambres réunies 2 juillet 1903 : *S.* 1904. 1. 65, note LYON-CAEN.

Cass. Req., 19 décembre 1905 : *s.* 1906, 1, p. 188.

Cass. Civ. 2 janv. 1907 : *D. P.* 1907. 1. 137, note COLIN ; *S.* 1911. 1. 585, note WAHL.

Cass. Civ. 11 décembre 1922 : *D. P.* 1925, 1, 121, note CAPITANT ; *S.* 1923, 1, 313, note SIMONNET.

Cass. Req., 18 décembre 1922 : *S.* 1926, 1, p. 164.

Cass. Req., 31 décembre 1924 : *D.* 1925, 1, p. 542.

Cass. Civ. 15 février 1926 : *DP* 1927, 1, 8.

Cass. Civ. 27 juin 1933 : *DP* 1934. 1. 94, note SAVATIER ; *S.* 1933, 1, 326; *RTD Civ.* 1934, p. 134, obs. LAGARDE.

Cass. Req. 27 mai 1937 : *Gaz. Pal.* 1937, 2, p. 350.

Cass. Req. 27 mars 1946 : *D.* 1946, 240.

Cass. Req. 16 novembre 1942 : *S.* 1943, 1, 19.

Cass. Civ. 25 mai 1948, Lautour : *Rev. crit. DIP* 1949, p. 89, note BATIFFOL ; *D.* 1948, p. 357, note LEREBOURS-PIGEONNIERE.

Cass. 1^{re} Civ. 29 déc. 1953 : *JCP G* 1954, II, 7919, note BLIN ; *Defrénois* 1954, 27244, note PATARIN J. ; *D.* 1954, 2, p. 327, note PONSARD.

Cass. Civ. 12 octobre 1954 : *D.* 1955. 452, *JCP* 1955, II, 8515, note ESMEIN.

Cass. 1^{re} Civ. 7 juin 1955 : *D.* 1956, 2, p. 713, note PONSARD ; *RTD Civ.* 1956, p. 565, obs. SAVATIER

Cass. Civ. 7 juin 1955 : *D.* 1956, somm. 47.

Cass. Civ. 13 avril 1956 : *D.* 1956. 506, *S.* 1956. 55.

Cass. Civ. 20 mai 1957 : *D.* 1957. 541.

Cass. 1^{re} Civ. 4 juillet 1960 : *D.* 1960. 617.

Cass. 13 juin 1961, *Gaz. Pal.* 1962. 2. 362.

Cass. 1^{re} Civ. 12 déc. 1962 : *JCP G* 1963, II, 13201, note VOIRIN ; *D.* 1963, 2, p. 217, note SAVATIER ; *Defrénois* 1963, art. 28386.

Cass. 1^{re} Civ. 22 juin 1964 : *JurisData* n° 1964-000328, *Bull. civ.* 1964, I, n° 328.

Cass. 1^{re} Civ. 23 juin 1964 : *JCP* 1964, II, 13819 note PATARIN J. ; *Defrénois* 1964, 28556, note MAZEAUD ; *Defrénois*, 1972, 301174, note CATALA ; *D.* 1965, p. 341, ESMEIN A. ; *RTD Civ* 1965, p. 383, note SAVATIER.

Cass. 1^{re} Civ. 18 oct. 1966 : *JCP G* 1967, II, p. 15170, note DE LA MARNIERRE ; *D.* 1966, 2,p. 709, note BRETON.

Cass. Com. 18 novembre 1968 : *Bull. civ.* IV, n°324.

Cass. 3^{ème} Civ 30 janv. 1970 : *Bull. civ.* III, n° 83.

Cass. 1^{re} Civ. 10 juin 1975 : *Defrénois* 1975, art. 30986, note MORIN G. ; *JCP* 1975, II, 1814, note SAVATIER ; *RTD Civ.* 1975, 754, obs. SAVATIER.

Cass. 1^{re} Civ. 1^{er} mars 1977 : *D.* 1977, 542, note DONNIER ; *Defrénois* 1978, art. 31653, obs. CHAMPENOIS ; *RTD Civ.* 1978, 902, obs. SAVATIER.

Cass. 1^{re} Civ. 11 juillet 1977 : Bull. Civ. I n°324.

Cass. 1^{re} Civ. 19 février 1980 : Bull. civ. I, n°63.

Cass. 3^{me} Civ., 6 janvier 1981 : *Bull. civ.* III, n°1.

Cass. Civ. 11 février 1981 : *JCP* 1981, II, 19693, note RÉMY ; *RTD Civ.* 81, 884, obs. PATARIN J.

Cass. 1^{re} Civ. 10 juin 1981 : *Bull. civ.* I, n°201 ; *D.* 1981, IR 184, obs. ROBERT.

Cass. 1^{re} Civ. 19 janvier 1982 : Bull. civ. 1982, I, n°33 ; *Gaz. Pal.* 1982, 2, p. 214.

Cass. 1^{re} Civ. 8 juin 1982, Bull. civ. I, n°214 : *D.* 1983, p. 18 note BEAUBRUN M. ; *JCP* 1983. II. 20018, note HENRY ; *Defrénois* 1982, article 32944, n°76, p. 1373, obs. CHAMPENOIS G. ;

Cass. 1^{re} Civ. 9 mars 1983 : *Bull. civ.* I, n°94 : *D.* 1984, p. 273, note PRIEUR ; *JCP.* 1983. IV. 163.

Cass. 1^{re} Civ. 18 juillet 1983 : *Defrénois* 1984, art. 33195 et *JCP* 1983, II, 20052 notes GRIMALDI M. ; *RTD Civ.* 1984, 141, obs. PATARIN J., *D.* 1983, 263 note MORIN G. ; *Defrénois* 1983, 171, note MORIN G.

Cass. 1^{re} Civ. 26 avril 1984 : *Bull. civ.* I, n°14 ; *D.* 1985, 133 et *Defrénois* 1985, 33456, notes MORIN G. ; *RTD. Civ.* 1985, 194 et 758, obs. PATARIN J. ; *Gaz. Pal.* 1985, 2, 460, note DE LA MARNIERRE ; *Defrénois* 1985, art. 33565, chron. GRIMALDI M. ; *JCP G* 1986, II, 20612, obs. ARRAULT.

Cass. 1^{re} Civ. 17 avril 1985 : *D.* 1986, p. 82, note BRETON A., *JCP G* 1985, II, 20464, concl. GULPHE.

Cass. 1^{re} Civ. 20 octobre 1987 : *Defrénois* 1987, 34119 et *D.* 1988, 85, notes MORIN G ; *RTD Civ.* 1989, 580, obs. ZÉNATI ; *JCP N* 1988, II, 165, note RÉMY .

ass. 2e Civ. 18 octobre 1989 : *JCP G* 1990, II, 21502, note PILLEBOUT J.-F. ; *RTD Civ.* 1990, 115, obs. ZÉNATI.

Cass. 1^{re} Civ. 4 mai 1994 : *RTD Civ.* 1995, 402, obs. ZÉNATI.

Cass. 1^{re} Civ. 6 juin 1990 : *Juris-Data* n° 1990-702162; *Bull. civ.* 1990, I, n° 146 ; *JCP G* 1991, II, 21686, obs. PILLEBOUT J.-F. ; *Defrénois* 1991, I, p. 220, obs. SAVATIER.

Cass. Civ. 3^e 12 juin 1991 : *Bull. civ.* III, n°173 ; *D.* 1991, IR 192, *JCP N* 1991, II, 304, note PILLEBOUT J.-F., *Defrénois* 1991, art. 35097, p. 104, obs. SOULEAU.

Cass. 1^{re} Civ 3 juillet 1991 : *Bull. civ.* III, n°203.

Cass. 1^{re} Civ. 31 mars 1992 : *Bull. civ.* I, n° 96; *JCP* 1993. II. 22003, note PILLEBOUT J.-F.; *JCP* 1993. II. 22041, note TISSERAND A.; *Defrénois* 1992. 1121, note CHAMPENOIS G.; *Defrénois* 1992. 1993. 545, étude MORIN G.; *RTD Civ.* 1993. 401, obs. LUCET F. et VAREILLE B.

Cass. 1^{re} Civ. 30 juin 1992 : *JCP G* 1993. I. 3656, n°11, obs. TISSERAND A.; *RTD Civ.* 1993, 410, obs. LUCET F. et VAREILLE B..

Cass. 1^{re} Civ. 27 janv. 1993 : *Dr. et Pat.* juin 1993, p. 25.

Cass. 1^{re} Civ. 16 juin 1993 : *Bull. civ.* 1993, I, n° 223 ; *JCP G* 1994, I, 3791, obs. LE GUIDEC ; *RTD Civ.* 1994. 391, obs. PATARIN J.

Cass. 1^{re} Civ. 20 févr. 1996 : *Bull. civ.* I, n° 99; *JCP* 1996. I. 3968, n° 9, obs. LE GUIDEC ; *RTD Civ.* 1996. 452, obs. PATARIN J.

Cass. 1^{re} Civ. 25 juin 1996, Mazurek : *Bull. civ.* I, n°268, *JCP G* 1997 II. 22384, note MALAURIE P. ; *JCP G* 1997, I, 3996, obs. RUBELLIN-DEVICHI J. ; *JCP G* 1997, I, 4021, obs LE GUIDEC R. ; *D.* 1997, sommaire, p. 275, obs. DEKEUWER-DEFOSSEZ F. ; *D.* 1998. 453, note BRUNET ; *Defrénois* 1997, art. 36516, obs. MASSIP J. ; *RTD civ*, 1996. 873, note HAUSER J. ; *Dr. fam.*, déc. 1996, p. 17, note BEIGNER B. ; *LPA* 29 janvier 1997, p. 25, note PIQUET-CABRILLAC S.

Cass. 1^{re} Civ. 12 nov. 1998 : *Juris-Data* n° 1998-004245 ; *Bull. civ.* I, n° 315 ; *GAJC*, 12^e éd., n° 77 ; *D.* 1999. 633, note FIORINA D. ; *JCP G* 1999. II. 10027, note PIEDELIÈVRE S. ; *JCP G* 1999. I. 120, n° 29, obs. PÉRINET-MARQUET H. ; *JCP N* 1999. 351, note HOVASSE H. ; *RTD civ.* 1999. 422 à 433, obs. ZENATI ; *RTD Civ.* 674, obs. PATARIN J. ; *Defrénois* 2000. 465, PACAUD ; *Dr. fam.* 2001.

Chron. 25, FIORINA D. ; *JCP G* 1999, II, p. 336, note PIEDELIÈVRE ; *D.* 1999, p. 167, note AYNÈS.

Cass. 1^{re} Civ. 3 février 1999 : *Bull. civ.* I, n° 43 ; *JCP* 1999, II, 10083, note BILLIAU M. et LOISEAU G. ; *JCP N* 1999, 1430, note SAUVAGE F. ; *D.* 1999, 267, rapport SAVATIER et note LANGLADE-O'SUGHRUE J.-P. ; *D.* 1999, somm. 377, note LEMOULAND J.-J. ; C. C. C. juill. -août 1999, comm. 105, note LEVENEUR L. ; *JCP* 1999, 1, 143, nos 4 et suiv., obs. LABARTHE ; *JCP* 1999, I, 152, LEVENEUR L.

Cass. 1^{re} Civ. 16 février 1999 : *Bull. civ.* I, n° 58, *JCP* 2000. I. 211, n° 14, obs. PÉRINET-MARQUET H.

Cass. 1^{re} Civ. 6 févr. 2001 : *BULL. CIV.* I, n° 28; *R.*, p. 345 ; *D.* 2001. 3566, note AUBERT DE VINCELLES C. ; *JCP G* 2001. I. 366, no 4, obs. LE GUIDEC R. ; *RJPF* 2001-4/47, obs. SAUVAGE F. ; *Dr. fam.* 2001. Chron. 11, obs. BINET J.-R. ; *RTD Civ.* 2001. 637, obs. PATARIN J.

Cass. 1^{re} Civ. 29 janvier 2002 : *LPA*, 6 août 2002 n°156, p. 19, note MASSIP J., *LPA* 2002, n°138, p. 24, note CICILLE-DELFOSSÉ.

Cass. 3^{ème} Civ 10 juill. 2002 : *Rev. loyers* 2002. 562, obs. RÉMY.

Cass. 1^{re} Civ. 9 décembre 2003 : *Bull. civ.* 2003, I, n° 255 ; *JCP G* 2004, I, 155, n° 3, obs. LE GUIDEC R. ; *D.* 2004, somm. 2336, obs. BRÉMOND V. ; *Defrénois* 2004, 1218, note FIORINA D. ; *Dr. fam.* 2004, n°53, note NICOD M. ; *RJPF* mai 2004, 37, obs. CASEY J.

Cass. 3^{ème} Civ. 7 décembre 2005 : *Bull. civ.* III, n°239, *D.* 2006, IR 102 ; *JCP* 2006, I, 127, n°11, obs. PÉRINET-MARQUET H. ; *RJDA* 7/206, n°842.

Cass. Ch. Mixte 8 juin 2007 : *Juris-Data* n°2007-039196.

Cass. 3^{ème} Civ. 14 novembre 2007 : *Bull. civ.* III, n° 211 ; *D.* 2007, AJ 3067; *AJDI* 2008. 419, obs. ZALEWSKI V. ; *Dr. et proc.* 2008. 77, note SCHÜTZ R.-N. ; *Dr. et Patr.*, juillet-août 2008, p. 92, obs. SEUBE J.-B. et REVET T. ; *RTD Civ.* 2008. 89, obs. HAUSER J.

Cass. 1^{re} Civ. 14 novembre 2007 : *Juris-Data* n°2007-041365, *Bull. civ.* I, n°360 : *JCP G* 2007, IV, 3267; *D.* 2008, p. 133, note MBOTAINGARD ; *AJ Fam.* 2008, p. 40, obs. BICHERON F. ; *RJPF* 2008, janvier, p. 55, obs. CASEY J. ; *RTD Civ.* 2008, p. 90, obs. HAUSER J. et p. 337 GRIMALDI M. ; *JCP G* 2009, I, 109, obs. LE GUIDEC R. ; MARGUÉNAUD J.-P. et DAUCHEZ B., « les droits successoraux de l'enfant adultérin au regard des dispositions transitoires de la loi du 3 décembre 2001 », *Deffrénois* 2008, art. 38808.

Cass. 1^{re} Civ. 6 janvier 2004 : *Bull. civ.* I, n°2 : *D.* 2004. 362, concl. SAINTE-ROSE J., note VIGNEAU D. ; *D.* 2004, p. 1419, obs. GRANET-LAMBRECHTS F. ; *JCP* 2004. II. 10064, note LABRUSSE-RIOU C. ; *JCP* 2004. I. 109, n°2, obs. RUBELLIN-DEVICHI J. ; *Deffrénois* 2004. 594, obs. MASSIP J. ; *AJ fam.* 2004, 66, obs. BICHERON F. ; *dr. fam.* 2004, n°16, note FENOUILLET ; *RJPF* 2004-3/34, note GARÉ T. ; *RLDC* 2004/3, n°107 note DEKEUWER-DÉFOSSEZ F. ; *LPA*, n° 71, p. 13, note VOISIN V. ; *RTD Civ.* 2004. 75. note HAUSER J.

Cass. 1^{re} Civ. 28 oct. 2009 : *RJPF* 2010-1, 45, note DELMAS SAINT-HILAIRE P.

Cass. 1^{re} Civ. 12 mai 2010 : *Bull. civ.* I, n° 111; Dalloz actualité, 4 juin 2010, obs. ÉGÉA V.; *AJ Fam.* 2010. 331, obs. BICHERON F. ; *Dr. fam.* 2010, n° 105, obs. BEIGNIER B. ; *Deffrénois* 2011. 729, obs. VAREILLE B. ; *RLDC* 2010/74, no 3943, note CAMPELS C.

Cass. 1^{re} Civ. 15 décembre 2010 : *Juris-Data* n° 2010-023817 ; *Bull. civ.* I, n°769 ; *D.* 2011. 578, note. PÉRÈS C. ; 2011. 2633, note NICOD M. ; *JCP G* 2012. 228, n°1, obs. LE GUIDEC R. ; *JCP N* 2011. 1121, SAUVAGE F. ; *Dr. fam.* 2011, obs. BEIGNIER B. ; *AJ Fam.* 2011. 114, note BICHERON F. ; *RJPF* 2011 3/35, note ZALEWSKI V. ; LESBATS C., « La privation de la vocation ab intestat et du droit viager au logement du conjoint survivant » *JCP N* 2011, 1189.

Cass. 3^{ème} Civ. 2 février 2011, *Bull. civ.* III, n° 19, *D.* 2011, 1950, note VIAUD F., *Deffrénois* 2011, 39228, note DAGORNE-LABBÉ Y.

Cass. 1^{re} Civ. 24 octobre 2012 : *Revue des Sociétés* mars 2013, p. 167, note NAUDIN E.

Cass. 1^{re} Civ. 6 mars 2013 : *Bull. civ.* I, n°36 ; *D.* 2013. Pan. 2073, obs. BONFILS P. et GOUTTENOIRE A. ; *AJ fam.* 2013. 239, obs. MASSIP J. ; *RTD Civ.* 2013, p. 346, obs. HAUSER J. ; *RTD Civ.* 2013 p. 421, obs. GRIMALDI M. ; *Deffrénois* 2013. 365, obs. RANDOUS N.

Cass. 3^{ème} Civ. 18 déc. 2013 : *D.* 2014. 77; *AJ Fam.* 2014. 240, obs. THOURET S. ; *RTD civ.* 2014. 149, obs. DROSS W. ; *RDC* 2014. 742, note TADROS A.

Cass. 1^{re} Civ. 16 sept. 2014 : *Gaz. Palais* 2015, n°34, p. 36, obs. LEROY M. et LEROND S. ; *Revue des contrats* 2015/1, p. 89, note GOLDIE-GENICON C. ; *Dr. Fam.* 2014, n°11, p. 46, note NICOD M. ; *RJPF* 2014, n°11, p. 40, note SAUVAGE F. ; *LPA* 2014, 213, p. 7, note ZALEWSKI-SICARD V.

Cass. 1^{re} Civ. 10 juin 2015 : pourvois n° 14-10.377 et 14-12.553.

Bibliographie historique

I - Ouvrages généraux

CHIANEA G., Histoire des institutions publiques de la France, T. I – Du démembrement à la reconstitution de l'Etat (476-1492), coll. Droit en plus, éd. PUG, 1996.

ELLUL J., *Histoire des institutions – L'antiquité*, éd. Des presses universitaires de France, coll. Quadrige, 2003.

GANS E., Histoire du droit des successions en France au Moyen-Age, éd. Mocquet et Challamel, 1845.

GAUDEMET J., CHEVREAU E., *Droit privé romain*, 3^{ème} édition, Montchrestien, 2009.

GIRARD P. F. et SENN F., Manuel élémentaire de droit romain, 8^{ème} édition Dalloz, 2003.

HUMBERT M., Institutions politiques et sociales de l'Antiquité, 9^{ème} éd. Dalloz, coll. Précis, 2007.

LAFERRIÈRE M. F., *Droit français*, tome premier, éd. Joubert, 1838.

LEFÈBVRE C.,

- Cours de doctorat sur l'histoire du droit civil français, L'ancien droit des successions, première partie, Recueil Sirey, 1912
- Cours de doctorat sur l'histoire du droit civil français, L'ancien droit des successions, seconde partie, Recueil Sirey, 1918.

LEFEBVRE-TEILLARD A., *introduction historique au droit des personnes et de la famille*, éd. Des presses universitaires de France, coll. droit fondamental, 1996.

LEPOINTE G., *Droit romain et ancien droit français – Régimes matrimoniaux, libéralités, successions*, éd. Montchrétien, 1958.

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

MONIER R., *Manuel élémentaire de droit romain*, Tome I, 6^{ème} éd. Domat Montchrestien, 1947.

OURLIAC P., DE MALAFOSSE J., *Histoire du droit privé, Le droit familial*, tome III, éd. des presses universitaires de France, coll. thémis, 1968.

OURLIAC P., GAZZANIGA J.-L., *Histoire du droit privé français de l'An mil au Code civil*, coll. Evolution de l'humanité, éd. Albin Michel, 1985.

PETIT E., *Traité élémentaire de droit romain contenant le développement historique et l'exposé général des principes de la législation romaine depuis l'origine de Rome jusqu'à l'Empereur Justinien*, 4^{ème} édition, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence Arthur Rousseau, 1903.

POTHIER R. J.,

- *Œuvres posthumes de M. Pothier, dédiées à Monseigneur le Garde des Sceaux de France, tome Quatrième contenant le traité des successions*, éd. à Orléans Chez Jul. Jean Massot, à Paris Chez Pierre-Théophile Barrots le jeune, 1777.
- *Œuvres posthumes de M. Pothier, dédiées à Monseigneur le Garde des Sceaux de France, tome cinquième contenant les traités des propres et des donations testamentaires*, éd. à Orléans Chez Jul. Jean Massot, à Paris Chez Pierre-Théophile Barrots le jeune, 1777.
- *Œuvres posthumes de M. Pothier, dédiées à Monseigneur le Garde des Sceaux de France, tome sixième contenant les traités des donations entre-vifs, des personnes et des choses*, éd. à Orléans Chez

Jul. Jean Massot, à Paris Chez Pierre-Théophile Barrots le jeune, 1778.

- *Coutumes des Duché, Bailliage et Prévôté d'Orléans, et ressort d'iceux*, Chez Debure à Paris et chez la Veuve Rouzeau-Montaut à Orléans, 1780.
- *Œuvres complètes de Pothier, Traité des successions*, tome XXI, Chez Thomine et Fortic, 1821.
- *Œuvres complètes de Pothier, Traité des propres, des donations testamentaires*, tome XXII, Chez Thomine et Fortic, 1821.
- *Œuvres complètes de Pothier, Traité des cens, des champarts, de la garde-noble et bourgeoise, du préciput légal des nobles, de l'hypothèque et des substitutions*, tome XXI, Chez Thomine et Fortic, 1821.
- *Œuvres complètes de Pothier, Traité du douaire*, tome XIII, Chez Thomine et Fortic, 1821.
- *Œuvres complètes de Pothier, Traité des retraits*, tome IV, Chez Thomine et Fortic, 1821.
- *Œuvres complètes de Pothier, Traité des fiefs*, tome XIX, Chez Thomine et Fortic, 1821.

RAGUEAU F. revu par **DE LAURIERE E.**, *Glossaire du droit françois, contenant l'explication des mots difficiles qui se trouvent dans les ordonnances des roys de France, dans les coutumes, du royaume, dans les anciens arrests et les anciens titres*, publié par L. Favre.

ROBAYE R., *Le droit romain*, 4^e édition Academia l'Harmattan, 2014

TIMBAL P. C., *Droit romain et ancien droit français – Régimes matrimoniaux, Successions, Libéralités*, 2^{ème} éd. Dalloz, Collection Précis, 1975.

II - Ouvrages spéciaux

Costumes de Bretagne, Reveuës et corrigées sur l'original signé des commissaires réformateurs, de l'imprimerie de Julien du Clos, demeurant près Saint-Sauveur, 1570.

Costumes du comté et pais de Poictou, éd. Par la Vesue Iean Blanchet, Imprimeur ordinaire du Roy, 1605.

Costumes du pays et duché de Nivernois, Chez Abel l'Angelier, 1610.

Costumes de la ville de Paris, prévosté et vicomté de Paris, Chez Nicolas du Fossé, 1614.

Coutumes du Maine, par Hierôme Olivier, 1658

Coutumes de Vitry le François, 4^{ème} éd. Chez Jacques Seneuze, 1676

Costumes de Chaalons, avec les commentaires de Maistre Louïs Billecart avocat en Parlement, où sont traittés les plus belles & les plus importantes questions du droit coutumier, Chez Charles de Sercy, 1676.

Coutume générale des pays et duché de Bourgogne, par Jean Ressayre, 1698

Costumes du bailliage de Sens, Chez Claude A. Prussurot & Laurent Raveneau, 1711.

Coutume du bailliage de Troyes, 3^{ème} éd. Chez Montalant, 1715

Coutume du comté et bailliage de Montfort-Lamaulry, chez Jacques Clousier, 1731.

Coutume de Normandie, 3^{ème} éd. de l'imprimerie de Richard Lallemand, 1759

Etablissements de Saint Louis, Librairie de la société de l'histoire de France, 1881.

ABLEIGES, *Le grand coutumier de France*, nouvelle édition par **LABOULAYE É** et **DARESTES R.**, Chez Augute Durand et Pedone-Lauriel, 1868.

AUBENAS R., *Cours d'histoire du droit privé – Anciens pays de droit écrit, t. III – Testaments et successions dans les anciens pays de droit écrit au Moyen-Âge et sous l'ancien régime*, éd. la pensée universitaire, 1954.

AUGUSTIN J -M., *Les substitutions fidéicommissaires à Toulouse et en Haut-Languedoc au XVIII^e siècle*, éd. P. U. F., 1980.

BALLET F., *Des droits des enfants naturels légalement reconnus dans la succession de leurs père et mère d'après la loi du 25 mars 1896*, thèse Nancy, 1899.

BART J., *Recherches sur l'histoire des successions ab intestat dans le droit du duché de Bourgogne du XIII^e siècle à la fin du XVI^e siècle*, thèse Dijon, 1959.

BATON A., *Des pactes sur succession future en droit romain*, thèse Paris, 1976.

BAYET J., *Histoire politique et psychologique de la religion romaine*, éd. Payot, 1957.

BEAUMANOIR (de) P.,

- *Coutumes de Beauvaisis*, par Beugnot, tome premier, éd. Chez Jules Renouard et Cie, 1842
- *Coutumes de Beauvaisis*, par AM. Salmon, tome premier, éd. Alphonse Picard et fils, 1899
- *Coutumes de Beauvaisis*, par AM. Salmon, tome second, éd. Alphonse Picard et fils, 1900

BEAUTEMPS-BEAUPRÉ M. C -J., *Coutumes et institutions de l'Anjou et du Maine antérieures au XVI^e siècle*, première partie – Coutumes et styles, tome premier, éd. A. Durand et Pedone-Lauriel, 1877.

BERLIER P. -M. -E., *De la querela inofficioci testamenti en droit romain*, thèse Paris, 1871.

BEYRAND H., *De la prohibition des pactes sur succession future en droit romain et en droit français*, éd. Librairie nouvelle en droit et en jurisprudence, 1887.

BOISSONADE G.,

- *Histoire de la réserve héréditaire et de son influence morale et économique*, Librairie de Guillaumin, 1873.
- *Histoire des droits de l'époux survivant*, éd. Ernest Thorin, 1874.

BOUSQUET P., *Étude sur la loi Falcidie en droit romain*, thèse Paris, 1877.

DE BOUTARIC F., *Les institutes de l'empereur Justinien, conférées avec le droit françois*, Chez Gaspard Henault et Jean-François Forest, 1740.

BOURDOT DE RICHEBOURG C. A.,

- *Nouveau coutumier général*, tome I, Chez Michel Brunet, 1724.
- *Nouveau coutumier général*, tome II, Chez Michel Brunet, 1724.
- *Nouveau coutumier général*, tome III, Chez Claude Robustel, 1724.
- *Nouveau coutumier général*, tome I, Chez Claude Robustel, 1724.

BROCHER C., *Étude historique et philosophique sur la légitime et les réserves en matière de succession héréditaire*, éd. Ernest Thorin, 1868.

BULIT L., *De la plainte d'inofficiosité en matière de testament de donation et de dot en droit romain*, thèse Toulouse, 1868.

DE BURBON-BUSSET M.-L.-H., *De la réserve et de la quotité disponible précédée de l'examen de la légitime en droit romain et de la légitime et des réserves coutumières comparées dans l'ancien droit français*, thèse Paris 1851.

CHABOT DE L'ALLIER M.

- *Commentaire sur la loi des successions*, tome premier, 5^{ème} édition, Chez Nêve, 1818.
- *Commentaire sur la loi des successions*, tome second, 5^{ème} édition, Chez Nêve, 1818.
- *Commentaire sur la loi des successions*, tome troisième, 5^{ème} édition, Chez Nêve, 1818.

CHARMONT J., *Études sur les res religiosae et la transmission des sacra privata en droit romain*, thèse Paris, 1881.

CHÉNON E.

- *Etude sur l'histoire des alleux en France*, éd. L. Larose et Forcel, 1888.
- *Histoire générale du droit français public et privé des origines à 1815, Période Gallo-romaine, Période Franke, Période féodale et coutumière*, Tome 1^{er}, éd. recueil Sirey, 1926.
- *Histoire générale du droit français public et privé des origines à 1815*, Tome 2, éd. Recueil Sirey, 1929.

LE CARON L., *Coustume de la ville, prévosté et vicomté de Paris : ou droict civil parisien*, 5^{ème} édition, Ed. Chez Nicolas du Fossé, 1614.

COQUILLE G. (SIEUR DE ROMENAY), *Les coutumes du pays et duché de Nivernois*, éd. Chez Abel l'Angelier, 1610.

CUBAIN R., *Etudes de droit romain – Les lois civiles de Rome (des personnes, du mien et du tien, des hérédités)*, Librairie-Editeur Pedone-Lauriel, 1876.

CUËNOT R., *Des droits de légitime et de réserve dans le droit romain, l'ancien droit français écrit et coutumier, le droit intermédiaire et le Code civil*, thèse Paris, 1877.

DELANGLADE H.

- *Du testament inofficieux et de la légitime en droit romain*, thèse Aix 1884.
- *De la quotité disponible et de la réserve considérées dans leur origine et leur nature en droit français*, thèse Marseille, 1884.

DEROUSSIN D., *Histoire du droit des obligations*, éd. Economica, corpus Histoire du droit, 2007.

DUCOS M., *Rome et le droit*, Librairie Générale Française, Série Antiquité, éd. Le livre de poche, 1996.

DRUET F.-C., *De la légitime en droit romain et de la réserve en droit français*, thèse Poitiers, 1863.

D'ESPINAY G., *La féodalité et le droit civil français*, imprimerie P. Godet, 1862.

FALLETTI L., *Le retrait lignager en droit coutumier français*, thèse Paris, 1923.

FAURE S., *Des pactes sur succession future en droit romain et en droit français ancien et moderne*, thèse Poitiers, 1867.

FENET P. A., *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, tomes I à XII, éd. Au dépôt, 1827.

FRAIN DE LA GAULEYRIE P., *Les majorats depuis le premier empire jusqu'à nos jours*, thèse Rennes, 1909.

FURGOLE J.-B., *Traité des testaments, codicilles, donations à cause de mort et autres dispositions de dernière volonté, suivant les principes du droit romain, les ordonnances, les coutumes & maximes du Royaume, tant des païs du droit écrit, que coutumiers, & et la jurisprudence des arrêts*, Chez Jean de Nully, 1741.

FUSTEL DE COULANGES, *La cité antique – Étude sur le culte, le droit, les institutions de la Grèce et de Rome*, 8^{ème} éd., Hachette et Cie, 1880

GANS E., *Histoire du droit de succession en France, au Moyen-Age*, éd. Mocquet et Challamel, 1845.

GARREZ P. A., *Code des enfans naturels ou recueil complet des lois qui fixent leur état et leurs droits*, éd. Chez Garnery, 1803.

GUERRIN L., *Du droit de tester et des restrictions qui y ont été apportées dans l'intérêt de la famille du testateur en droit romain et en droit français*, thèse Besançon, 1875.

HALPÉRIN J.-L., *Histoire du droit privé français depuis 1804*, coll. Quadrige, éd. PUF, 2001.

NEBRY P.-M., *De la Réserve et de son origine dans le droit romain et dans l'ancien droit français*, thèse Rennes, 1866.

JARRIAND E., *Histoire de la nouvelle 118 dans les pays de droit écrit, depuis Justinien jusqu'en 1789 – Etude sur le régime des successions au Moyen-Age dans le midi de la France*, Imprimerie des écoles, 1889.

JOLLY J., *Des seconds mariages, étude historique sur la législation des seconds et subséquents mariages*, thèse Paris, 1896 .

LAMBERT E., *La tradition romaine sur la succession des formes du testament devant l'histoire comparative*, éd. V. Giard & E. Brière, 1901.

LAMBERT M. E.,

- *Droit romain – Des pactes sur succession future et du partage amiable*, thèse Paris, 1892.
- *Droit français – De l'égalité entre héritiers au point de vue de l'attribution des biens en nature*, thèse Paris, 1892.

DE LAPLANCHE J.,

- *La réserve coutumière dans l'ancien droit français*, thèse Paris, 1925.
- *La « sountenance » ou « pourvéance » dans le droit coutumier français au XIII^e et XIV^e siècles*, éd. Librairie du recueil Sirey, 1952.

LE GLAY M., *La religion romaine*, 2^e éd. Armand Colin, 1994.

LEVY-BRUHL M., *Le testament en droit romain*, Cours de droit romain approfondi, 1948-1949.

LORY A., *Droit romain : De la nature de la légitime*, thèse Paris, 1888.

LHUILIER-MARTINETTI, *L'individu dans la famille à Rome au IV^e siècle d'après l'œuvre d'Ambroise de Milan*, éd. des presses universitaires de Rennes, 2008.

MASSON A., *Des substitutions fidéicommissaires*, thèse Paris, 1863.

MARECHAL M., POUMAREDE J., *La coutume de Saint-Sever (1340-1480) – Edition et commentaire des textes gascon et latin*, éditions du comité des travaux historiques et scientifiques, 1988.

MARTINI H., *De la légitime en droit romain – de la réserve et de la quotité disponible en droit français*, thèse Paris 1865.

MAY G., *Eléments de droit romain à l'usage des étudiants des facultés de droit*, 7^{ème} édition, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts, 1901.

MORAND E., *De l'institution contractuelle en droit français*, thèse Toulouse, 1868.

NICOLESCO O.,

- *Querela inofficiosi testamenti et de la légitime*, thèse Paris 1888.
- *Nature de la réserve légale et des personnes qui y ont droit*, thèse Paris, 1888.

NOAILLES P., *Du droit sacré au droit civil, Cours de droit romain approfondi 1941-1942*, publications de l'institut de droit romain de l'université de Paris, recueil Sirey, 1949

PAILLET, *Législation et jurisprudence des successions, selon le droit ancien, le droit intermédiaire et le droit nouveau*, éd. Chez Le Normant et A. Eymery, 1816.

PARISET E., *Droit romain - dispositions de dernière volonté à Rome et dans le droit ancien*, thèse Lyon, 1891.

PAVY A., *De la légitime et de la réserve dans l'ancien droit français*, thèse Arras, 1884.

PEGUERA POCH M., *Aux origines de la réserve héréditaire du Code civil : la légitime en pays de coutumes (XVI^e – XVIII^e siècles)*, éd. P. U. A. M, 2009.

PENON J., *Coustumes du baillage de Sens et anciens ressorts d'iceluy*, éd. Chez Calude A. Prussurot et Laurent Raveneau, Imprimeurs de Monseigneur l'Archevêque et de la ville, au nom de Jésus, 1751.

PESNELLE M., *Coutume de Normandie*, 3^{ème} édition, éd. Imprimerie Richard Lallemand, 1759.

POTTIER A., *Des droits de succession des enfants naturels en droit romain et en droit français*, thèse Paris, 1895.

POUMARÈDE J., *Les successions dans le sud-ouest de la France au Moyen-Âge*, thèse Toulouse, 1972.

SCHMIDLIN B., *Droit privé romain I – Origines et sources, Famille, Bien, Successions*, éd. Bruylant, 2008.

SCHMITZ J., *Le douaire coutumier à partir du XIIIe siècle et sa suppression*, thèse Paris, 1900.

TARDIF A., *Le droit privé au XIII^e siècle d'après les coutumes de Toulouse et de Montpellier*, éd. Alphonse Picard, 1886.

THEURAUT A., *De l'institution contractuelle en droit français*, thèse Paris, 1874.

VALLIER E., *Le fondement du droit successoral en droit français*, thèse Paris, 1902.

VASSEL P., *La légitime de droit dans les pays de coutume*, thèse Paris, 1907.

VERNET P., *Traité de la quotité disponible ou traité des diverses restrictions apportées dans l'intérêt de la famille du disposant au principe de libre disposition des biens, suivant le droit romain, le droit coutumier, le droit intermédiaire et le code Napoléon*, éd. A. Maresscq et E. Dujardin, 1855.

VILLEDEY G., *Le droit successoral dans la coutume de Bourbonnais*, thèse Paris, 1933.

YVER J., *Égalité entre héritiers et exclusion des enfants dotés – Essai de géographie coutumière*, éd. Sirey, 1966.

III - Articles

ARON G.,

- « Etude sur les lois successorales de la révolution », *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 1^{ère} partie, 1901, p. 444-489.

- « Etude sur les lois successorales de la révolution », *Nouvelle revue historique de droit français et étranger*, 2^{ème} partie, 1903, p. 673-719.

GANGHOFER R., « L'acte à cause de mort en Alsace au Moyen-Âge », Recueils de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions », *Actes à cause de mort*, 2^{ème} partie – *Europe médiévale et moderne*, Tome LX, éd. De Boeck université, 1993, p. 132-157.

HUMBERT M., « L'acte à cause de mort en droit romain », Recueils de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, *Actes à cause de mort*, 1^{ère} partie – *Antiquité*, Tome LIX, éd. De Boeck université, 1992, p. 131-162.

LAMBRECHTS H., « Les droits successoraux des enfants naturels », *Revue catholique des Institutions et du Droit*, Imprimerie Et Lithographie Joseph Baratier, 1896.

MOREAU J. -L., « Patrimoine et successions à Larinum au Ier siècle av. J. -C. », *Revue historique de droit français et étranger*, 64, 1986, p. 169.

PETITJEAN M., « L'acte à cause de mort dans la France coutumière du Moyen Âge à l'époque moderne », Recueils de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, *Actes à cause de mort*, 2^{ème} partie – *Europe médiévale et moderne*, Tome LX, éd. De Boeck université, 1993.

POUMARÈDE J., « Le testament dans les pays de droit écrit du Moyen Âge à l'époque moderne », Recueils de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, *Actes à cause de mort*, 2^{ème} partie – *Europe médiévale et moderne*, Tome LX, éd. De Boeck université, 1993.

THIREAU J. -L.,

- « Faculté de disposer et protection de la famille dans le très ancien droit coutumier français (X^e-XIII^e siècles) », *revue historique de droit français et étranger* 87 (3) juill.-sept. 2009, p. 367.
- « Les origines de la réserve héréditaire dans les coutumes du groupe angevin » *revue historique de droit français et étranger*, 1986, p. 351.

- « Fondement de l'exclusion successorale des filles dotées dans l'ouest de la France. » *Mélanges Lefebvre-Teillard*, éd. Panthéon-Assas, 2009.

SUDER W., « La mort des vieillards », La mort au quotidien dans le monde romain, Actes du colloque organisé par l'Université de Paris IV, édités et présentés par HINARD F. et LAMBERT M. -F., Ed. de Boccard, coll. De l'archéologie à l'histoire, 1995.

VILLERS R., « Les premières lois successorales de la Révolution (1790-1792) », La révolution et l'ordre juridique privé : rationalité ou scandale ?, actes du colloque d'Orléans, éd. P. U. F, 1988.

ZLINSZKY J., « Actes à cause de mort dans le droit romain archaïque », Recueil Jean Bodin, Recueils de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, *Actes à cause de mort, 1^{ère} partie – Antiquité, Tome LIX*, éd. De Boeck université, 1992, p. 123-129.

IV - Ordonnances

Ordonnance d'Orléans, 1560.

Ordonnance de Moulins, 1566.

Ordonnance du Roy concernant les diversités de jurisprudence sur la matière des substitutions fidéicommissaires, de l'imprimerie royale, 1748.

Index Alphabétique

Les numéros renvoient aux paragraphes

- A -

Action en retranchement : V° *Droit de retranchement*

Action en réduction : 364.

- imputation des libéralités : 363, 365.

- nature : 380 et suiv.

- réduction en nature : 93.

- réduction en valeur : 94, 370 et suiv.

Aliments : 310.

Ascendant

- créance d'aliments : 310.

- droit de retour : V° *Succession anormale*

- réserve héréditaire : 353 et suiv.

- C -

Cantonement : V° *Libéralité graduelle*

Collatéraux privilégiés (droit de retour) : V° *Succession anormale*

Conjoint survivant

- droits en usufruit : V° *Usufruit*.

- droit temporaire au logement : V° *Droit temporaire au logement*.

- droit viager d'usage et d'habitation V° *Droit viager d'usage et d'habitation*.

- réserve héréditaire : 296 et suiv.

- conjoint subséquent : 273 et suiv.

Conservation des biens dans la famille – Histoire :

- Biens nobles, 19 – 23.
- Biens propres, V° *Réserve coutumière.*
- Fondement, 15 - 17.

Créance alimentaire

V° *aliments*

- D -

Donation-partage transgénérationnelle

- bénéficiaires : 189, 194
- biens donnés et partagés : 193
- forme : 190 et suiv.
- liquidation : 195 et suiv.
- réserve : 197

Douaire : 345 et suiv.

Droit d'aînesse

V° *Conservation des biens dans la famille, Biens nobles (pour le droit coutumier)*

V° *Majorat*

Droit de retranchement : 292 et suiv.

Droit de retour conventionnel : 68, 415.

Droit de retour légal

V° *Succession anormale*

Droit temporaire au logement :

- effets : 412.
- objet : 405 et suiv.
- titulaire : 404.

Droit viager d'usage et d'habitation

- objet : 415.
- titulaire : 414.
- nature : 417 et suiv.
- obligation aux dettes : 424.
- privation : 426 et suiv.

- E –

Égalité

- droit révolutionnaire, 76 - 79.

Enfant adoptif : V° *adoption simple.*

- définition : 110.

- effets 112 - 113.

Enfant adultérin

- dispositions transitoires : 289.

- histoire : 264 et suiv.

- *Mazurek* : 286 et suiv.

- réserve héréditaire : 283

- restriction au droit de disposer (en faveur de) : 284 et suiv.

- L -

Légitime :

- de droit romain : 324 et suiv.

- coutumière : 336 et suiv.

Enfant incestueux : 290 et suiv.

Libéralités graduelles :

- bénéficiaires : 151 et suiv.

- biens grevés : 165 et suiv.

- charge de conserver et de transmettre : 156 et suiv.

- effets : 181 et suiv.

- nature juridique : 167 et suiv.

- réserve : 171 et suiv., 173 et suiv.

- support : 153 et suiv.

Enfant naturel

- histoire : 267 et suiv.

- réserve : 271.

- F -

Frère et sœurs : V° *Collatéraux privilégiés.*

Libéralités résiduelles

- bénéficiaires : 151 et suiv.

- charge de transmettre : 160 et suiv.

- effets : 181 et suiv.

- nature juridique : 167 et suiv.

- réserve : 177 et suiv.

- support : 153 et suiv.

Institution contractuelle :

- condition : 111.

Liberté testamentaire (limites en droit romain) : 243 et suiv., 246, 321 et suiv.,

- M -

Majorat : 103 - 105

Mandat à effet posthume

- conditions : 123, 124, 129.
- durée : 129.
- effets : 139, 140, 141.
- extinction : 147, 142.
- intérêt sérieux et légitime : 126 - 128.
- mandataire : 131, 132, 136, 143.
- nature juridique : 145 et suiv.
- pouvoirs : 139, 140, 141.
- réserve : 134.

- P -

Pacte sur succession future

- condition : 108.
- pactes autorisés : 110.
- prohibition : 107.
- partage d'ascendant : 115 - 116.

Pacte sur succession future, droit romain : 249 et suiv.

Pacte sur succession future, droit coutumier : 34 et suiv.

Passif successoral : 229, 390 et suiv.

- Q -

Querela inofficiosi tesamenti
(V° *Légitime*).

Quotité disponible entre époux :
433 et suiv.

Quotité disponible ordinaire

V° *Réserve héréditaire*.

- R -

Réduction des libéralités : - V°
action en réduction

Renonciation anticipée à l'action en réduction :

- bénéficiaire : 204.
- conditions de forme : 207 et suiv.
- conditions de fond : 209 et suiv.
- méthode de l'imputation : 220 et suiv., 228.
- méthode de la réduction : 223 et suiv.
- nature : 213 et suiv.
- passif : 229.
- rapport : 217 et suiv.
- renonçant : 201 et suiv.
- révocation : 230 et suiv.
- vice du consentement: 212

Réserve héréditaire

- ascendants : 308 et suiv.
- bénéficiaires : 298, 352.
- caractère collectif ou individuel : 361 et suiv., 362, 365.
- conjoint : V° *conjoint survivant*.
- coutumière : V° *réserve coutumière*
- créance : 375 et suiv.
- fondement : 351.
- nature, 82 - 92, 366 et suiv. 375.

- nue-propriété (en) : 387 et suiv., 439 et suiv.

- quotité : 299, 362.

-réduction : V° *Réduction des libéralités*.

- renonciation anticipée à l'action en réduction V° *renonciation anticipée à l'action en réduction*.

- Vocation familiale : 361

Réserve coutumière

Bénéficiaires, 25.

Fondement, 23 - 25.

Quotité, 27.

Sanction, 28 - 30.

Retour conventionnel

V° *Droit de retour conventionnel*.

Retour légal

V° *Succession anormale*.

- S -

Souche : 193 et suiv., 197, 202

Soutenance : 335.

Substitution fidéicommissaire :

Prohibition (ancien droit) : 98.

Substitutions permises (ancien droit) : 0 - 101.

Succession anormale :

- adoption simple : 40 - 45.

- collatéraux privilégiés : 46 - 57.

- conflit : 44, 444.

- père et mère : 58 - 69, 443.

- réserve : 55, 67, 302

- U -

Usufruit

- conversion de l'usufruit : 397 et suiv.

- droits du conjoint survivant en usufruit : 430 et suiv., 436 et suiv.

- garanties : 394 et suiv.

- passif successoral : 390 et suiv.

- réserve héréditaire : 387 et suiv.

- V -

Vices du consentement

- renonciation anticipée à l'action en réduction : 212.

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS	5
INDEX DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS	7
SOMMAIRE	9
INTRODUCTION	11
PREMIÈRE PARTIE – LA RÉSERVE ET LA SOCIÉTÉ : LA FONCTION POLITIQUE DE LA RÉSERVE	28
TITRE I – LA RÉSERVE, UN MOYEN DE REGROUPER LES BIENS POUR FAVORISER LA CONCENTRATION DES POUVOIRS	29
<i>Chapitre I – La protection des patrimoines grâce à la conservation des biens au sein des familles en droit coutumier</i>	31
Section I - L'origine de la conservation des biens dans la famille.....	32
Section II – La protection des biens nobles et des biens propres par le droit coutumier	37
§ I – La protection des biens nobles par les privilèges de primogéniture et de masculinité.....	37
§ II – La protection des biens propres par la réserve coutumière	42
Section III – Les pactes sur succession future, instruments de protection du patrimoine familial.....	51
<i>Chapitre II – Le rôle résiduel de la conservation des biens dans la famille dans le droit contemporain : les droits de retour</i>	59
Section I – Le droit de retour de la personne ayant fait l'objet d'une adoption simple	60
Section II – Le droit de retour des collatéraux privilégiés	63
Section III – Le droit de retour des père et mère	73
TITRE II – LA RÉSERVE, UN MOYEN DE DISPERSER LES BIENS POUR ASSURER L'ÉGALITÉ DES INDIVIDUS	89
<i>Chapitre I – L'avènement des principes égalitaires au service de l'individu dans le Code civil</i>	91
Section I – La conception révolutionnaire de l'égalité en droit des successions	91
§ I – L'unification du droit successoral	92
§ II – Les lois des 17 et 21 nivôse an II : la volonté d'une égalité parfaite.....	96
§ III : La loi du IV germinal an VIII ou le retour à la pondération.....	98
Section II - La transposition des principes égalitaires au sein du Code civil	99
§ I – La réserve héréditaire du Code civil de 1804 : un outil favorisant l'égalité entre réservataires et la dispersion des biens. 100	
A- La nature pars hereditatis de la réserve héréditaire du Code civil de 1804	101
1 - Le droit de réclamer sa réserve par voie d'exception.....	102
2 – Le droit de réclamer sa réserve par voie d'action	108
3 - La réserve de 1804 était-elle individuelle ou collective ?	111
B – La réduction en nature, conséquence de la nature pars hereditatis de la réserve	115
§ II : La prohibition des mécanismes permettant d'avantager un héritier.....	117
A – La prohibition des substitutions fidéicommissaires.....	117
1 – Le principe de la prohibition des substitutions fidéicommissaires	117
2- Les exceptions à la prohibition des substitutions fidéicommissaires.....	119
a- Les substitutions fidéicommissaires permises par le Code civil	119
b – Les substitutions fidéicommissaires permises par décret : les majorats	122

B- La prohibition des pactes sur succession future	124
1 - Le régime de la prohibition des pactes sur succession future	125
2 - Les exceptions à la prohibition des pactes sur succession future	127
<i>Chapitre II – Le déclin des principes égalitaires au service de la volonté individuelle en droit contemporain.....</i>	<i>132</i>
Section I – Le mandat à effet posthume : la liberté de confier la gestion de la succession à un tiers.....	133
§ I – Une liberté bornée, dans l'intérêt des héritiers, par les conditions du mandat	134
A – Une liberté strictement encadrée par des conditions de fond et de forme protectrices des héritiers	134
1 – Les conditions tenant aux héritiers.....	134
2 – Conditions tenant au mandat.....	135
B – une liberté limitée par les conditions tenant au mandataire	141
§ II – Un mandat privant largement les héritiers de leurs droits sur la réserve.....	147
A – Les pouvoirs étendus du mandataire	147
B – Un mandat d'une nature particulière	153
C – La difficulté de mettre fin au mandat pour les héritiers.....	157
Section II – La liberté de priver son enfant de la disposition de la succession : les libéralités substitutives.....	159
§ I – Les conditions communes des libéralités substitutives	160
A – Les bénéficiaires	161
B – Le support de la libéralité substitutive.....	163
C - Objet de la libéralité substitutive	165
1 – Les charges des libéralités graduelles	165
2 – La charge de la libéralité résiduelle	167
3 – les biens grevés.....	170
§ II – Mécanisme juridique des libéralités substitutives : une libéralité avec charge	172
§ III – Les effets des libéralités substitutives et leur incidence sur la réserve.....	176
A – la protection de la réserve du grevé en présence d'une libéralité substitutive	176
B - Liquidation de la succession du disposant en présence d'une libéralité graduelle	179
C- Liquidation de la succession du disposant en présence d'une libéralité résiduelle.....	182
D- L'ouverture des droits du second gratifié et la liquidation de la succession du grevé	184
Section III – Les pactes de renonciation.....	188
§ I - La libéralité-partage transgénérationnelle : la renonciation à la réserve par un pacte successoral de famille.....	189
A - Conditions de la donation-partage transgénérationnelle	190
1 – Les acteurs de la donation-partage transgénérationnelle.....	190
2 – Support de la libéralité-partage.....	191
3 – Objet du partage anticipé	194
B - Effets de la donation-partage transgénérationnelle.....	195
1 – La prise en compte de la donation-partage transgénérationnelle dans la liquidation successorale	195
2 – Les effets sur la réserve héréditaire des descendants	199
§ II – La possibilité de renoncer par anticipation à l'action en réduction	200
A – Le régime de la renonciation anticipée à l'action en réduction	200
1 – Les acteurs de la renonciation anticipée à l'action en réduction	201
a – Un renonçant à l'action en réduction	201
b – Un bénéficiaire.....	204
c – Le de cujus.....	205
2 – Un acte grave nécessitant des conditions de fond et de forme strictes	206
a - Des conditions de forme spécifiques.....	207
b - Des conditions de fond particulières	208

c – Une nature discutée	211
B– Les effets de la renonciation anticipée à l'action en réduction : l'accroissement de la liberté de disposer du de cujus.....	213
1 – L'objet de la renonciation.....	213
2 – Une renonciation à la réserve ou à la réduction ? Le choix d'une méthode de liquidation	219
a – La renonciation à invoquer une atteinte à la réserve ou la méthode de l'imputation.....	219
b – La renonciation à sa quote-part d'indemnité de réduction ou la méthode de la réduction.....	223
c – Méthode à retenir	227
3 - La participation au passif successoral.....	228
C – La révocation de la renonciation anticipée à l'action en réduction.....	230
SECONDE PARTIE – LA RÉSERVE ET LA FAMILLE : LA FONCTION SOCIALE DE LA RÉSERVE	239
TITRE I – LA RÉSERVE, UN MOYEN DE PROMOUVOIR UN MODÈLE FAMILIAL.....	241
<i>Chapitre I – La réserve, gardienne d'un modèle familial unique</i>	<i>243</i>
Section I - La liberté testamentaire encadrée, pilier de l'organisation familiale en droit romain.....	243
§ I – Le droit romain : la liberté testamentaire encadrée pour protéger l'organisation de la famille romaine.....	244
A – La liberté testamentaire limitée par la religion	244
B - La liberté testamentaire limitée par les conditions du testament.....	250
§ II – L'apparition de la prohibition des pactes sur succession future à l'époque classique et au Bas-Empire	253
A – Les fondements de la prohibition	254
B – Les pactes sur succession future prohibés.....	255
C – Les pactes sur succession future autorisés	257
Section II – La réserve, gardienne d'un modèle familial unique dans le Code civil.....	260
§ I – La défaveur pour les enfants illégitimes.....	261
A – Les enfants adultérins et incestueux : la négation absolue.....	262
B - L'enfant naturel : des droits restreints	264
1 – La restriction au droit de disposer en faveur de son enfant naturel.....	266
2 –L'exclusion de l'enfant naturel de la succession de son auteur par pacte <i>non succedendo</i>	268
3 – La réserve de l'enfant naturel.....	270
4 – L'amélioration du sort de l'enfant naturel par la loi du 25 mars 1896	271
§ II – La défaveur pour les conjoints subséquents.....	272
A - Une quotité disponible restreinte en faveur du conjoint remarié.....	274
B – le retranchement des avantages matrimoniaux	275
<i>Chapitre II – La réserve adaptée aux modèles familiaux contemporains</i>	<i>278</i>
Section I – La réserve au service de la diversification des modèles familiaux.....	278
§ I - Des droits égaux pour les enfants naturels.....	278
§ II – Une égalisation plus lente des droits des enfants adultérins.....	279
A – La loi du 3 janvier 1972 : une évolution en demi-teinte	280
B- L'arrêt Mazurek ou la fin des discriminations envers les enfants adultérins.....	285
§ III – L'enfant incestueux.....	293
§ IV – L'extension de l'action en retranchement à tous les enfants.....	295
Section II – Le resserrement des bénéficiaires de la réserve à la famille nucléaire	299
§ I – La nouvelle réserve du conjoint survivant.....	299
A - Régime du droit à réserve du conjoint	300
B - Opportunité et fonction de la réserve du conjoint survivant.....	304
§ II – La suppression de la réserve des ascendants.....	308
TITRE II – LA RÉSERVE, UN MOYEN D'ASSURER LA SUBSISTANCE DES PROCHES DU DÉFUNT	317

Chapitre I – La fonction alimentaire, fonction historique de la réserve	318
Section I – L'apparition d'un ordre public successoral écrit fondé sur la subsistance à l'époque classique de Rome	318
§ I – Du durcissement des conditions de l'exhérédation à la limitation de la capacité de disposer	319
§ II – Les restrictions légales au droit de disposer	323
A – La querela inofficiosi testamenti	323
B – Les innovations au Bas-Empire	328
Section II – La subsistance, principe sous-jacent de l'ordre public successoral en droit coutumier comme au sein du Code civil	331
§ I – La subsistance, principe sous-jacent de l'ordre public successoral du droit coutumier	331
A – La soutenance des puînés	332
B – La légitime coutumière ou la renaissance du droit romain	334
C – Le douaire de la veuve	341
§ II – La subsistance, principe sous-jacent de l'ordre public successoral au sein du Code civil	346
A – Le fondement de la réserve héréditaire, héritage de la légitime de droit romain	346
B – Les bénéficiaires et la quotité de la réserve héréditaire du Code civil	349
Chapitre II – La fonction alimentaire, fonction contemporaine de la réserve	354
Section I – La transformation de la réserve en une créance différée dans la succession	355
§ I – Une réserve désormais pars bonorum ?	356
A – Le glissement vers une part privative de la succession affectée à certains héritiers	357
1 – La fin de la transmission de la réserve à l'ordre subséquent	357
2 – Le caractère collectif ou individuel de la réserve	358
3 – D'une indisponibilité générale des biens composant la réserve à une affectation de biens dans la succession au réservataire	362
B – Le glissement vers un droit de créance personnel dans la succession	364
1 – La réserve est-elle une créance ?	364
a – L'élargissement de la réduction en valeur au cours du XIX ^e siècle	365
b – La réserve est-elle devenue une créance ?	369
C – La réserve, droit réel ou personnel ?	374
§ II – Des aliments différés : la confrontation des droits légaux ou conventionnels du conjoint survivant et de la réserve des descendants	379
A – Les inconvénients attachés à l'usufruit sur la réserve : le décalage entre la fourniture de l'actif de la réserve et le règlement du passif	380
1 – Une réserve amputée de l'usufruit jusqu'au décès du conjoint	380
2 – L'obligation et la contribution au passif successoral de l'usufruitier	383
C – Pour une juste protection légale des réservataires contre l'usufruit du conjoint	385
1 – Les garanties de l'usufruit	386
2 – La conversion de l'usufruit en rente viagère	388
3 – La conversion de l'usufruit en capital	391
Section II – L'apparition de droits concurrents qui complètent ou se substituent à la réserve	393
§ I – Des droits concurrents pour maintenir le cadre de vie du conjoint survivant	393
A – Le droit temporaire au logement	395
1 – Titulaire et objet du droit temporaire au logement	395
2 – La mise en œuvre du droit temporaire au logement	401
B – Le droit viager au logement	402
1 – Titulaire et objet du droit	402
2 – Nature du droit viager au logement	404

3 – Mise en œuvre du droit viager au logement.....	410
4 – La privation du droit viager.....	414
§ II – L’usufruit légal ou conventionnel du conjoint survivant concurrençant la réserve des enfants	418
A – Les droits <i>ab intestat</i> ou conventionnels du conjoint survivant.....	418
1 – Les droits <i>ab intestat</i> du conjoint survivant.....	418
2 – La quotité disponible spéciale entre époux.....	421
B – L’objet de l’usufruit du conjoint survivant.....	424
§ III – Le droit de retour des père et mère	428
CONCLUSION GÉNÉRALE	437
BIBLIOGRAPHIE.....	441
BIBLIOGRAPHIE HISTORIQUE	490
INDEX ALPHABÉTIQUE.....	503

Anne-Laure NACHBAUM-SCHNEIDER

La réserve héréditaire, aspects fonctionnels

Résumé

La réserve remplit deux fonctions : une fonction politique d'organisation de la société et une fonction sociale de promotion d'un modèle familial et de subsistance. La fonction politique a pour but d'instaurer un ordre politique en affermissant des objectifs politiques et économiques et en assurant la continuité de la cité. Conservation des biens dans la famille, primitivement puis dispersion des biens, aujourd'hui, cette fonction tend à s'effacer au profit de la volonté individuelle du de *cujus*.

La seconde fonction est une fonction sociale, laquelle prend deux visages : la promotion d'un modèle familial et la fourniture d'une subsistance. La réserve s'adapte à notre modèle familial en se limitant à la famille nucléaire. Elle impose également de laisser une subsistance après sa mort, à son héritier réservataire. En droit positif, la fonction de subsistance prend l'ascendant sur la fonction de promotion d'un modèle familial. La nature de la réserve tend à se rapprocher d'une créance. En outre, le développement de cette fonction a conduit le législateur à compléter ou donner de nouveaux droits concurrents à la réserve héréditaire.

SUCCESSIONS, RESERVE HEREDITAIRE

Résumé en anglais

The reserved share has two functions : a political function of organization of society and a social function of promoting a family model and a subsistence pattern. The political function's purpose is to establish a political order by strengthening the political and economic objectives and ensuring the continuity of the city. Safeguarding property in the family, originally then dissipation of assets, today this function tends to disappear in favor of individual freedom of the deceased.

The second function is a social function of promoting a family model and providing a subsistence pattern. The reserved share suits to our family model confining itself to the nuclear family. It also requires leaving a subsistence after our death, to our forced heir. In positive law, the subsistence function takes the ascendancy on the promoting a family model fonction. The nature of the reserved share tends to resemble to a claim. In addition, the development of this fonction has led the legislator to amplify or to provide new competing rights to the reserved share.

SUCCESSIONS, RESERVED SHARE